



XVIII WORLD CONGRESS OF LABOUR AND SECURITY LAW

Paris, September 5th to 8th 2006

TOPIC 2 ARBEITSRECHT UND DIE DEZENTRALISIERUNG DER PRODUKTION

PARTIAL NATIONAL REPORT GERMANY

Stv. Vors. des KArbG Prof. Dr. C. W. Hergenröder

- A. Problemstellung
- B. Unternehmensstrategien
- C. Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen für die Dezentralisierung der Produktion
 - I. § 613 a BGB als Grundlage des Arbeitnehmerschutzes
 - II. Rechtsgeschäftlicher Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils
 - III. Betriebsbegriff des § 613 a BGB
 - IV. Übergang einer die Identität währenden wirtschaftlichen Einheit
 - 1. Prüfkriterien
 - 2. Bedeutung der Übernahme von Betriebsmitteln
 - 3. Betriebsübergang in betriebsmittelarmen Betrieben
 - V. Abgrenzung zur bloßen Funktionsnachfolge
 - VI. Betriebsstilllegung als Ausschlusskriterium
 - VII. Zeitpunkt des Betriebsübergangs
 - VIII. Folgen für Unternehmensumstrukturierungen
- D. Schutz der Arbeitnehmer bei Betriebsübergängen
 - I. Übergang des Arbeitsverhältnisses
 - 1. Eintritt in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis
 - 2. Nicht vom Betriebsübergang erfasste Vertragsverhältnisse
 - 3. Weitergeltung kollektivrechtlicher Regelungen
 - II. Widerspruch der Arbeitnehmer
 - 1. Grundlagen des Widerspruchsrechts
 - 2. Die Unterrichtung als Voraussetzung des Beginns der Widerspruchsfrist
 - 3. Einzelheiten zur Unterrichtung der Arbeitnehmer
 - a. Europarechtliche Vorgaben
 - b. Richtigkeit der Unterrichtung
 - III. Kündigungsschutz

- IV. Haftung des Veräußerers gegenüber den Arbeitnehmern
- E. Beteiligungsrechte von Arbeitnehmervertretern
 - I. Beratungsrechte des Betriebsrats gem. §§ 111 ff. BetrVG
 - 1. Mitbestimmungsrechte auslösende Tatbestände
 - 2. Konsequenz der Mitbestimmungspflicht
 - II. Unterrichtungspflichten gegenüber dem Wirtschaftsausschuss
 - III. Weitere Unterrichtungspflichten
- F. Schutz von Arbeitnehmern außerhalb eines Betriebsübergangs
- G. Franchising
- H. Tarifrechtliche Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Dezentralisierung
- I. Fazit

A. Problemstellung

Zu Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts machten große Unternehmen in wirtschaftlich-organisatorischer Hinsicht dadurch auf sich aufmerksam, dass sie durch Konzentration ihrer Produktion auf ökonomischer Ebene überragend positive Ergebnisse erzielten. Eine Vorreiterrolle in diesem Bereich kam zweifelsohne den Fabrikationsmethoden in den Werkhallen von Henry Ford zu, deren Nachahmung in den Jahren zwischen 1945 und 1973 den Prozess der industriellen Massenproduktion ermöglichte. Henry Ford setzte bereits 1913 auf die Fließbandfertigung um auf diese Weise zuverlässiger, schneller und im Ergebnis kostengünstiger die Produktion von Automobilen realisieren zu können. Diese industrialisierte Massenproduktion war seinerzeit revolutionär und so erfolgreich, dass später für Unternehmen, welche auf ähnliche Art und Weise in der Lage waren, große Stückzahlen zu fertigen der Begriff der „fordist“ – Unternehmen verwandt wurde.

In jüngerer Zeit ist zur Aufrechterhaltung der Massenproduktion aufgrund der sich stetig als schwieriger erweisenden Marktsituation das Bedürfnis zu weiterer Kosteneinsparung bzw. kosteneffizienter Produktion entstanden. Zahlreiche Groß- und mittelständische Unternehmen haben sich daher entschlossen, ihre Produktion und Entwicklung sowie verschiedene andere Tätigkeitsfelder nicht mehr als Einheit zu betreiben, sondern ihre Organisation zu dezentralisieren. Sie trennen aus Kostengründen - zum Teil verbunden mit dem Bedürfnis, sich neuen Absatzmärkten durch Präsenz zu nähern bzw. um Wettbewerbsvorteile besser nutzen oder effektivere Arbeitsabläufe erreichen zu können - Teile ihrer Produktion ab oder lagern ganze Bereiche des Vertriebs, der Werbung oder auch der Produktentwicklung aus. Diese „post-fordist“-Unternehmen belassen dabei teilweise diese Bereiche unter ihrer direkten Kontrolle oder übertragen sie vollständig auf andere Unternehmen, indem sie etwa diese Abteilungen outsourcen. Nicht selten erfolgt in diesem Zusammenhang eine Verlagerung ganzer Produktionslinien oder wesentlicher Teile davon in so genannte Billiglohnländer, um auf diese Weise durch das Endprodukt einen höheren Gewinn zu erzielen oder überhaupt am Markt konkurrenzfähig bleiben zu können. Besonders die Automobilindustrie lässt dementsprechend beispielsweise Motoren im Ausland fertigen, um diese dann zu importieren und in Deutschland in die Fahrzeuge einzubauen. Nicht selten wird in diesem Zusammenhang der Begriff der Globalisierung verwandt.

Gesellschaftsrechtlich werden die genannten Unternehmensstrategien durch Unternehmens- oder Unternehmensteilkäufe, Verschmelzungen, Abspaltungen oder Vermögensübertragungen verwirklicht. Möglich ist auch, derartige Zielsetzungen durch Arbeitnehmerüberlassung, durch Networking, Outsourcing sowie die Gründung von Holdinggesellschaften oder den Abschluss von Franchiseverträgen und die Bildung von Joint Ventures zu erreichen. Zudem werden Einkaufsgemeinschaften und Konsortien geschaffen, um die zur Produktion erforderlichen Roh- oder Vorprodukte durch das Aushandeln von Mengenrabatten kostengünstiger erwerben zu können.

Gegenstand dieser Darstellung wird es weniger sein, die gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten für die genannten Vorgehensweisen zu hinterfragen, als vielmehr die arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen aufzuzeigen, welche von den betroffenen Unternehmen bei ihren Planungen zu berücksichtigen sind. Dabei wird sowohl auf die Folgen in individualvertraglicher als auch in kollektivrechtlicher Hinsicht einzugehen sein. Dieser bewusst arbeitsrechtliche Schwerpunkt der Ausführungen verlangt es, die im Zusammenhang mit Unternehmensbeteiligungen und –übertragungen für den Arbeitnehmerschutz maßgeblichste Vorschrift, die Regelung des § 613 a BGB näher zu beleuchten. Durch diese gesetzliche Regelung hat der deutsche Gesetzgeber gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben bezüglich des Arbeitnehmerschutzes im Zusammenhang mit derartigen Vorgängen Rechnung getragen.

Voran zustellen sind, wie es die juristische Methodik gebietet, zunächst die maßgeblichen Richtlinien, welche die Entscheidung darüber erleichtern sollen, unter welchen Voraussetzungen und in welchen Konstellationen der Tatbestand des § 613 a BGB, nämlich das Vorliegen eines Betriebsübergangs, gegeben ist. Sodann erst wird in einem zweiten Schritt auf

die rechtlichen Konsequenzen, welche sich an einen Betriebsübergang in diesem Sinne anschließen, einzugehen sein. Ein weiterer Schwerpunkt der Ausführungen wird die Problematik betreffen, in welcher Art und Weise Arbeitnehmervertretungen im Rahmen der Dezentralisierung der Produktion zu beteiligen sind, insbesondere in welcher Form sie einen Anspruch auf eine Unterrichtung und Information, nicht nur im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang im Sinne des § 613 a BGB, haben.

Da längst nicht jede der bereits kurz angesprochenen Unternehmensstrategien einen Betriebsübergang im Sinne des § 613 a BGB darstellt, ist es angezeigt, in der gebotenen Kürze weitere rechtliche Gesichtspunkte zu beleuchten, welche einen Schutz der Arbeitnehmerinteressen zu gewährleisten vermögen. In diesem Zusammenhang ist auch auf das immer populärer werdende Franchising und die sich damit auf arbeitsrechtlicher Ebene ergebenden Problemstellungen zurückzukommen. Abschließend wird in einem kurzen Abriss darzustellen sein, welchen Standpunkt die Gewerkschaften in Deutschland zur Frage der Dezentralisierung der Produktion eingenommen haben und auf welche Weise und unter welchen Voraussetzungen organisierte Arbeitnehmervereinigungen sich für den Schutz der Arbeitnehmer stark machen können.

B. Unternehmensstrategien

Die Anzahl derjenigen Unternehmen, welche sich dazu entschließen, zukünftig mit anderen Unternehmen eine Kooperation eingehen zu wollen, wird allgemein als zunehmend beschrieben, obschon weder auf nationaler, auf europäischer, noch auf internationaler Ebene auf kontinuierliche Datenerhebungen zurückgegriffen werden kann, welche dieses Phänomen belegen könnten. Erstmals wurde im Sommer 2003 eine derartige groß angelegte Studie in dem Gebiet der Europäischen Union durchgeführt¹, welche die bisherigen Vermutungen nunmehr auch empirisch bestätigt. Diese Untersuchung wandte sich unter anderem an Unternehmen aus dem verarbeitenden Gewerbe, dem Bau- und Gastgewerbe, dem Handel sowie der Verkehrs- und Nachrichtenübermittlung².

Diese Ad hoc-Umfrage in Deutschland, Frankreich, Schweden, Dänemark und Portugal stellte unter anderem heraus, dass dem „Outsourcing“ eine herausragende Bedeutung zukommt. Hierunter wird die Auslagerung von betrieblichen Aufgaben und Funktionen auf externe Unternehmen verstanden. Eine der entscheidenden Überlegungen, welche hinter dem Outsourcing stehen, ist, dass sich viele Unternehmen zukünftig mehr auf Kernaufgaben konzentrieren möchten, um auf diese Weise eine effizientere Arbeitsweise verwirklichen zu können. Das Outsourcing betrifft überwiegend von dem Hauptgeschäft abtrennbare Arbeitsgebiete, wozu vor allem handwerkliche Tätigkeiten, überwiegend geistige Arbeiten wie etwa Ingenieur Tätigkeiten sowie die Datenverarbeitung gehören. Gleiches gilt für Rechts- und Steuerabteilungen, welche sich in der Vergangenheit vor allem größere Unternehmen geleistet haben, die sie nunmehr jedoch auf spezialisierte Unternehmen übertragen³. Diese Ausgliederungen erfolgen im Dienstleistungsbereich überwiegend an inländische Unternehmen, während vor allem im produzierenden Gewerbe eine Verlagerung ins Ausland erfolgt.

Ein Beispiel aus jüngerer Zeit ist die Unterzeichnung eines Outsourcingvertrages zwischen der Deutschen Bank und IBM im Dezember 2002. Die Auslagerung betraf die kontinentaleuropäischen Rechenzentren der Deutschen Bank, wobei IBM diese Rechenzentren und Serverstandorte übernommen hat. Ein weiteres Beispiel ist der Outsourcingvertrag zwischen Hewlett-Packard und der Carl Zeiss AG. HP Services übernahm zum 1. November 2004 für 6 Jahre umfangreiche Dienstleistungen für Infrastruktur- und Applikationsmanagement.

¹ Ad Hoc-Befragung über Unternehmenskooperationen durch Eurostat, veröffentlicht durch das Statistische Bundesamt April 2004.

² Fn. 1 S. 7 f.

³ Fn. 1 S. 13.

Im Zusammenhang mit dem Outsourcing ins Ausland werden gelegentlich zwei weitere Begrifflichkeiten in die Diskussion eingebracht. Zum einen ist es das „Offshoring“, womit die Verlagerung von Unternehmensteilen in das weiter entfernte Ausland, etwa nach Asien, angesprochen wird. Zum anderen handelt es sich um das „Nearshoring“, welches die Verlagerung von Unternehmensteilen in das benachbarte Ausland beinhaltet. Besonderen Anteil an diesen Strategien der Verlagerung von Unternehmensteilen ins entfernte oder auch benachbarte Ausland haben die Automobilindustrie und die IT-Branche. Erstgenannte orientierte sich bereits unmittelbar nach dem politischen Umbruch in Europa überwiegend im osteuropäischen Ausland. Zu nennen ist hier nur beispielhaft der VW Konzern, welcher erhebliche Teile der Produktion in die Slowakei, unter anderem nach Bratislava, verlagert hat. Insbesondere die IT-Branche verlagert vor allem Bereiche der Anwendersoftwareentwicklung, vorzugsweise in den indischen und asiatischen Raum.

Durch das Outsourcing verliert das abgebende Unternehmen die Möglichkeit, auf diesen Betriebsteil rechtlich Einfluss nehmen zu können. Gleichwohl besteht insoweit eine ganz erhebliche wirtschaftliche Abhängigkeit zwischen den beteiligten Unternehmen, weshalb durch vertragliche Vereinbarungen versucht wird, diese mangelnde Möglichkeit der Einflussnahme abzumildern.

Eine weitere Unternehmensstrategie, die zu einer Beteiligung mehrerer Unternehmen führt, besteht in der Bildung strategischer Allianzen. Hierbei handelt es sich um temporäre Zusammenschlüsse verschiedener Unternehmen, um ein bestimmtes Projekt unter Verwendung besonderen Know-hows und der Teilung von Kosten auf dem Gebiet der Forschung oder des Vertriebs verwirklichen zu können⁴. Der Vorteil für die beteiligten Unternehmen liegt darin, dass sie hierbei gleichberechtigt agieren und insoweit weisungsfrei von ihrem jeweiligen Partner handeln können. Rechtlich selbständig sind auch die Mitglieder eines Konsortiums. Ein solches wird zur Durchführung eines größeren Projektes gebildet und löst sich im Anschluss daran nach dessen Beendigung wieder auf. Wettbewerbsvorteile lassen sich auch durch die Bildung eines Clusters erreichen. Dabei handelt es sich um einen Zusammenschluss mehrerer Unternehmen in Form eines Netzwerkes, wobei sich etwa Zulieferer, Produzenten und Forschungseinrichtungen in räumlicher Nähe zusammenfinden und dadurch in der Lage sind, entstehende Synergieeffekte für sich nutzbar zu machen. Jedes der beteiligten Unternehmen kann sich damit auf seine Kernkompetenzen beschränken und durch entsprechende Spezialisierung effektiver wirtschaften. Auch hier sind die Unternehmen rechtlich selbständig, befinden sich jedoch gleichwohl in einer nicht unerheblichen wirtschaftlichen Abhängigkeit. Rechtlich selbständig ist auch ein Joint Venture Unternehmen, welches durch Kapitalbeteiligungen mehrerer Gesellschaften zustande kommt. Neben reinem Kapital werden von den beteiligten Unternehmen auch Know-how, Lizenzen, Produktionsanlagen und ähnliches eingebracht. In der europäischen Unternehmenslandschaft spielen diese Unternehmenskooperationen allerdings eine nur sehr untergeordnete Rolle⁵. Ein in Europa etabliertes Joint Venture ist, um ein Beispiel zu nennen, die Fujitsu Siemens Computers, welche aus einer je hälftigen Beteiligung des japanischen Fujitsu Konzerns und der Siemens AG entstanden ist.

C. Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen für die Dezentralisierung der Produktion

I. § 613 a BGB als Grundlage des Arbeitnehmerschutzes

Sowohl für Arbeitnehmer als auch für die beteiligten Arbeitgeberunternehmen von Bedeutung sind vor allem solche Dezentralisierungsmaßnahmen, welche mit einem Betriebsübergang einhergehen. Dabei handelt es sich um all diejenigen Konstellationen, in denen ein Betrieb oder ein Betriebsteil einen neuen Inhaber erhält. Das Schicksal der Arbeitsverträge als solcher, das der Arbeitsbedingungen - auch soweit diese kollektivrechtlich geregelt sind - und

⁴ Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage 2001, § 1 GWB Rdnr. 427.

⁵ Fn. 1 S. 16.

die Haftung sowohl des Erwerbers als auch des Veräußerers gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern wurden in § 613 a BGB geregelt. Darüber hinaus gewährt die Norm einen Schutz dergestalt, dass sie Kündigungen wegen eines Betriebsübergangs ausschließt und allen betroffenen Arbeitnehmern zubilligt, dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse zu widersprechen.

§ 613 a BGB geht in seiner heutigen Fassung auf europarechtliche Vorgaben zurück. Diese sind namentlich die Richtlinie 77/187/EWG vom 5.3.1977, die Richtlinie 98/50/EG vom 29.6.1998 sowie deren konsolidierte Fassung in der Richtlinie 2001/23/EG vom 22.3.2002. Sinn und Zweck des § 613 a BGB ist es, einen Bestandschutz für diejenigen Arbeitnehmer zu gewährleisten, welche von einem Betriebs- oder Betriebsteilübergang betroffen sind.

Neu eingeführt wurden in § 613 a BGB durch das Gesetz zur Änderung des Seemannsgesetzes und anderer Gesetze vom 23.3.2002⁶ die Absätze 5 und 6. Dabei beruht § 613 a Abs. 5 BGB, welcher die Unterrichtungspflicht des Veräußerers und des Erwerbers gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern regelt, auf den Vorgaben der Richtlinie 2001/23/EG und soll sicherstellen, dass ein von einem Betriebs- oder Betriebsteilübergang betroffener Arbeitnehmer, welcher gem. § 613 a Abs. 6 BGB dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechen möchte, dies auf Grundlage einer fundierten und vollständigen Information unternehmen kann, welche ihm zur Abwägung aller bestehender Risiken dienen soll. Wie bereits erwähnt geht nur § 613 a Abs. 5 BGB auf europarechtliche Vorgaben zurück. Das Widerspruchsrecht aus § 613 a Abs. 6 BGB wird auch in der konsolidierten Fassung der Richtlinie 2001/23/EG in keiner Weise angesprochen. Maßgeblich für dessen Normierung war für den Gesetzgeber, dass es mit der Würde des Menschen, der freien Wahl des Arbeitsplatzes sowie den Grundrecht des Arbeitnehmers auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 1, 2, 12 GG), als nicht vereinbar angesehen werden kann, diesen zu verpflichten für einen Arbeitgeber zu arbeiten, welchen er nicht frei gewählt hat⁷.

II. Rechtsgeschäftlicher Übergang eines Betriebes oder Betriebsteils

Anknüpfungspunkt für den Arbeitnehmerschutz im deutschen Recht ist das Vorliegen eines Betriebs- oder Betriebsteilübergangs. § 613 a Abs. 1 BGB gibt zur Konkretisierung dessen, wann ein solcher Betriebsübergang zu bejahen ist, keinen Anhaltspunkt. Daher beruht die Entscheidung, in welchen Konstellationen und unter welchen Voraussetzungen ein Betriebsübergang gegeben ist, überwiegend auf der Rechtsprechung des BAG sowie derjenigen des EuGH.

Ein Betriebs- oder Betriebsteilübergang im Sinne des § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB liegt dann vor, wenn ein Rechtsgeschäft zu einem Betriebsinhaberwechsel führt. Dem Erfordernis des Übergangs aufgrund eines Rechtsgeschäfts kommt insoweit maßgebliche Bedeutung zu, als damit ausschließlich die Einzelrechtsnachfolge angesprochen wird, mithin ein Übergang aufgrund einer Gesamtrechtsnachfolge grundsätzlich nicht zur Anwendbarkeit des § 613 a BGB führt. Ein Betriebs- oder Betriebsteilübergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ist beispielsweise dann gegeben, wenn der Eintritt in die Position als Betriebsinhaber aufgrund Erbfolge oder umwandlungsrechtlicher Vorgänge erfolgt. Für letztere Variante sei angemerkt, dass § 324 UmwG für die Fälle der Verschmelzung, Spaltung und der Vermögensübertragung die Vorschriften des § 613 a Abs. 1, 4 bis 6 BGB für anwendbar erklärt, insoweit also eine Ausnahme zu dem angesprochenen Grundsatz geregelt worden ist. Dieser Verweis auf § 613 a BGB ist nach überwiegender Auffassung als eine Rechtsgrundverweisung⁸ anzusehen, weshalb § 613 a BGB auch in den in § 324 UmwG genannten Fällen nur dann Anwendung findet, sofern die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs erfüllt sind. Ebenfalls kei-

⁶ Gesetz zur Änderung des Seemannsgesetzes und anderer Gesetze vom 23.3.2002 BGBl. I S. 1163.

⁷ BT-Drucks. 14/7760 S. 20.

⁸ BAG vom 25.5.2000 AP Nr. 209 zu § 613 a BGB; ErfK/Preis 5. Aufl. 2005 § 613 a BGB Rdnr. 178; Münch-Komm/Müller-Glöge 4. Band §§ 611-704, EFZG, TzBfG, KschG 4. Aufl. 2004 § 613 a BGB Rdnr. 218; A.A. Kreßel BB 1995, 925, 928.

ne Anwendung findet § 613 a BGB dann, wenn der Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils auf ein Gesetz oder einen anderen Hoheitsakt zurückgeführt werden kann⁹.

Soweit der Übergang des Betriebs- oder Betriebsteils auf einem Rechtsgeschäft beruhen muss, ist es allerdings nicht notwendig, dass zwischen dem bisherigen Inhaber und dem Erwerber des Betriebs unmittelbar vertragliche oder andere rechtliche Beziehungen bestehen. Auch diese Gesetzesauslegung ist Ergebnis ständiger Rechtsprechung sowohl des EuGH¹⁰ wie des BAG¹¹, nicht zuletzt um die Versuche zu vereiteln, Umgehungstatbestände zu schaffen. Aus diesem Grund ist das Vorliegen eines Rechtsgeschäfts bereits dann zu bejahen, wenn etwa die Räumlichkeiten eines Gaststättenbetriebs von einem neuen Pächter genutzt werden. Hier ist es für die Bejahung der Anwendbarkeit des § 613 a BGB nicht erforderlich, dass zwischen dem alten und dem neuen Pächter vertragliche Beziehungen bestehen. Dies erscheint insbesondere aus praxisorientierten Gründen angemessen, da in den entsprechenden Fällen der neue und der alte Pächter sich häufig nicht kennen, sondern jeder allein mit dem Eigentümer der Immobilie verhandelt. In der Sache ist es jedoch hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer unerheblich, ob der Eigentümer der Immobilie zuvor das Restaurant selbst betrieben oder dies ein Dritter aufgrund eines Pachtvertrages getan hat.

III. Betriebsbegriff des § 613 a BGB

Soweit die Begrifflichkeit des „Rechtsgeschäfts“ als eine Tatbestandsvoraussetzung damit hinreichend umschrieben ist, bestehen die rechtlichen Probleme, welchen sich die gerichtlichen Entscheidungen in der überwiegenden Zahl auf tatbestandlicher Seite widmen, in ganz anderer Hinsicht. Für die Anwendbarkeit des § 613 a BGB und damit das Eingreifen der Schutzvorschriften, auf welche noch einzugehen sein wird, ist in jedem Einzelfall zuvorderst zu prüfen, ob ein Betrieb- oder Betriebsteil auf einen anderen Inhaber übergegangen ist.

Soweit ein Betriebsinhaberwechsel Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 613 a BGB ist, bedarf es zunächst einmal einer Klärung, wann ein „Betrieb“ oder ein „Betriebsteil“ in dem genannten Sinne vorliegt. Das deutsche Recht kennt im Wesentlichen zwei Betriebsbegriffe. Zum einen ist es die allgemeine, auch im Betriebsverfassungsrecht einschlägige Definition: Danach ist ein Betrieb eine organisatorische Einheit, in welcher der Arbeitgeber unter Verwendung persönlicher, sächlicher und immaterieller Mittel einen arbeitstechnischen Zweck verfolgt, der sich nicht nur in der Befriedigung des Eigenbedarfs erschöpfen darf¹².

Für den Betriebsbegriff im Sinne des § 613 a BGB ist jedoch eine andere Definition angezeigt, da das Abstellen auf die sächlichen und immateriellen Mittel dem von § 613 a BGB und den ihm zugrunde liegenden Richtlinien bezweckten Bestandsschutz nicht gerecht wird. So stellt auch die Richtlinie 2001/23/EG nicht lediglich auf den Betrieb ab, sondern erklärt sie gem. Art. 1 Abs. 1 a auf den Übergang von „Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw. Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber“ für anwendbar. Augenscheinlich ist die Richtlinie damit sehr viel weiter gefasst als der Wortlaut des § 613 a BGB. Aus diesem Grund stellt auch der EuGH weniger auf eine Definition des Betriebs- oder Betriebsteils ab, sondern fragt dem besonderen Zweck entsprechend, ob zwischen Veräußerer und Erwerber eine „wirtschaftliche Einheit“ übergeht. Die Begrifflichkeit der wirtschaftlichen Einheit ist daher in ständiger Rechtsprechung¹³ immer dann ein entscheidendes Kriterium, wenn es darum geht ob ein Betriebsübergang stattgefunden hat oder nicht. Nach ganz überwiegender Auffassung wird darüber hinaus verlangt, dass es sich um eine wirtschaftlich funktionsfähige Einheit han-

⁹ BAG vom 26.8.1999 AP Nr. 197 zu § 613 a BGB; vom 5.10.1993 AP Nr. 42 zu § 1 BetrAVG Zusatzversorgungskassen.

¹⁰ EuGH vom 26.9.2000 AP Nr. 30 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187.

¹¹ BAG vom 25.1.2001 AP Nr. 215 zu § 613 a BGB; vom 13.11.1997 AP Nr. 169 zu § 613 a BGB; vom 13.11.1997 AP Nr. 169 zu § 613 a BGB.

¹² BAG vom 29.1.1987 AP Nr. 6 zu § 1 BetrVG 1972; vom 7.8.1986 AP Nr. 5 zu § 1 BetrVG 1972.

¹³ BAG vom 13.11.1997 AP Nr. 169 zu § 613 a BGB; vom 13.11.1997 AP Nr. 170 zu § 613 a BGB

delt, welche unter Wahrung ihrer Identität durch den neuen Rechtsträger fortgeführt wird¹⁴. Das BAG definiert den Betrieb im Sinne des § 613 a BGB ebenso wie der EuGH daher abweichend von dem allgemeinen Betriebsbegriff dahingehend, dass eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung vorliegt¹⁵. Weiterhin hält das BAG lediglich die Möglichkeit, den Betrieb gleich bleibend fortzuführen zu können, nicht für ausreichend¹⁶. Entscheidend ist vielmehr, dass dies auch tatsächlich geschieht¹⁷. Des Weiteren ist es erforderlich, dass die wirtschaftliche Einheit auf Dauer angelegt ist¹⁸. Mit diesem Kriterium wird ausgeschlossen, dass solche Vorhaben dem Betriebsbegriff unterliegen, die nur einmalig erfolgen, wie etwa das Catering auf einer Schulungsveranstaltung. Von den vorübergehend wahrgenommenen Aufgaben sind jedoch die befristeten Tätigkeiten zu unterscheiden. Bei letzteren kann es sich sehr wohl um eine wirtschaftliche Einheit handeln, da diese Tätigkeiten auch nach Ablauf der vereinbarten Frist weiter erbracht werden können. Zu denken ist hier etwa an die mehrfach vom EuGH zu prüfen gewesenen und hier auch noch anzusprechenden Reinigungsaufträge oder auch das Betreiben einer Krankenhauskantine.

Die genannten Definitionsansätze finden sowohl für Betriebs- als auch für Betriebsteilübergänge Anwendung. Damit werden für die Bejahung an den Übergang eines Betriebsteils keine geringeren Anforderungen gestellt. Auch insoweit ist es erforderlich, dass eine ihre Identität wahrende wirtschaftliche Einheit übergeht¹⁹. Bei dieser muss es sich um eine organisatorische Untergliederung dergestalt handeln, dass ihr innerhalb der Gesamtorganisation ein Teilzweck²⁰ zugeschrieben werden kann, welcher auch in einer bloßen Hilfsfunktion²¹ bestehen kann. Entscheidend ist, dass dieser Teil eine Art eigene Teilidentität in dem Gesamtgefüge bereits bei dem Veräußerer gehabt hat²².

IV. Übergang einer die Identität wahren wirtschaftlichen Einheit

1. Prüfkriterien

Soweit es unerlässlich ist, dass eine wirtschaftliche Einheit den Inhaber wechselt, ist für die Beurteilung eines Betriebsübergangs weiterhin erforderlich, dass diese ihre Identität wahrt. Auch diesbezüglich entzieht sich jede Entscheidung einer generalisierenden Beurteilung. Vielmehr ist eine stets im Einzelfall vorzunehmende Betrachtung angezeigt, welche alle maßgeblichen Umstände einbezieht²³. Nach der Rechtsprechung des EuGH²⁴ und des BAG²⁵ sind diesbezüglich namentlich sieben Prüfkriterien von Bedeutung, anhand derer das Vorliegen einer ihre Identität wahren wirtschaftlichen Einheit zu bestimmen wird.

¹⁴ ErfK/Preis (Fn. 11) § 613 a BGB Rdnr. 6.

¹⁵ BAG vom 12.11.1998 AP Nr. 186 zu § 613 a BGB.

¹⁶ BAG vom 18.3.1999 AP Nr. 189 zu § 613 a BGB.

¹⁷ BAG vom 12.11.1998 AP Nr. 186 zu § 613 a BGB.

¹⁸ EuGH vom 20.11.2003 AP Nr. 34 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187; vom 19.9.1995 AP Nr. 133 zu § 613 a BGB.

¹⁹ BAG vom 5.2.2004 NZA 2004, 845, 847; vom 8.8.2002 NZA 2003, 315; vom 26.8.1999 AP Nr. 196 zu § 613 a BGB.

²⁰ BAG vom 13.2.2003 Nr. 24 zu § 611 BGB Organvertreter; vom 18.4.2002 AP Nr. 232 zu § 613 a BGB.

²¹ BAG vom 18.4.2002 AP Nr. 232 zu § 613 a BGB; vom 9.2.1994 AP Nr. 105 zu § 613 a BGB.

²² BAG vom 17.4.2003 AP Nr. 253 zu § 613 a BGB; vom 5.12.2002 AP Nr. 126 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; vom 8.8.2002 NZA 2003, 315 = EzA BGB § 613 a Nr. 209; vom 16.5.2002 AP Nr. 237 zu § 613 a BGB; vom 26.8.1999 AP Nr. 196 zu § 613 a BGB; vom 11.12.1997 AP Nr. 172 zu § 613 a BGB; vom 13.11.1997 EzA BGB § 613 a Nr. 166; vom 11.9.1997 AP Nr. 16 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187; vom 24.4.1997 NZA 1998, 25.

²³ BAG vom 25.5.2000 AP Nr. 209 zu § 613 a BGB.

²⁴ EuGH vom 20.11.2003 AP Nr. 34 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187; vom 11.3.1997 AP Nr. 14 zu EWG Richtlinie Nr. 77/187.

²⁵ BAG vom 5.2.2004 NZA 2004, 845; vom 8.8.2002 NZA 2003, 315 = EzA BGB § 613 a Nr. 209; vom 25.5.2000 AP Nr. 209 zu § 613 a BGB; vom 16.5.2002 AP Nr. 237 zu § 613 a BGB; vom 13.11.1997 AP Nr. 170 zu § 613 a BGB; vom 13.11.1997 AP Nr. 169 zu § 613 a BGB; vom 22.5.1997 AP Nr. 154 zu § 613 a BGB.

Dabei handelt es sich

- um die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebs,
- den etwaigen Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter sowie deren Wert und Bedeutung
- die Übernahme der immateriellen Betriebsmittel und der vorhandenen Organisation,
- die Weiterbeschäftigung der Hauptbelegschaft (ein nach Zahl und Sachkunde wesentlicher Teil des Personals) durch den Inhaber,
- die Übernahme der Kundschaft und Lieferantenbeziehungen,
- der Grad der Ähnlichkeit der vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten
- sowie die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeiten.

Zudem stellt das BAG in ständiger Rechtsprechung fest, dass der Begriff der Einheit nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden darf. Vielmehr könne sich eine übergangsfähige Einheit auch aus weiteren Merkmalen, wie etwa dem Personal, den Führungskräften, der Arbeitsorganisation, den Betriebsmethoden und den zur Verfügung gestellten Betriebsmitteln bestehen²⁶.

Für die Bejahung eines Betriebs- oder Betriebsteilübergangs ist es, und dies ist hervorzuheben, keine Voraussetzung, dass die Prüfkriterien allesamt erfüllt sind. Vielmehr handelt es sich dabei nur um Anhaltspunkte, denen abhängig von der Branche, in welcher über einen Betriebsübergang zu entscheiden ist, unterschiedliches Gewicht zukommt und die nicht losgelöst vom Einzelfall betrachtet werden dürfen²⁷.

2. Bedeutung der Übernahme von Betriebsmitteln

So zeigt sich, dass die Übernahme materieller und immaterieller Betriebsmittel besonders im produzierenden Gewerbe ein maßgebliches Kriterium dafür sein kann, ob ein Betriebsübergang erfolgt ist oder nicht. In Hinblick auf diesen Gesichtspunkt ist zunächst anzumerken, dass die Betriebsmittel keineswegs im Eigentum des früheren Inhabers oder etwa des Erwerbers stehen müssen. Entscheidend ist, vor allem im Rahmen der Auftragsneuvergabe, dass dem Erwerber die Mittel zur eigenwirtschaftlichen Nutzung überlassen werden, damit diese ihm auch als eigene zugerechnet werden können²⁸. Solches wird angenommen, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer Betriebsmittel zur Durchführung des Auftrages zu Verfügung stellt und, dies ist das Entscheidende, jene Betriebsmittel es dem Auftragnehmer ermöglichen zusätzliche wirtschaftliche Vorteile aus der Nutzung dieser Betriebsmittel zu ziehen, bzw. diese nach eigenem Wunsch verwenden können. Das BAG hat dies etwa in der Fortführung eines Bewachungsauftrages unter Nutzung bereits vorhandener Sicherheitseinrichtungen²⁹ verneint.

Neuerlich hat allerdings der EuGH in einer Entscheidung³⁰ über die Weiterführung einer Krankenhauskantine diesem Kriterium weit weniger Bedeutung beigemessen. Hier stellte das Gericht zunächst fest, dass es sich bei der Verpflegung des in dem Krankenhaus beschäftigten Personals und der Patienten sowie der Verteilung der Speisen nicht um eine Tätigkeit handle, welche im Wesentlichen von der menschlichen Arbeitskraft abhängig sei. Denn es war in gewissem Umfang Inventar, wie etwa die gesamten großen und kleinen Kü-

²⁶ BAG vom 5.2.2004 NZA 2004, 845.

²⁷ EuGH vom 11.3.1997 AP Nr. 14 zu EWG Richtlinie Nr. 77/187; BAG vom 5.2.2004 NZA 2004, 845; vom 22.5.1997 AP Nr. 154 zu § 613 a BGB.

²⁸ BAG vom 22.1.1998 AP Nr. 174 zu § 613 a BGB; vom 11.12.1997 AP Nr. 171 zu § 613 a BGB.

²⁹ BAG vom 22.1.1998 AP Nr. 174 zu § 613 a BGB.

³⁰ EuGH vom 20.11.2003 AP Nr. 34 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187.

chengeräte sowie die Spülmaschine und die Räumlichkeiten, Energie und Wasser übernommen worden. Zudem ging der EuGH davon aus, dass der Erwerber wesentliche Betriebsabläufe des vormaligen Betreibers zur Fortführung des Auftrages übernommen hatte. Obwohl eine eigenwirtschaftliche Nutzung der überlassenen Betriebsmittel aufgrund der Gebundenheit der Betriebsmittel an den Auftrag augenscheinlich nicht gegeben war, hat der EuGH einen Betriebsübergang bejaht. Gleiches könnte etwa für die Weiterführung eines Bordrestaurants in einem Fernreisezug gelten.

Daran zeigt sich in besonderer Weise, dass insbesondere auch die weitere Benutzung der Geschäftsräume und der Betriebsmittel sowie die Weiterführung von Kundenbeziehungen, welche in der Krankenhauskantine notwendigerweise die Patienten sowie das dort angestellte Personal ausmachen, für das Vorliegen eines Betriebsübergangs und damit eine die Identität wahrende Einheit sprechen können. In welchem Maße nunmehr das Kriterium der Überlassung der übernommenen Betriebsmittel zur eigenwirtschaftlichen Nutzung bedeutungslos wird, lässt sich schwer sagen. Das Urteil des EuGH macht jedoch deutlich, dass die Bejahung eines Betriebsübergangs stets einer Einzelfallbetrachtung anheim gestellt ist und auch die Fortführung eingefahrener Betriebsabläufe und die Nutzung vorhandener Gegebenheiten den Übergang einer wirtschaftlichen Einheit begründen können. Andererseits ist in Hinblick auf die Fälle der Pacht von Bewirtschaftsräumlichkeiten festzustellen, dass allein deren Übernahme nicht die Annahme eines Betriebsübergangs begründen kann, so etwa, wenn der neue Pächter beispielsweise statt deutscher Hausmannskost künftig orientalische Kost in neuem Ambiente³¹ anbieten möchte. Hier steht, anders als im Fall der Krankenhauskantine, vor allem im Vordergrund, dass der Kundenstamm des früheren Pächters sowie möglicherweise auch dessen Köche für den neuen Inhaber der Räumlichkeiten keine Bedeutung haben werden.

Abschließend ist in aller Deutlichkeit hinsichtlich der Übernahme von Betriebsmitteln anzumerken, dass allein deren Übernahme - etwa diejenige von LKWs oder sonstigen Maschinen - einen Betriebsübergang nicht begründen kann, da diese allein eine Fortführung des Betriebszwecks nicht ermöglichen³². Etwas anderes gilt in diesen Fällen freilich dann, wenn bestehende Transportaufträge fortgeführt werden.

3. Betriebsübergang in betriebsmittelarmen Betrieben

Dass die Übernahme von Sachmitteln für sich allein kein Maßstab zur Entscheidung darüber sein kann, ob ein Betriebsübergang vorliegt oder nicht, zeigt sich vor allem an solchen Betrieben, welche weniger auf Betriebsmittel als vielmehr auf die Arbeitskraft der Mitarbeiter sowie deren Know-how angewiesen sind. In den entsprechenden Branchen kann die von der Rechtsprechung geforderte wirtschaftliche Einheit durch eine organisierte Gesamtheit von Arbeitnehmern dargestellt werden³³.

Vor allem im Dienstleistungsbereich stellt sich die Frage, inwieweit die Übernahme von Arbeitnehmern zu einem Betriebsübergang im Sinne des § 613 a BGB führt. Dies gilt vor allem deswegen, weil § 613 a BGB auf den ersten Blick die Annahme zulässt, dass der Übergang der Arbeitsverhältnisse, mithin die Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern des Veräußerers, auf der Rechtsfolgenseite einzuordnen sei. Entzündet hat sich diese Problematik im Bereich der Geschäftsraumreinigungsdienstleistung. Ein Betriebsübergang wurde hier dann bejaht, wenn der Erringer eines Reinigungsauftrages zwar auf die Übernahme der Putzmaterialien verzichtet, aber nahezu sämtliche Reinigungskräfte übernimmt, welche im Ergebnis in den gleichen Räumen wie zuvor ihre Arbeitsleistung erbringen sollen.

Der EuGH und das BAG bejahen einen Betriebsübergang im Zusammenhang mit der Weiterbeschäftigung von Reinigungskräften in denjenigen Fällen, in denen der Erwerber einen

³¹ BAG vom 10.9.1997 AP Nr. 16 zu EWG-Richtlinie 77/187.

³² BAG vom 26.8.1999 AP Nr. 196 zu § 613 a BGB.

³³ BAG vom 13.11.1997 AP Nr. 169 zu § 613 a BGB; vom 11.9.1997 AP Nr. 16 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187.

nach **Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil** des Personals³⁴ übernommen hat. Wann von einem an Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals ausgegangen werden kann, ist freilich ein weiteres der sich aneinander reihenden Probleme des Betriebsübergangs. Der EuGH und ihm folgend das BAG haben sich auf den Standpunkt gestellt, dass dies jedenfalls dann der Fall sei, wenn der Erwerber denjenigen Teil des Personals übernimmt, welchen der bisherige Inhaber gezielt zur Durchführung einer bestimmten Tätigkeit eingesetzt hatte und deren Übernahme es dem Erwerber gerade ermöglicht, diese Tätigkeit in gleicher Art und Weise fortzuführen³⁵. Gegeben ist dieses Kriterium unzweifelhaft dann, wenn sämtliche Arbeitnehmer übernommen werden und es damit gelingt, die Arbeitsorganisation sowie die Betriebsmethoden aufrechtzuerhalten. Jedoch ist diesem Erfordernis nach Ansicht des BAG hinsichtlich der Gewährleistung eines Hol- und Bringdienstes in einem Hospital noch nicht genüge getan, wenn 75 % des Personals übernommen werden³⁶. Andererseits hat das BAG einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil der Arbeitnehmer dann angenommen, wenn 85 % des Personals übergehen³⁷. Allerdings wird man diese Angabe nicht als Obergrenze ansehen können. Vielmehr kann der Anzahl der übernommenen Arbeitnehmer dann ein geringeres Gewicht zukommen, wenn wesentliche Know-how Träger - etwa aus dem Management - beim Erwerber weiterarbeiten und dieser dadurch in die Lage versetzt wird, die bisher durchgeführten Aufgaben als Organisationseinheit weiter erledigen zu können³⁸.

V. Abgrenzung zur bloßen Funktionsnachfolge

Abzugrenzen ist der Betriebsübergang von der bloßen Funktionsnachfolge. Letztere stellt gerade keinen Betriebsübergang im Sinne des § 613 a BGB dar. Sie ist dann gegeben, wenn ein Auftragnehmer lediglich die Tätigkeit als solche fortführt³⁹ ohne dass er beispielsweise Betriebsmittel oder Teile der Belegschaft übernimmt. Bedient er sich jedoch letzteren, kann ein Betriebsübergang bejaht werden⁴⁰. Unter dem Stichwort der Funktionsnachfolge wird weitergehend zwischen der Auftragsnachfolge (dort wird eine bereits in fremde Hände ausgelagerte Aufgabenstellung dem bisherigen ausführenden Unternehmen entzogen und einem Dritten zur Ausführung übertragen), der Auftragsübernahme (ein Unternehmen tritt in die bereits vergebenen Aufgaben während eines bestehenden Auftragsverhältnisses zwischen dem Auftraggeber und dem bisherigen Auftragnehmer mit deren Zustimmung als neuer Auftragnehmer ein) und der erstmaligen Fremdvergabe von arbeitstechnischen Aufgaben unterschieden. Richtigerweise gehört hierher auch die Auftragsrücknahme, wenn also bislang ausgelagerte Tätigkeiten dem beauftragten Unternehmen entzogen und nunmehr vom Auftraggeber selbst durchgeführt werden. In all diesen Fällen stellt sich die Frage, ob die Tatbestandsmerkmale eines Betriebsübergangs erfüllt sind. Typische Beispiele sind die Vergabe von Bewachungs- oder Reinigungsaufträgen bzw. die Auslagerung von Arbeitsbereichen auf ein anderes Unternehmen im Wege des Outsourcing. Voraussetzung für die Annahme einer bloßen Funktionsnachfolge in diesem Bereich dürfte jedoch in Hinblick auf die bereits dargestellten Grundsätze sein, dass weder notwendiges Know-how noch sächliche Betriebsmittel noch ein nach Zahl und Sachkunde wesentlicher Teil des Personals übernommen werden.

³⁴ *EuGH* vom 20.11.2003 AP Nr. 34 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187; vom 10.12.1998 NZA 1999, 189; *BAG* vom 11.12.1997 AP Nr. 172 zu § 613 a BGB.

³⁵ *EuGH* vom 24.1.2002 AP Nr. 32 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187; vom 25.1.2001 AP Nr. 31 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187; vom 11.3.1997 AP Nr. 14 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187; *BAG* vom 11.12.1997 AP Nr. 172 zu § 613 a BGB.

³⁶ *BAG* vom 10.12.1998 AP Nr. 187 zu § 613 a BGB.

³⁷ *BAG* vom 11.12.1997 AP Nr. 172 zu § 613 a BGB.

³⁸ *BAG* vom 14.5.1998 NZA 1999, 483.

³⁹ *EuGH* vom 20.11.2003 AP Nr. 34 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187; *BAG* vom 11.12.1997 AP Nr. 171 zu § 613 a BGB.

⁴⁰ *BAG* vom 22.1.1998 AP Nr. 173 zu § 613 a BGB.

Eine bloße Funktionsnachfolge hat das BAG⁴¹ in einem Sachverhalt angenommen, in welchem eine Schwimmlehrerin den Arbeitgeber wechselte, jedoch in der gleichen Schwimmhalle auch zunächst die gleiche Schwimmgruppe betreute. Das BAG führte hierzu aus, dass die Schwimmgruppe keine Arbeitsorganisation im arbeitsrechtlichen Sinne und damit keine wirtschaftliche Einheit sei, da zwar die Teilnehmer der Schwimmgruppe Mitglieder bei dem früheren Arbeitgeber der Lehrerin gewesen seien, sie jedoch nicht dessen Arbeitnehmer waren. Unbeachtlich war, dass der Schwimmunterricht weiterhin in der gleichen Schwimmhalle stattfand, welche im Eigentum des Landes stand. Die Halle war nämlich nicht zur eigenwirtschaftlichen Nutzung überlassen worden. Ob diese Argumentation im Hinblick auf den letztgenannten Punkt nach der bereits angesprochenen Entscheidung des EuGH zur Weiterführung einer Kantine noch haltbar sein kann, ist zweifelhaft, jedoch ist der Entscheidung im Ergebnis zuzustimmen, da es an dem Übergang einer arbeitsrechtlichen Organisationseinheit mangelte.

VI. Betriebsstilllegung als Ausschlusskriterium

Ein Betriebsübergang kommt dann nicht in Betracht, wenn der Betrieb stillgelegt wird. Sobald ein Betrieb endgültig stillgelegt worden ist, besteht denkbare auch keine wirtschaftliche Einheit mehr, die eines Inhaberwechsels fähig ist. Diese an sich triviale Schlussfolgerung setzt jedoch voraus, dass eine Abgrenzung zwischen dem bloßen Ruhen eines Betriebes und dessen tatsächlicher Stilllegung sachgerecht erfolgen kann. Dahingehend wird für das Vorliegen einer Betriebsstilllegung vorausgesetzt, dass eine ernsthafte und endgültige Absicht des Arbeitgebers gegeben ist, die Betriebs- und Produktionsgemeinschaft auf Dauer oder zumindest für einen unbestimmten, wirtschaftlich nicht unwesentlichen Zeitraum aufzulösen⁴². Wird beispielsweise ein Modegeschäft neun Monate nach Einstellung jeder Verkaufstätigkeit fortgeführt, kann von einem Betriebsübergang, mithin dem Übergang einer wirtschaftlich funktionsfähigen Einheit, nicht mehr ausgegangen werden⁴³. Relevant wird die Abgrenzung zur Betriebsstilllegung auch in denjenigen Konstellationen, in welchen der gesamte Betrieb durch die Veräußerung an einen anderen Ort verlegt wird. Es ist dann ein Indiz für eine Betriebsstilllegung und nicht für einen Betriebsübergang, wenn an dem neuen Betriebsort die Betriebsgemeinschaft tatsächlich und rechtsbeständig aufgelöst und der Betrieb an diesem Ort mit einer im Wesentlichen neuen Belegschaft fortgeführt wird⁴⁴. Liegt nach alledem trotz Verlagerung des Betriebsorts dennoch ein Betriebsübergang vor, gehen kraft Gesetzes die Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber über, welcher dann in Anwendung der allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätze darauf angewiesen ist, dass die betroffenen Arbeitnehmer der Erbringung ihrer Arbeitsleistung an dem neuen Standort zustimmen, andernfalls ist der Erwerber auf das Mittel der Änderungskündigung angewiesen.

VII. Zeitpunkt des Betriebsübergangs

Der für die Anwendbarkeit des § 613 a BGB und damit die Geltung der relevanten Schutzvorschriften maßgebliche Zeitpunkt ist derjenige, in welchem der bisherige Inhaber die Verantwortung für den Betrieb der übertragenen Einheit auf den Erwerber übergibt. Die Konkretisierung dieses Zeitpunkts steht nicht zur Disposition der an dem Betriebsübergang beteiligten Parteien, sondern bestimmt sich allein nach den oben genannten tatsächlichen Umständen⁴⁵.

⁴¹ BAG vom 5.2.2004 NZA 2004, 845, 847.

⁴² BAG vom 13.2.2003 AP Nr. 24 zu § 611 BGB Organvertreter Nr. 24; vom 10.10.1996 AP Nr. 81 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; vom 19.5.1988 AP Nr. 75 zu § 613 a BGB; vom 28.4.1988 AP Nr. 74 zu § 613 a BGB.

⁴³ BAG vom 22.5.1997 AP Nr. 154 zu § 613 a BGB.

⁴⁴ BAG vom 16.5.2002 AP Nr. 237 zu § 613 a BGB; vom 12.2.1987 AP Nr. 67 zu § 613 a BGB.

⁴⁵ EuGH vom 26.5.2005 NZA 2005, 681.

VIII. Folgen für Unternehmensumstrukturierungen

Nach den genannten Grundsätzen kann folgendes in Bezug auf gesellschaftsrechtliche Vorgänge abschließend festgehalten werden: Nicht als Betriebsinhaberwechsel anzusehen ist es, wenn lediglich Gesellschaftsanteile übertragen werden oder die Zusammensetzung einer Personengesellschaft wechselt, so beispielsweise bei Eintritt eines Gesellschafters in ein Einzelunternehmen oder bei Auswechslung bzw. Austausch sämtlicher Gesellschafter. Solange die Identität des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern trotz Änderungen im Gesellschafterbestand gewahrt bleibt, sei es als Personenmehrheit bei der Personengesellschaft oder als juristische Person, spielen Änderungen in der innerbetrieblichen Personalstruktur keine Rolle.

Bringt dagegen ein Arbeitgeber seinen Betrieb als Sacheinlage in eine Gesellschaft ein, so liegt ein Inhaberwechsel vor. Das ist offensichtlich bei Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit (AG, GmbH), gilt aber ebenso für Personengesellschaften (OHG, KG, Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts). Denn Rechtsträger sind im Anschluss daran die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit. Zudem hat der BGH⁴⁶ der Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Rechtsfähigkeit zuerkannt, so dass die GbR nunmehr auch als Arbeitgeberin im Rechtsverkehr auftreten kann. Der Betriebsinhaberwechsel beruht in diesen Fällen auch auf einem Rechtsgeschäft, allerdings verpflichtet sich der einbringende Gesellschafter nicht gegenüber der (noch nicht entstandenen) Gesellschaft, sondern gegenüber den anderen Gesellschaftern. Das steht jedoch der zumindest analogen Anwendung des § 613 a BGB nicht entgegen.

Auch wenn die Gesellschafter die alte Gesellschaft auflösen und den Betrieb auf eine von den Erwerbern neu gebildete Gesellschaft übertragen, greift § 613 a BGB ein. Gleiches muss gelten, wenn sich die personelle Zusammensetzung der Gesellschafter nicht ändert. Die formändernde Umwandlung des Rechtsträgers nach §§ 190 ff. UmwG stellt keinen Inhaberwechsel dar, da sich der Rechtsträger lediglich in seiner Art der Rechtspersönlichkeit ändert, ein so genannter Substratträgerzuordnungswechsel liegt nicht vor⁴⁷.

Bei Spaltungsvorgängen kommt es entscheidend darauf an, ob die Identität des Rechtsträgers des jeweiligen Betriebs oder Betriebsteils wechselt. Das ist bei der Spaltung von Betrieben innerhalb eines Unternehmens nicht der Fall, wohl aber bei der Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils auf ein anderes Konzernunternehmen. Gleiches gilt für die rechtliche Verselbständigung des abgespaltenen Betriebs oder Betriebsteils⁴⁸.

Ein Betriebsübergang kann ebenfalls durch die vollständige oder teilweise Integration von zwei Betrieben von Unternehmen eines Konzerns erfolgen⁴⁹. Desgleichen kann die Zusammenführung von Unternehmensteilen im Rahmen eines Joint Ventures zweier Konzerne, je nach seiner Ausgestaltung im Einzelfall, insbesondere dann, wenn neben der bloßen Kapitalzusammenführung auch Produktionsprozesse nebst Know-how Trägern eingebracht werden, einen Betriebsübergang im Sinne des § 613 a BGB darstellen.

Für den in der Praxis wichtigsten Fall des Outsourcing lassen sich folgende Grundsätze aufstellen. Zunächst ist stets zu prüfen, ob die Aufgaben in dem auszulagernden Bereich unter Verwendung erheblicher Sachmittel ausgeübt werden. Ist dies der Fall, so kann allein die Übernahme dieser für die Durchführung notwendigen Sachmittel ein wesentliches Indiz dafür sein, dass ein Betriebsübergang vorliegt. Erfolgt hingegen die Auftragsausführung weniger unter zu Inanspruchnahme von Betriebsmitteln als vielmehr im Wesentlichen durch menschliche Arbeitskraft, so liegt nur dann ein Betriebsübergang und nicht lediglich eine Funktions-

⁴⁶ BGH vom 29.1.2001 AP Nr. 9 zu § 50 ZPO.

⁴⁷ ErfK/Preis (Fn. 11) § 613 a Rdnr. 44.

⁴⁸ Zur Aufspaltung eines einheitlichen Unternehmens in Betriebs- und Besitzgesellschaft näher BAG vom 19.1.1988 AP Nr. 70 zu § 613 a BGB. Siehe auch BAG vom 12.11.1998 AP Nr. 188 zu § 613 a BGB.

⁴⁹ EuGH vom 2.12.1999 NZA 2000, 587.

nachfolge vor, wenn ein nach Zahl und Sachkunde wesentlicher Teil der Belegschaft übernommen wird. Zudem wird die Übernahme immaterieller Betriebsmittel, wie etwa von Lizenzen, Gebrauchsmustern, Warenzeichen und Patenten zur Fertigung bestimmter Güter für die Beurteilung eine entscheidende Rolle spielen. Diese sind dann ein maßgebliches Kriterium, welches für den Übergang eines Betriebs- oder Betriebsteils spricht⁵⁰. In diesem Bereich ist nicht zuletzt auch der Übergang einer Vertriebsberechtigung auf den Erwerber ein Indiz dafür, dass ein Betriebsübergang vorliegt⁵¹.

Hinsichtlich der weiteren oben genannten Unternehmensstrategien, wie etwa den strategischen Allianzen, der Bildung von Konsortien und der Schaffung eines Clusters bleibt auszuführen, dass es insoweit - sofern es lediglich bei der Zusammenarbeit verschiedener Unternehmen bleibt - die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs nicht vorliegen werden, da es an einem Betriebsinhaberwechsel mangelt.

D. Schutz der Arbeitnehmer bei Betriebsübergängen

Wie bereits angesprochen sind Arbeitnehmer, die von einem Betriebs- oder Betriebsteilübergang betroffen sind, in besonderer Weise schutzbedürftig. Dem versucht § 613 a BGB Rechnung zu tragen. Im Folgenden ist daher auf das Schicksal der Arbeitsverträge der betroffenen Arbeitnehmer, kündigungsschutzrechtliche Aspekte sowie auf haftungsrechtliche Konsequenzen einzugehen.

I. Übergang des Arbeitsverhältnisses

Liegt ein Betriebsübergang vor, so tritt gem. § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB der Erwerber in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein bzw., anders ausgedrückt, die Arbeitsverhältnisse gehen kraft Gesetzes auf den Erwerber über. Für die betroffenen Arbeitnehmer hat dies zur Folge, dass sie auf diese Weise zunächst einen Bestandsschutz erfahren. Käme es nämlich nicht zu einer Überleitung der Arbeitsverhältnisse, würden die Arbeitnehmer sich weiterhin ihrem bisherigen Arbeitgeber gegenüber sehen, der möglicherweise all seine Betriebsmittel veräußert hat, mithin keine Arbeitnehmer mehr einsetzen kann, was in der Folge zwangsläufig zu betriebsbedingten Kündigungen der betroffenen Arbeitnehmer führen muss.

1. Eintritt in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis

In der Sache führt der Übergang des Arbeitsverhältnisses zu einem Wechsel der Vertragspartei auf Arbeitgeberseite, der Inhalt desselben bleibt dadurch unberührt. Die Rechte und Pflichten des Arbeitsverhältnisses im Sinne des § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB umfassen sämtliche individualvertraglichen Vereinbarungen. Der Eintritt des Erwerbers hat für den Arbeitnehmer unter anderem zur Folge, dass sämtliche Verjährungsfristen unbeschadet des Arbeitgeberwechsels weiter laufen. Andererseits muss der Erwerber sich gegebenenfalls entgegenhalten lassen, dass der Arbeitnehmer tarifliche Ausschlussfristen bereits gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber gewahrt hat und dies auch ihm gegenüber fortwirkt.

Der Arbeitnehmer hat gegen den neuen Arbeitgeber die gleichen Entgeltansprüche einschließlich aller bislang gewährten Sondervergütungen. Auch erdiente Anwartschaften einer vom bisherigen Inhaber gewährten betrieblichen Altersversorgung gehen auf den Erwerber

⁵⁰ BAG vom 28.4.1988 AP Nr. 74 zu § 613 a BGB.

⁵¹ EuGH vom 7.3.1996 AP Nr. 9 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187.

über⁵². Der Betriebserwerber muss sich im Rahmen gesetzlicher Wartefristen wie etwa für die Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 3 EFZG oder den allgemeinen Kündigungsschutz gem. § 1 Abs. 1 KSchG die Betriebszugehörigkeit bei dem bisherigen Arbeitgeber anrechnen lassen⁵³. Gleiches gilt für Lohnerhöhungen, die eine gewisse Dauer der Betriebszugehörigkeit voraussetzen.

Zu den Rechten, welche der Erwerber durch den Betriebsübergang erlangt, rechnen sämtliche Ansprüche des bisherigen Inhabers gegen einzelne Arbeitnehmer. Zu denken ist hier etwa an bereicherungsrechtliche Ausgleichsansprüche oder Schadensersatzansprüche⁵⁴. In gleicher Weise ist der Erwerber mit dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs berechtigt, sämtliche Gestaltungsrechte, welche bis dahin dem Veräußerer zustanden, auszuüben. Dementsprechend kann der Erwerber einem Arbeitnehmer wegen einer Vertragspflichtverletzungen, welche dieser noch bei dem Veräußerer begangen hatte, die Kündigung aussprechen oder eine Abmahnung erteilen.

2. Nicht vom Betriebsübergang erfasste Vertragsverhältnisse

§ 613 a Abs. 1 S. 1 BGB ordnet den Eintritt des neuen Inhabers in alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis an. Damit steht fest, dass solche Vertragswerke, welche unabhängig vom Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitnehmer und dem bisherigen Betriebsinhaber bestehen, davon unberührt bleiben. Dies betrifft insbesondere Arbeitgeberdarlehen. Insoweit wird beispielsweise der neue Inhaber nicht Gläubiger der Darlehensforderungen⁵⁵. Ebenso gehen erteilte Vollmachten - wie etwa eine Prokura - nicht über, da sie nur bei Gelegenheit des Arbeitsverhältnisses veranlasst werden, jedoch keine Rechte aus demselben sind⁵⁶.

Gleiches betrifft grundsätzlich ebenso Aktienoptionen. Auch hier ist strikt zwischen dem Arbeitsvertrag und dem davon zu unterscheidenden Optionsvertrag, welcher dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf die Gewährung von Aktienoptionen einräumt, zu trennen. Dies gilt nach Auffassung des BAG jedenfalls dann, wenn die Aktienoptionen, wie in der überwiegenden Zahl der Fälle, von einem Dritten, nämlich der Konzernobergesellschaft, gewährt werden. Zwar ist es nach Auffassung des BAG nicht ausgeschlossen, dass Aktienoptionen auf arbeitsvertraglicher Ebene gewährt werden. Eine Vermutung dahingehend gebe es jedoch nicht, die Frage sei letztlich immer abhängig von dem konkreten Einzelfall. Der Anspruch auf die Gewährung der Aktienoptionen geht mithin regelmäßig nicht gem. § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB auf den Erwerber über, da es sich nicht um einen Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis handelt⁵⁷. Gleiches wird wohl auch dann gelten müssen, wenn der Arbeitgeber selbst die Aktienoptionen gewährt. Nach entsprechenden Maßstäben sind auch die oftmals in den Optionsverträgen enthaltenen Verfallsklauseln zu beurteilen. In diesen wird sinngem. geregelt, dass die Ansprüche aus dem Optionsvertrag verfallen, sobald der Arbeitnehmer aus dem Unternehmen bzw. dem Konzernverbund ausscheidet. Solche Klauseln sind Gegenstand des Optionsvertrags und daher grundsätzlich nicht nach arbeitsrechtlichen, sondern nach allgemein zivilrechtlichen Grundsätzen, zu beurteilen. Eine differenzierende Auseinandersetzung mit dieser Thematik würde an dieser Stelle den Rahmen sprengen⁵⁸. Gleichwohl kann als Maßstab festgehalten werden, dass derartige Verfallsklauseln grundsätzlich wirksam sind und ihnen die Regelung des § 613 a BGB nicht entgegensteht.

⁵² BAG vom 24.3.1977 AP Nr. 6 zu § 613 a BGB; vom 29.11.1988 AP Nr. 7 zu § 1 BetrAVG Betriebsveräußerung.

⁵³ BAG vom 27.6.2002 AP Nr. 15 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit.

⁵⁴ MünchKomm/Müller-Glöge (Fn. 11) § 613 a BGB Rdnr. 100.

⁵⁵ BAG vom 21.1.1999 – 8 AZR 373/97 - nv.

⁵⁶ MünchKomm/Müller-Glöge (Fn. 11) § 613 a BGB Rdnr. 92.

⁵⁷ BAG vom 12.2.2003 AP Nr. 243 zu § 613a BGB.

⁵⁸ Vertiefend hierzu *Bauer/Göpfert/von Steinau-Steinrück* ZIP 2001, 1129 ff.; *Willemsen/Müller-Bonanni* ZIP 2003, 1177 ff.

Eine weitergehende Frage ist, inwieweit ausübungsreife Optionsrechte dem Verfall unterliegen können. Dem dürfte wohl § 307 BGB entgegenstehen. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der Verfall der Aktienoptionen im Ergebnis zur Minderung des Einkommens der betroffenen Arbeitnehmer führt. Diesbezüglich wird erwogen, ob sich eine Ausgleichspflicht des Erwerbers aus den Grundsätzen zur Störung der Geschäftsgrundlage ergibt. Insoweit gibt es Vorschläge, die Grundsätze der Rechtsprechung zur Wirksamkeit eines Widerspruchsvorbehalts in Bezug auf freiwillig geleistete Sondervergütungen anzuwenden. Das BAG hat diesbezüglich angenommen, dass Bestandteile der Vergütung nur in dem Umfang unter einen freien Widerruf gestellt werden können, als damit nicht in den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses eingegriffen wird. Sofern dies der Fall sei, würde der Schutzbereich der Änderungskündigung im Hinblick auf die rechtliche Zulässigkeit einer einseitigen Änderung von Arbeitsbedingungen nach § 2 KSchG verletzt. Wann die Grenzen der Wirksamkeit eines Widerrufsvorbehalts erreicht sind, hängt vom Einzelfall ab, soll allerdings bei 15 % noch nicht der Fall sein⁵⁹.

3. Weitergeltung kollektivrechtlicher Regelungen

Nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 77/187/EWG erhält der Erwerber die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zu der Kündigung oder dem Ablauf desselben bzw. bis zum Inkrafttreten oder bis zu der Anwendung eines anderen Kollektivvertrags in dem gleichen Maße aufrecht, wie sie in dem Kollektivvertrag für den Veräußerer vorgesehen waren. Die Mitgliedstaaten können diesen Zeitraum der Aufrechterhaltung begrenzen, sofern dieser nicht weniger als ein Jahr beträgt. Diese Regelung wurde zuletzt in Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2001/23/EG fortgeführt. Nämlichen europarechtlichen Vorgaben wollte der Gesetzgeber durch § 613 a Abs. 1 S. 2 bis 4 BGB Rechnung tragen.

Neben den individualvertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen bestehen grundsätzlich auch die auf kollektivrechtlicher Grundlage beruhenden Rechte und Pflichten nach dem Betriebsübergang fort. Die entsprechende gesetzliche Anordnung ist deshalb notwendig, weil Kollektivvereinbarungen nicht Bestandteil des Arbeitsverhältnisses sind und daher der Erwerber in diese nicht als Schuldner gem. § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB eintritt. Zu beachten ist allerdings, dass § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB dann Anwendung findet, wenn die Tarifverträge kraft einzelvertraglicher Bezugnahme Anwendung finden. Die insoweit in Bezug genommenen Tarifverträge gelten im Grundsatz einzelvertraglich weiter.

Gem. § 613 a Abs. 1 S. 2 BGB werden normativ geltende Regelungen, welche auf einen Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung zurückgehen, in das Individualarbeitsverhältnis transformiert. Sie werden damit unmittelbar Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer und zwar in dem Umfang und Regelungsgehalt, welchen sie im Zeitpunkt des Betriebsübergangs hatten. Sie gelten also statisch weiter. Der schuldrechtliche Teil des Tarifvertrages, mithin derjenige, welcher lediglich das Verhältnis der Tarifvertragsparteien untereinander betrifft, wird von § 613 a Abs. 1 S. 2 BGB nicht erfasst. Ebenfalls von der Transformation ausgeschlossen sind Regelungen des Tarifvertrages, welche sich nicht mit den Rechten und Pflichten der Arbeitnehmer beschäftigen, wie es beispielsweise bei betriebsverfassungsrechtlichen Normen der Fall ist⁶⁰.

Der Anwendungsbereich des § 613 a Abs. 1 BGB ist dabei nicht auf Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen begrenzt. Im Wege der richtlinienkonformen Auslegung findet § 613 a Abs. 1 S. 2 bis 4 BGB auf sämtliche Kollektivvereinbarungen Anwendung. Zu nennen sind insoweit beispielsweise Konzern- und Gesamtbetriebsvereinbarungen sowie Richtlinien nach dem Sprecherausschussgesetz oder Dienstvereinbarungen nach dem Bundespersonalvertretungsgesetz. Der Regelungsgehalt des § 613 a Abs. 1 S. 2 BGB beschränkt sich aller-

⁵⁹ Vgl. zunächst *BAG* vom 15.11.1995 AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Lufthansa; vom 21.4.1993 AP Nr. 34 zu § 2 KSchG 1969; vom 07.10.1982 AP Nr. 5 zu § 620 BGB Teilkündigung; sowie zur gesamten Problematik vertiefend mit weiteren Nachweisen *Willemsen/Müller-Bonanni* ZIP 2003, 1177 ff.

⁶⁰ *MünchKomm/Müller-Glöge* (Fn. 11) § 613 a BGB Rdnr. 135.

dings nicht nur auf den Erhalt des Status quo aufgrund der Transformation. Zusätzlich wird durch § 613 a Abs. 1 S. 2 BGB ein weitergehender Schutz dahingehend gewährt, als die transformierten Regelungen der Kollektivvereinbarung innerhalb eines Jahres nicht zum Nachteil der Arbeitnehmer verändert werden dürfen.

Das Gesetz stellt die genannten Regeln als Grundsatz voran. Tatsächlich aber handelt es sich dabei lediglich um einen Auffangtatbestand. Etwas anderes gilt nämlich gem. § 613 a Abs. 1 S. 3 BGB, und dies ist stets zuvorderst zu prüfen, wenn der neue Inhaber und die vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer an einen Tarifvertrag gebunden sind. Auf Seiten der Arbeitnehmer kann dies kraft Mitgliedschaft in der zuständigen Gewerkschaft (§ 3 TVG) oder im Wege der Allgemeinverbindlichkeitserklärung durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit im Einvernehmen mit einem aus je drei Vertretern der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer bestehenden Ausschuss (§ 5 TVG) geschehen. In diesen Fällen wird der Tarifvertrag nicht transformiert, sondern besteht normativ, dass heißt unmittelbar und zwingend weiter. Vergleichbares gilt, wenn der Erwerber und die übergehenden Arbeitnehmer unmittelbar an einen bei dem Erwerber bestehenden Tarifvertrag gebunden sind⁶¹. Zu einer Ablösung des beim Veräußerer geltenden Tarifvertrages durch einen anderen Tarifvertrag kann es auch dann kommen, wenn zwischen dem Arbeitnehmer und dem neuen Inhaber dessen Anwendbarkeit gem. § 613 a Abs. 1 S. 4 Alt. 2 BGB vereinbart wird und der Erwerber oder der betroffene Arbeitnehmer nicht tarifgebunden sind.

Wie bereits angesprochen gelten Tarifverträge, welche bei dem Veräußerer durch eine Vereinbarung in Bezug genommen worden waren, grundsätzlich gem. § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB einzelvertraglich weiter. Dies kann zur Konsequenz haben, dass bei dem Erwerber auf diesen übergegangene gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer und Außenseiter, für die der Tarifvertrag kraft einzelvertraglicher Bezugnahme galt, unterschiedlich behandelt werden. Während für letztere der Tarifvertrag dynamisch weitergilt, wäre die Weitergeltung für tarifgebundene Arbeitnehmer nach § 613 a Abs. 1 S. 2 BGB statisch. Insoweit kann jedoch die Auslegung der einzelvertraglichen Bezugnahme bei Außenseitern zu einem anderen Ergebnis führen. War der bisherige Betriebsinhaber tarifgebunden und wurde einzelvertraglich im Rahmen einer sog. „kleinen dynamischen Verweisungsklausel“ die Anwendung des für den Betrieb gerade geltenden Tarifvertrages vereinbart, ist davon auszugehen, dass es sich dabei um eine Gleichstellungsabrede handelt, welche sicherstellen sollte, dass der Außenseiter wie die tarifgebundenen Arbeitnehmer behandelt wird⁶². Ist dies der Fall, gilt der in Bezug genommene Tarifvertrag bei dem Erwerber auch für den Außenseiter statisch weiter. Etwas anderes gilt jedoch grundsätzlich dann, wenn der bisherige Arbeitgeber nicht tarifgebunden oder in dem Arbeitsvertrag ein Tarifvertrag in Bezug genommen worden ist, an welchen der Arbeitgeber nicht gebunden gewesen ist. Hier wird es sich regelmäßig nicht um eine Gleichstellungsabrede handeln, weshalb es bei der Anwendung von § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB bleibt⁶³.

Eine Ausnahme von dem in § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB angeordneten Bestandsschutz regelt § 613 a Abs. 1 S. 4 BGB. Danach dürfen transformierte Tarifverträge, welche im Zeitpunkt des Betriebsübergangs lediglich nach § 4 Abs. 5 TVG nachwirken, auch vor Ablauf eines Jahres zum Nachteil der Arbeitnehmer abgeändert werden. Dies ist insofern konsequent, weil diese kollektiven Regelungen zum genannten Zeitpunkt bereits ihre zwingende Wirkung verloren haben und § 613 a BGB die Rechtstellung der betroffenen Arbeitnehmer nur erhalten, nicht aber verbessern soll⁶⁴.

⁶¹ BAG vom 25.9.2002 AP Nr. 26 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; vom 1.8.2001 Nr. 225 zu § 613 a BGB; vom 21.2.2001 AP Nr. 20 zu § 4 TVG; MünchKomm/Müller-Glöge (Fn. 11) § 613 a BGB Rdnr. 139 mwN.

⁶² BAG vom 26.9.2001 AP Nr. 21 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; vom 25.9.2002 AP Nr. 26 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

⁶³ Vgl. zu den vielschichtigen Einzelheiten auch im Zusammenhang mit der Unterscheidung von kleinen und großen dynamischen Verweisungsklauseln *Hergenröder* Festschrift 50 Jahre BAG (2004) S. 713 ff.

⁶⁴ BAG vom 1.8.2001 AP Nr. 225 zu § 613 a BGB.

Das Gesagte findet im Grundsatz auch für Betriebsvereinbarungen Anwendung. So gilt eine bestehende Betriebsvereinbarung dann individualvertraglich weiter, wenn sie keine normative Weitergeltung erfährt. Normativ gilt eine Betriebsvereinbarung dann weiter, wenn die Betriebsidentität bei dem Erwerber bestehen bleibt. Dies kommt freilich dann nicht in Betracht, sofern nur ein Betriebsteil übergeht, da hier die Identität des Betriebs nicht gewahrt wird. Eine Betriebsvereinbarung besteht dann auf individualvertraglicher Ebene gem. § 613 a Abs. 1 S. 2 BGB mit dem bereits angesprochenen Bestandsschutz fort⁶⁵. Sofern die Betriebsvereinbarung zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs gem. § 77 Abs. 6 BetrVG nachwirkt, kann sie trotz der Transformation noch vor Ablauf eines Jahres abgeändert werden, da auch insoweit § 613 a BGB keine Besserstellung der Arbeitnehmer beabsichtigt. Ebenfalls kann eine individualrechtlich weiter geltende Betriebsvereinbarung durch eine Betriebsvereinbarung beim Erwerber gem. § 613 a Abs. 1 S. 3 BGB abgelöst werden, sofern sie den gleichen Gegenstand regelt und in dem übernommenen Betrieb gilt. Es findet dann das Ablösungs-, nicht aber das Günstigkeitsprinzip Anwendung⁶⁶.

II. Widerspruch der Arbeitnehmer

1. Grundlagen des Widerspruchsrechts

Den Übergang des Arbeitsverhältnisses kann der Arbeitnehmer allerdings auch durch eigene Initiative verhindern. Das deutsche Recht räumt jedem betroffenen Beschäftigten insoweit ein Widerspruchsrecht ein. Gem. § 613 a Abs. 6 S. 1 BGB kann der Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang einer Unterrichtung nach § 613 a Abs. 5 BGB widersprechen. Ein solches Widerspruchsrecht war bereits vor Einführung des § 613 a Abs. 6 BGB durch das Gesetz zur Änderung des Seemannsgesetzes und anderer Gesetze vom 23.3.2002,⁶⁷ welches am 1.4.2002 in Kraft getreten ist, in ständiger Rechtsprechung des BAG⁶⁸ bestätigt worden.

Der EuGH hatte diese Rechtsprechung des BAG akzeptiert, es allerdings mit Art. 3 der Richtlinie 77/187/EWG für unvereinbar erklärt, wenn ein Arbeitnehmer nur einzelnen Folgen des Übergangs – etwa dem Freiwerden des alten Arbeitgebers von seinen Verbindlichkeiten gegenüber dem Arbeitnehmer – widerspricht⁶⁹. Ein Widerspruch kann daher auch nach nunmehr geltender Gesetzeslage nur in Bezug auf das gesamte Arbeitsverhältnis erfolgen. Der deutsche Gesetzgeber legte der Normierung des Widerspruchsrechts die Überlegung zurunde, dass es mit der Würde des Menschen, der freien Wahl des Arbeitsplatzes sowie dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers (Art. 1, 2, 12 GG) nicht vereinbar sei, diesen zur Arbeit für einen Arbeitgeber zu verpflichten, welchen er nicht frei gewählt hat⁷⁰. Es ist davon auszugehen, dass der Normgeber auf diesem Wege die Gesetzes-

⁶⁵ MünchKomm/Müller-Glöge (Fn. 11) § 613 a BGB Rdnr. 149.

⁶⁶ BAG vom 14.8.2001 AP Nr. 85 zu § 77 BetrVG 1972.

⁶⁷ BGBl. I S. 1163.

⁶⁸ BAG vom 30.10.2003 AP BGB § 613 a BGB Nr. 262; vom 25.1.2001 AP BGB § 613 a Nr. 215; vom 18.3.1999 AP KSchG1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 41; vom 19.3.1998 AP Nr. 177 zu § 613 a BGB; vom 22.4.1993 AP Nr. 102, 103 zu § 613 a BGB; vom 21.5.1992 AP Nr. 96 zu § 613 a BGB; grundlegend BAG vom 2.10.1974 AP Nr. 8 zu § 613 a BGB (in Bezug auf einen Betriebsteil); vom 21.7.1977 AP Nr. 8 zu § 613 a BGB (in Bezug auf die Veräußerung des ganzen Betriebs).

⁶⁹ Unklar *EuGH* vom 5.5.1988 EAS RL 77/187/EWG Art. 3 Nr. 5 = EzA § 613 a BGB Nr. 89 mit Anm. *Berger-Delhey/Gaul*; zustimmend mit der genannten Einschränkung dann Urt. vom 16. 2.1992 AP Nr. 97 zu § 613 a BGB; sowie *EuGH* vom 24.1.2002 EAS RL 77/187/EWG Art. 1 Nr. 23; vom 12.11.1998 EAS RL 77/187/EWG Art. 1 Nr. 16 Tz. 38 = EzA § 613 a BGB Nr. 168.

⁷⁰ BT-Drucks. 14/7760 S. 20

lage der ständigen Rechtsprechung des BAG⁷¹ und des EuGH⁷² anpassen und damit letztlich auch eine in sich geschlossene Regelung der Unterrichtung und des von dieser abhängigen Widerspruchsrechts gestalten wollte. Zugleich lag das legislative Bestreben darin, Klarheit darüber zu schaffen, in welchem zeitlichen Rahmen der von einem Betriebs- oder Betriebsübergang betroffene Arbeitnehmer von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch machen muss. Anders als die bis dahin bestehende ständige Rechtsprechung des BAG⁷³, welche in Anlehnung an die in §§ 4 und 7 KSchG geregelte Klagefrist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung eine Widerspruchsfrist von drei Wochen seit Kenntnis des betroffenen Arbeitnehmers von dem Betriebsübergang gewährte, sieht die nunmehr geltende Gesetzeslage vor, dass der Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung über den Betriebsübergang entsprechend der Maßgabe des § 613 a Abs. 5 BGB erfolgen muss. Bei dem Widerspruchsrecht handelt es sich um eine einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung. Als Gestaltungsrecht ist sie bedingungsfeindlich, kann also nicht unter einem Vorbehalt ausgeübt werden.

2. Die Unterrichtung als Voraussetzung des Beginns der Widerspruchsfrist

Wie bereits angemerkt kann das Widerspruchsrecht nur binnen einer Frist von einem Monat nach Zugang der Unterrichtung wahrgenommen werden. Klarzustellen ist, dass die Unterrichtungspflicht, welche von der überwiegenden Auffassung als echte Rechtspflicht eingeordnet wird⁷⁴, für den Betriebsübergang als solchen keine Konsequenzen hat. Dieser findet unabhängig davon statt, ob die Unterrichtung, auf deren Einzelheiten sogleich einzugehen ist, erfolgt ist oder nicht. Auch ist die Unterrichtung keine Voraussetzung für die Ausübung des Widerspruchsrechtes. Dieses kann vielmehr unabhängig davon durch jeden Arbeitnehmer ausgeübt werden. Allerdings vermag eine unrichtige Unterrichtung den Weg zur Anfechtung des Widerspruchs wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 BGB eröffnen. Andererseits kann durch eine frühzeitige Unterrichtung vor dem Betriebsübergang durch den Veräußerer und/oder den Erwerber des Betriebs oder Betriebsteils eine ganz wesentliche Rechtssicherheit insofern herbeigeführt werden, als binnen eines Monats nach Zugang der Unterrichtung für alle Beteiligten klar ist, wessen Arbeitsverhältnis mit dem Betrieb oder Betriebsteil übergeht und welches bei dem Veräußerer verbleibt.

Die Unterrichtung steht damit letztlich in engem Zusammenhang mit der Widerspruchsfrist. Um diese in Gang setzen zu können, muss die Unterrichtung zunächst einmal in Textform verfasst werden. Diese setzt gem. § 126 b BGB voraus, dass die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Widergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise abgegeben wird, sie die Person des Erklärenden nennt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht wird. Damit reicht es beispielsweise aus, wenn die Unterrichtung etwa im Intranet, durch E-Mail oder am schwarzen Brett erfolgt. Empfehlenswert ist dies gleichwohl nicht, da der Erwerber und der Veräußerer in einer gerichtlichen Auseinandersetzung die Beweislast dahingehend tragen, wann der Zugang der Unterrichtung bei den betroffenen Arbeitnehmern erfolgt ist. Aus diesem Grunde empfiehlt es sich, die Unterrichtung durch Übergabe eines Schriftstücks vorzunehmen und die Übergabe entsprechend zu dokumentieren. Das entsprechende Schreiben bedarf nicht notwendig einer eigenhändigen Unterschrift des Erklärenden, ein eingescanntes Namenszei-

⁷¹ Grundlegend BAG vom 2.10.1974 AP Nr. 1 zu § 613 a BGB (in Bezug auf einen Betriebsteil); vom 21.7.1977 AP Nr. 8 zu § 613 a BGB (in Bezug auf die Veräußerung des ganzen Betriebs); vom 21.5.1992 AP Nr. 96 zu § 613 a BGB; vom 22.4.1993 AP Nr. 102, 103 zu § 613 a BGB; vom 19.3.1998 AP Nr. 177 zu § 613 a BGB; vom 18.3.1999 AP KSchG1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 41; vom 25.1.2001 AP BGB § 613 a Nr. 215; vom 30.10.2003 AP BGB § 613 a BGB Nr. 262.

⁷² EuGH 16.12.1992 AP Nr. 97 zu § 613a BGB.

⁷³ Vgl. nur BAG vom 19.3.1998 AP Nr. 177 zu § 613 a BGB; 22.4.1993 AP Nr. 103 zu § 613 a BGB.

⁷⁴ So *Willemsen/Lembke* NJW 2002, 1159, 1161 f.; *Hauck* Festschrift für Hellmut Wissmann (2005) S. 551; *Meyer* BB 2003, 1010, 1014; *Franzen* RdA 2002, 258, 262; *A.A. Bauer/von Steinau-Steinrück* ZIP 2002, 457, 458.

chen, das die Person des Erklärenden erkennen lässt, ist insoweit ausreichend. Die Konsequenzen einer unrichtigen bzw. unvollständigen Unterrichtung sind erheblich: Bis zur Grenze der Verwirkung steht jedem betroffenen Arbeitnehmer dann ein zeitlich unbegrenztes Widerspruchsrecht zu. Die damit einhergehende Rechts- und Planungsunsicherheit sowohl des Veräußerers als auch des Erwerbers, die jederzeit mit einem Widerspruch eines Arbeitnehmers rechnen müssen, ist beträchtlich.

Aus diesem Grunde wird im Schrifttum bereits kontrovers diskutiert, welche Anforderungen an das für eine gem. § 242 BGB zu beurteilende Verwirkung vorauszusetzende Umstands- und Zeitmoment zu stellen sind. Das Zeitmoment erfordert, dass der Rechtsinhaber sein Recht längere Zeit nicht verfolgt hat. Zudem muss zur Bejahung des Umstandsmoments aus dem Verhalten des Berechtigten der Schluss gezogen werden können, dass er von seinem Recht keinen Gebrauch mehr machen wird und der Verpflichtete sich hierauf eingerichtet hat und unter Berücksichtigung der gesamten Umstände sich darauf einrichten durfte⁷⁵. Bereits die Bestimmung des Zeitmoments bereitet erhebliche Schwierigkeiten, da eine im Gesetzgebungsverfahren vorgeschlagene Höchstfrist von sechs Monaten⁷⁶ bzw. von drei Monaten⁷⁷ nicht Gesetz geworden sind. Zum Teil wird im Schrifttum eine Orientierung an der Frist zur Zulassung verspäteter Klagen im Kündigungsschutzprozess gem. § 5 Abs. 3 S. 2 KSchG befürwortet, indem die hierin normierte Höchstfrist von sechs Monaten den zeitlichen Rahmen der Verwirkung markieren soll⁷⁸. In Hinblick auf die beschriebene Gesetzesentstehung erscheint dies allerdings problematisch. Richtigerweise wird man wohl davon ausgehen müssen, dass das Zeitmoment in jedem Einzelfall einer besonderen Beurteilung bedarf und jedenfalls der Zeitraum von sechs Monaten keine Obergrenze dahingehend darstellt, dass ein Widerspruch nach längerer Zeit als verwirkt angesehen werden muss⁷⁹. Von erheblichen Schwierigkeiten gekennzeichnet ist auch die Problematik, wann das beschriebene Umstandsmoment als gegeben angesehen werden kann. Nach einer Ansicht soll das Umstandsmoment bejaht werden können, wenn der betroffene Arbeitnehmer trotz eines offensichtlichen Arbeitgeberwechsels seine Arbeitsleistung weiterhin erbringt und den Erwerber als seinen neuen Arbeitgeber akzeptiert. Hierfür könnte sprechen, dass das BAG vor Normierung des § 613 a Abs. 6 BGB die vorbehaltlose Weiterarbeit bei dem neuen Arbeitgeber als Zustimmung des Arbeitnehmers zum Übergang seines Arbeitsverhältnisses beurteilt hat⁸⁰. Gegen diese Sichtweise wird jedoch zu Recht vorgebracht, dass sie mit dem Sinn und Zweck der Unterrichtungspflicht nicht in Einklang zu bringen ist. § 613 a Abs. 5 BGB bezwecke gerade die umfassende Information des Arbeitnehmers über den neuen Arbeitgeber und dieses Informationsrecht dürfe nicht über den Umweg der Verwirkung umgangen werden. Aus diesem Grunde könne das Umstandsmoment erst dann erfüllt sein, wenn der Arbeitnehmer „unmissverständlich deutlich mache“, dass er den neuen Inhaber als seinen neuen Vertragspartner akzeptiere⁸¹. Wann dies der Fall sei, müsse ebenfalls in jedem Einzelfall entschieden werden. Vor diesem Hintergrund reicht also die bloße Weiterarbeit nicht aus, vielmehr wird man besondere Umstände wie etwa Äußerungen des betroffenen Arbeitnehmers oder Ähnliches verlangen müssen, um eine Verwirkung bejahen zu können.

⁷⁵ Palandt/Heinrichs 64. Aufl. 2005 § 242 Rdnr. 87 ff.

⁷⁶ BT-Drucks. 14/8128 S. 4 und 6.

⁷⁷ BR-Drucks. 831/1/01 S. 2.

⁷⁸ Bauer/von Steinau-Steinrück Sonderbeil. zu NZA 2003 Heft 16, 72, 75; Gaul/Otto DB 2002, 634, 637.

⁷⁹ In diesem Sinne ErfK/Preis (Fn. 11) § 613 a BGB Rdnr. 96; Jaeger ZIP 2004, 433, 444; Willemsen/Lembke NJW 2002, 1159, 1160.

⁸⁰ Dazu zunächst BAG vom 25.5.2000 AP Nr. 10 zu § 613 a BGB unter Gründe I 2 b mit Anm. Birk; sowie Bauer/von Steinau-Steinrück ZIP 2002, 457, 464, Grobys BB 2002, 726, 730.

⁸¹ Franzen RdA 2002, 258, 267.

3. Einzelheiten zur Unterrichtung der Arbeitnehmer

a. Europarechtliche Vorgaben

Der deutsche Gesetzgeber ist mit der Unterrichtungspflicht gegenüber allen von dem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmern über die Vorgaben des Art. 7 Abs. 6 der Richtlinie 2001/23/EG hinausgegangen. Darin ist lediglich eine Unterrichtung solcher Arbeitnehmer vorgesehen, die in einem Betrieb tätig sind, in welchem unabhängig vom Willen der Arbeitnehmer keine Arbeitnehmervertretung besteht. Der deutsche Gesetzgeber hielt es hingegen für erforderlich, dass eine Unterrichtung auch in Betrieben erfolgen müsse, in denen es - gleich aus welchen Gründen - zu keiner Betriebsratswahl gekommen ist. Jeder betroffene Arbeitnehmer soll unmittelbar und aus erster Hand über den Betriebs- oder Betriebsteilübergang unterrichtet werden⁸².

Bereits die Gesetzesbegründung weist darauf hin, welche Rechtslage die Folge einer einzu-eins-Umsetzung der Richtlinie gewesen wäre. Eine Informationspflicht gegenüber der Arbeitnehmervertretung in Betrieben mit mehr als 20 Arbeitnehmern würde nur dann bestehen, wenn die engen Voraussetzungen des § 111 BetrVG vorlägen, auf welche im Folgenden noch einzugehen sein wird. Nur dann nämlich ist aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht der Betriebsrat von einem Betriebsübergang zu unterrichten.

In Betrieben mit einer Arbeitnehmerzahl von 5 bis 20 Arbeitnehmern, mithin in Betrieben, welche nach § 1 BetrVG betriebsratsfähig sind, in denen indes kein Betriebsrat gewählt worden ist, hätte eine Unterrichtung der Arbeitnehmer aus dem Grund ausscheiden müssen, weil in diesen nicht unabhängig vom Willen der Arbeitnehmer kein Betriebsrat besteht. Wäre in solchen Betrieben ein Betriebsrat gewählt worden, hätte eine Unterrichtung der Arbeitnehmervertretung allenfalls in Anwendung der §§ 2, 74 BetrVG erfolgen können, welche jedoch gleichsam nicht den europarechtlichen Vorgaben genügt. Eine Unterrichtung der Arbeitnehmer entsprechend der europarechtlichen Vorgaben wäre nach alledem nur in solchen Betrieben in Betracht gekommen, welche in der Regel weniger als 5 Arbeitnehmer beschäftigen⁸³, da nur hier unabhängig vom Willen der Arbeitnehmer kein Betriebsrat besteht.

b. Richtigkeit der Unterrichtung

aa) Nur eine richtige und vollständige Unterrichtung gem. § 613 a Abs. 5 BGB setzt die Widerspruchsfrist von einem Monat nach deren Zugang gem. § 613 a Abs. 6 BGB in Gang. Die Unterrichtungspflicht trifft sowohl den Veräußerer als auch den Erwerber des Betriebs oder Betriebsteils. Beide können die Unterrichtung getrennt voneinander durchführen oder diese gemeinsam durch eine einheitliche Erklärung vornehmen. In jedem Fall haben die Parteien sich darüber zu verständigen, in welchem Umfang sie über welche Dinge unterrichten wollen und sich gegenseitig mit entsprechenden Informationen zu versorgen. Letzteres gilt vor allem dann, wenn über solche Dinge unterrichtet wird, welche entweder nur der Veräußerer oder nur der Erwerber zu beurteilen vermag. So wird es etwa dem Veräußerer regelmäßig nicht möglich sein, über zukünftig in Aussicht genommene Maßnahmen bei dem Erwerber gem. § 613 a Abs. 5 Nr. 4 BGB zu unterrichten. Hierüber wird daher entweder gleich der Erwerber informieren oder einen entsprechenden Hinweis an den Veräußerer geben, welcher die Arbeitnehmer im Anschluss daran in Kenntnis setzt. Die Unterrichtung durch den Veräußerer wirkt auch hinsichtlich des Erwerbers gegenüber den betroffenen Arbeitnehmer als erfüllend. Insoweit besteht eine Gesamtschuldnerschaft im Sinne der §§ 421 ff BGB, die eine doppelte Information durch den Veräußerer und den Erwerber entbehrlich macht.

Zu erfolgen hat die Unterrichtung ausweislich des Gesetzeswortlautes vor dem Betriebsübergang. Allerdings ist es damit nicht ausgeschlossen, dass auch noch nach dem Übergang dieser Pflicht genügt werden kann. Dafür sprechen Sinn und Zweck der Unterrichtung. Diese

⁸² BT-Drucks. 14/7760 S. 19; *Jaeger* ZIP 2004, 433, 434; *Worzalla* NZA 2002, 353; Krit. dazu *Bauer/von Steinau-Steinrück* ZIP 2002, 457, 460 f.; *Willemsen/Lembke* NJW 2002, 1159, 1161.

⁸³ Zu diesem Aspekt vertiefend *Franzen* RdA 2002, 258, 260 f..

soll nämlich den betroffenen Arbeitnehmern die Möglichkeit geben, die Ausübung des Widerspruchsrechts auf eine ausreichende Informationslage zu stellen und die Vor- und Nachteile diesbezüglich abzuwägen. Dem kann auch mit einer Unterrichtung nach Betriebsübergang Rechnung getragen werden, vor allem weil dann das Widerspruchsrecht noch immer innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung erfolgen kann.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich bezüglich des Unterrichtungskataloges des § 613 a Abs. 5 BGB wörtlich an die Vorgaben der Richtlinie 2001/23/EG gehalten. Danach ist über den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs, den Grund für den Übergang, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen zu unterrichten.

bb) Wenige Probleme im Tatsächlichen dürfte die Unterrichtung über den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs gem. § 613 a Abs. 5 Nr. 1 BGB bereiten. Dieser wird sich regelmäßig aus den insoweit bestehenden Vereinbarungen ergeben.

Erste Schwierigkeiten ergeben sich hingegen im Zusammenhang mit der Unterrichtung über den Grund für den Übergang gem. § 613 a Abs. 5 Nr. 2 BGB. Anzugeben ist hier zunächst der rechtliche Grund, mithin etwa, dass der Übergang auf einem Unternehmenskauf oder einer Abspaltung beruht. Zusätzlich verlangen muss man wohl im Hinblick darauf, dass den wenigsten Arbeitnehmern diese Begrifflichkeiten etwas sagen, dass die wesentlichen Vorgänge erwähnt werden, die sich hinter dem jeweiligen juristischen Modell verbergen. Überhöhte Anforderungen hieran wie etwa lange Erklärungen juristischer oder wirtschaftlicher Art sind dessen ungeachtet nicht zu stellen. Teilweise wird zusätzlich gefordert, dass wirtschaftliche Hintergründe des Betriebsübergangs erläutert werden⁸⁴. In keinem Fall sind die Unterrichtenden gehalten, geheimhaltungswürdige Betriebsinterna wie etwa den Kaufpreis oder Ähnliches bekannt zu geben⁸⁵.

cc) Einige Unsicherheit dürfte die Unterrichtung über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer gem. § 613 a Abs. 5 Nr. 3 BGB aus dem Grunde bereiten, weil der Wortlaut so weit ist, dass die Ausgestaltung der Grenzen der Unterrichtungspflicht sich erst durch die Rechtsprechungspraxis wird ergeben müssen. Auch ein Blick in die Gesetzesbegründung bietet zunächst nur einen kleinen Ansatzpunkt dahingehend, was insoweit zum Gegenstand der Unterrichtung gemacht werden muss. Danach sind die in § 613 a Abs. 1 bis 4 BGB angesprochenen Konsequenzen zu erläutern⁸⁶. Soweit damit zunächst eine Basis formuliert wird, was als Mindestmaß aufzunehmen ist, muss die Grenzziehung in die andere Richtung sich am Sinn und Zweck der Unterrichtung orientieren. Dieser besteht insbesondere darin, den Arbeitnehmern eine ausreichende Informationsgrundlage für die Ausübung ihres Widerspruchsrechts zu bereiten. Daraus lässt sich auch die weitere grundsätzliche Überlegung ableiten, dass nämlich die bloße Wiedergabe des Gesetzestextes von § 613 a Abs. 1 bis 4 BGB ebenfalls nicht den Anforderungen an die Unterrichtung genügen kann. Andererseits gebietet der genannte Sinn und Zweck auch nicht, dass jeder einzelne betroffene Arbeitnehmer eine Unterrichtung, etwa in Form einer individuellen Bera-

⁸⁴ APS/Steffan 2. Aufl. 2004, § 613 a BGB Rdnr. 208; Nehls NZA 2003, 822, 824; wohl auch Willemsen/Lembke NJW 2002, 1159, 1162; Grobys BB 2002, 726, 727 empfiehlt eine solche Vorgehensweise angesichts der insoweit offenen Rechtslage; Bauer/von Steinau-Steinrück ZIP 2002, 457, 461 befürworten die Alternative Angabe des rechtlichen- oder des wirtschaftlichen Grundes für den Übergang; MünchKomm/Müller-Glöge (Fn. 11) § 613 a BGB Rdnr. 107 verlangt nicht die des juristischen, sondern nur des wirtschaftlichen Hintergrunds, nicht die wirtschaftlichen Ursachen des Übergangs; Palandt/Putzo (Fn. 76) § 613 a BGB Rdnr. 43 fordert zusätzlich die Beweggründe jeglicher Art.

⁸⁵ ErfK/Preis (Fn. 11) § 613 a BGB Rdnr. 85; Gaul/Otto DB 2002, 634, 635; Grobys BB 2002, 726, 727; Hauck Sonderbeil. zu NZA 2004 Heft 18, 17, 24; Jaeger ZIP 2004, 433, 439; Willemsen/Lembke NJW 2002, 1159, 1162 f.; Worzalla NZA 2001, 353, 354.

⁸⁶ BT-Drucks. 14/7760 S. 19.

tung, beanspruchen kann. Letzteres ergibt sich aus dem Gesetzestext, welcher insoweit eine Unterrichtung aller betroffenen Arbeitnehmer, freilich als Gesamtheit, verlangt⁸⁷.

Zu den rechtlichen Folgen, über welche aufzuklären ist, gehört zuvorderst, dass aufgrund des Betriebsübergangs der neue Inhaber in die Rechte und Pflichten der Arbeitsverhältnisse eintritt. In diesem Zusammenhang ist beispielsweise auch zu erwähnen, dass die bisherige Zeit der Betriebszugehörigkeit auch bei dem neuen Inhaber weiter gilt. Die Aufzählung sämtlicher Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ist nicht erforderlich. Gleichwohl dürfte es empfehlenswert sein, zumindest grundlegende oder in der Vergangenheit besonders strittige Themengebiete, etwa den Umgang mit bestehenden Arbeitgeberdarlehen, Auswirkungen auf Altersteilzeitverträge oder die Betriebszugehörigkeit anzusprechen⁸⁸. Sofern der Betriebsübergang mit einer Verlegung des Arbeitsplatzes einhergeht, dürfte in jedem Fall über die Örtlichkeit der neuen Arbeitsstätte zu informieren sein. Es ist insoweit anzumerken, dass die Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung sich stets, gerade auch nach einem Betriebsübergang, nach dem Inhalt des Arbeitsverhältnisses richtet und daher unter Umständen die Beschäftigung an einem anderen Arbeitsort nicht vom Weisungsrecht des Erwerbers gedeckt ist, welcher sodann auf die allgemeinen arbeitsrechtlichen Mittel, wie etwa eine Änderungs- oder betriebsbedingte Kündigung angewiesen ist.

Ebenfalls ist in der Unterrichtung auf den gesetzlich eingeräumten Kündigungsschutz dergestalt hinzuweisen, dass eine Kündigung wegen des Betriebsübergangs gem. § 613 a Abs. 4 S. 1 BGB unwirksam ist, aber Kündigungen aus anderem Grund gem. § 613 a Abs. 4 S. 2 BGB zulässig bleiben. In diesem Zusammenhang wird bei Bedarf auch darauf einzugehen sein, dass ein allgemeiner Kündigungsschutz nach den Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes bei dem Inhaber - etwa mangels ausreichender Betriebsgröße im Sinne des § 23 KSchG - nicht bestehen wird⁸⁹.

Notwendig ist insbesondere auch eine Unterrichtung bezüglich der Fortgeltung von kollektivrechtlichen Normen. Angesichts der Komplexität der in diesem Zusammenhang bestehenden rechtlichen Probleme⁹⁰ ist eine bis in die einzelnen Details gehende Unterrichtung nicht erforderlich. Es ist insoweit ausreichend, wenn - je nach dem inwieweit es in Betracht kommt - darüber informiert wird, dass die bestehenden kollektivrechtlichen Normen kraft beidseitiger Tarifgebundenheit unverändert nach allgemeinen Grundsätzen als solche weiter gelten oder aber dass sie gem. § 613 a Abs. 1 S. 2 BGB in individualvertragliche Vereinbarungen transformiert werden und lediglich als solche statisch fortbestehen. Zudem ist darauf einzugehen, dass in letzterer Konstellation eine Änderung zum Nachteil der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres nach dem Übergang von Gesetzes wegen nicht erfolgen darf. Als dritte Variante ist im Rahmen der Unterrichtung darauf hinzuweisen, dass es zu einer Verdrängung der kollektivrechtlichen Normen durch solche bei dem Erwerber bestehende Normen gem. § 613 a Abs. 1 S. 3 BGB kommen wird, wobei selbstverständlich darüber zu unterrichten ist, um welchen Tarifvertrag es sich namentlich handelt. Zu beachten ist jedoch, dass eine allgemeine Unterrichtung über die bestehenden Möglichkeiten des Schicksals der kollektivrechtlichen Normen nicht ausreichend ist. Vielmehr muss, gerade in dem Fall, dass eine Verdrängung solcher Normen erfolgen wird, auf die arbeitszeitlichen, finanziellen und anderen Änderungen eingegangen werden. Die drei bestehenden Varianten können nebeneinander genannt werden, weil regelmäßig nicht alle Arbeitnehmer tarifgebunden sind und nur auf diese Weise eine ausreichende Unterrichtung aller betroffenen Arbeitnehmer erreicht werden kann⁹¹. Ob

⁸⁷ MünchKomm/Müller-Glöge (Fn. 11) § 613 a BGB Rdnr. 107; ErfK/Preis (Fn. 11) § 613 a BGB Rdnr. 85; Bauer/von Steinau-Steinrück ZIP 2002, 457; Gaul/Otto DB 2002, 634, 635; Jaeger ZIP 2004, 433, 440; Nehls NZA 2003, 822, 824; Willemsen/Lembke NJW 2002, 1159, 1163.

⁸⁸ Bauer/von Steinau-Steinrück ZIP 2002, 457, 462; ders. Sonderbeil. zu NZA 2003 Heft 16, 72, 74; Jaeger ZIP 2004, 433, 440; Worzalla NZA 2002, 353, 355, empfiehlt, alle in § 2 Abs. 1 NachwG angesprochenen Themenkreise in die Unterrichtung aufzunehmen.

⁸⁹ ErfK/Preis (Fn. 11) § 613 a BGB Rdnr. 85; Bauer/von Steinau-Steinrück ZIP 2002, 457, 463; Jaeger ZIP 2004, 433, 441.

⁹⁰ Vgl. dazu Hergenröder in Festschrift 50 Jahre BAG (2004) S. 713 ff.

⁹¹ Bauer/von Steinau-Steinrück ZIP 2002, 457, 462; Jaeger ZIP 2004, 433, 441; Worzalla NZA 2002, 353, 355.

darüber hinaus auch sämtliche Fälle der Fortgeltung einzelvertraglich vereinbarter Bezugnahmen auf Tarifverträge aufgezählt werden müssen, erscheint angesichts der Komplexität dieses Themengebietes zweifelhaft. Gleichwohl wird man wohl verlangen müssen, dass darüber informiert wird, dass in diesen Fällen grundsätzlich lediglich eine statische Weitergeltung des in Bezug genommenen Tarifvertrags auf individualvertraglicher Ebene erfolgt und nur bei Vorliegen einer Tarifwechselklausel etwa in Gestalt einer großen dynamischen Verweisung die Anwendbarkeit der bei dem Erwerber geltenden tariflichen Normen in Betracht kommt⁹².

Auch ist auf die Haftung des bisherigen Arbeitgebers und des Betriebserwerbers einzugehen. Insoweit ist in der Unterrichtungsschrift auszuführen, dass der Erwerber in die Haftung für bestehende und für bei ihm zukünftig entstehende Ansprüche eintritt. Gleichzeitig ist darüber zu unterrichten, dass der Veräußerer für die bei ihm entstandenen Ansprüche haftet, auch wenn sie erst vor Ablauf eines Jahres nach Betriebsübergang fällig werden (§ 613 a Abs. 2 BGB), allerdings dann nur zeitanteilig. Sofern bei dem Erwerber ein Insolvenzverfahren durchgeführt wird, ist auch darüber aufzuklären⁹³. Zu der in § 613 a Abs. 5 Nr. 3 BGB geregelten Unterrichtungspflicht gehört auch, dass über den Verfall von Aktienoptionen der Arbeitnehmer informiert wird.⁹⁴

Auf den ersten Blick verwunderlich erscheint, dass von der ganz überwiegenden Ansicht angenommen wird, dass eine Unterrichtung über das Widerspruchsrecht selbst, welches gerade auf Grundlage eben jener Unterrichtung erfolgen soll, für entbehrlich gehalten wird⁹⁵. Teilweise wird auch der Versuch unternommen, das Widerspruchsrecht als eine rechtliche Folge des Übergangs im Sinne des § 613 a Abs. 5 Nr. 3 BGB zu betrachten⁹⁶. Gleichwohl muss hier, wie auch in anderen Bereichen des Privatrechts die Prämisse gelten, dass derjenige, dem kraft Gesetzes ein Recht zusteht, hierüber nicht belehrt zu werden braucht, sofern es nicht ausdrücklich - wie etwa in § 355 Abs. 2 S. 1 BGB - normiert ist. Dies bestätigt auch die Systematik der Richtlinie 2001/23/EG. In Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG wird ausdrücklich anerkannt, dass die Arbeitsverhältnisse mit dem Betriebsübergang auf den Erwerber übergehen. Gleichwohl wird mit keinem Wort das Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer thematisiert und dieses gelangt auch in Kenntnis des Übergangs der Arbeitsverhältnisse nicht in die Aufzählung der notwendigen Punkte zur Unterrichtung in Art. 7 Abs. 6 Richtlinie 2001/23/EG. Dementsprechend wird auch in der Gesetzesbegründung darauf hingewiesen, dass die Regelung des § 613 a Abs. 6 BGB der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit diene und auch in Bezug auf die ständige Rechtsprechung des EuGH und des BAG, welche das Widerspruchsrecht im Wege der Rechtsfortbildung schon vor seiner normativen Verankerung anerkannt hatten, in den Gesetzestext aufgenommen worden ist. Auch wird man das Widerspruchsrecht nicht als eine rechtliche Folge des Übergangs im Sinne des § 613 a Abs. 5 Nr. 3 BGB verstehen können. Eine solche Folge des Übergangs ist vielmehr, dass gem. § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB der Erwerber in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis eintritt. Das Widerspruchsrecht selbst hingegen fußt auf der erörterten Erkenntnis, dass es dem Arbeitnehmer nicht zuzumuten ist, dass er sich dieser gesetzlichen Folge bedingungslos hinzugeben hat und ihm deshalb eingeräumt wird, die Initiative zu ergreifen um diese zu verhindern.

dd) In der Gesetzesbegründung wurden als hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommene Maßnahmen (§ 613 a Abs. 5 Nr. 4 BGB) Weiterbildungsmaßnahmen im Zusammenhang mit geplanten Produktionsumstellungen, Umstrukturierungen oder andere Hand-

⁹² Vgl. dazu *Hergenröder* in Festschrift 50 Jahre BAG (2004) S. 713 ff.

⁹³ *ErfK/Preis* (Fn. 11) § 613 a BGB Rdnr. 85; *Bauer/von Steinau-Steinrück* ZIP 2002, 457, 463; ders. Sonderbeil. zu NZA 2003 Heft 16, 72, 74; *Jaeger* ZIP 2004, 433, 441; *A.A. Grobys* BB 2002, 726, 728.

⁹⁴ *Willemsen/Lembke* NJW 2002, 1159, 1163.

⁹⁵ *Altenburg/Leister* NZA 2005, 15, 20; *Jaeger* ZIP 2004, 433, 438, 442; *Bauer/von Steinau-Steinrück* ZIP 2002, 457, 463; *MünchKomm/Müller-Glöge* (Fn. 11) § 613 a BGB Rdnr. 108; *Willemsen/Lembke* NJW 2002, 1159, 163.

⁹⁶ *Worzalla* NZA 2002, 353, 355.

lungen, welche die berufliche Entwicklung der Arbeitnehmer betreffen, genannt⁹⁷. Hierzu dürften auch bei dem Erwerber angestrebte Personalreduzierungen gehören. Voraussetzung für die Unterrichtung ist in jedem Fall, dass diese Maßnahmen sich im Stadium einer konkreten Planung befinden. Solange dieser Zeitpunkt nicht erreicht worden ist, ist auch eine Unterrichtung entbehrlich⁹⁸.

ee) Soweit mit den vorstehenden Ausführungen der Versuch unternommen worden ist, eine Marschrichtung hinsichtlich des Ausmaßes der Unterrichtung aufzuzeigen, bedarf es weiterhin der Präzisierung des Maßstabes, an welchem die Unterrichtung zu erfolgen hat. Wie bereits festgestellt, hat die Unterrichtung vor dem Betriebsübergang zu erfolgen. Daraus ergibt sich ganz zwangsläufig, dass die Informationen regelmäßig auf einer gewissen Prognose beruhen. Dies betrifft vor allem die in Aussicht genommenen Maßnahmen im Sinne des § 613 a Abs. 5 Nr. 4 BGB, aber auch die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs im Sinne des § 613 a Abs. 5 Nr. 3 BGB. Dementsprechend haben die zur Information Verpflichteten ihre Kenntnisse, Vorstellungen, Erwartungen und Planungen in die Unterrichtung einfließen zu lassen. Sie müssen die von dem Übergang betroffenen Arbeitnehmer im Rahmen einer subjektiven Determinierung informieren, wobei insoweit zum einen auf den Zeitpunkt des Zugangs der Unterrichtung und zum anderen auf den Kenntnisstand sowohl des Veräußerers als auch des Erwerbers abzustellen ist⁹⁹. Dies kann freilich nur hinsichtlich solcher in § 613 a Abs. 5 BGB aufgezählten Aspekte der Unterrichtung gelten, welche augenscheinlich auf einer Prognose beruhen, weil sie im Zeitpunkt der Information nicht absehbar sind. Namentlich nicht hierunter ist die Unterrichtung hinsichtlich des geplanten Zeitpunkts sowie des Grundes des Betriebsübergangs zu rechnen. Gleiches gilt hinsichtlich der Belehrung über die gesetzlich angeordneten Folgen des Betriebsübergangs gem. § 613 a Abs. 1 bis 4 BGB.

III. Kündigungsschutz

Neben dem Bestandsschutz in Gestalt des Übergangs des Arbeitsverhältnisses darf den von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmern gem. § 613 a Abs. 4 S. 1 BGB nicht wegen des Übergangs eines Betriebes gekündigt werden. Dies ist aus dem Grunde konsequent, als den betroffenen Arbeitnehmern nicht damit geholfen ist, dass ihr Arbeitsverhältnis zwar auf den Erwerber kraft Gesetzes übergeht, dieser es aber sogleich wegen des Betriebsübergangs kündigen kann. Gleiches gilt im Hinblick auf eine mögliche Kündigung durch den Veräußerer. Der Ausschluss des Kündigungsrechtes in Bezug auf den Betriebsübergang erstreckt sich sowohl auf die ordentliche als auch auf die außerordentliche Kündigung. Auch wird hier nicht nur die Beendigungs-, sondern auch die Änderungskündigung zur Umgestaltung einzelner Arbeitsbedingungen angesprochen. Es handelt sich dabei um ein eigenständiges Kündigungsverbot, welches nicht zur Voraussetzung hat, dass die Regelungen über den allgemeinen Kündigungsschutz des KSchG anwendbar sind. Eine entgegen dem Kündigungsverbot ausgesprochene Kündigung ist gem. § 134 BGB unwirksam.

Allerdings bleibt das Recht, das Arbeitsverhältnis aus anderen Gründen zu kündigen auch bei Vorliegen eines Betriebsübergangs bestehen, § 613 a Abs. 4 S. 2 BGB. Dies hat zur Folge, dass eine Kündigung dann wirksam ist, wenn sie von einem sachlichen Grund außerhalb des Betriebsübergangs getragen wird. Der Betriebsübergang kann dann zwar den äußeren Anlass der Kündigung darstellen, jedoch darf er nach ständiger Rechtsprechung des BAG nicht der tragende Grund der Kündigung sein¹⁰⁰. Daran fehlt es beispielsweise dann, wenn die ausgesprochenen Kündigungen zu einer Rationalisierung führen, welche den Betriebs-

⁹⁷ BT-Drucks. 14/7760 S. 19.

⁹⁸ ErfK/Preis (Fn. 11) § 613 a BGB Rdnr. 85; MünchKomm/Müller-Glöge (Fn. 11) § 613 a BGB Rdnr. 110; Willemsen/Lembke NJW 2002, 1159, 1163; Worzalla NZA 2002, 353, 355.

⁹⁹ ErfK/Preis (Fn. 11) § 613 a BGB Rdnr. 88; MünchKomm/Müller-Glöge (Fn. 11) § 613 a BGB Rdnr. 106; Grobys BB 2002, 726, 728; Meyer BB 2003, 1010, 1012.

¹⁰⁰ BAG vom 26.5.1983 AP Nr. 34 zu § 613 a BGB; vom 19.5.1988 AP Nr. 75 zu § 613 a BGB.

übergang erst ermöglicht und anderenfalls der Betrieb hätte stillgelegt werden müssen¹⁰¹. Erfolgt eine Kündigung in der konkreten Absicht, den Betrieb stillzulegen, ändert jedoch der Betriebsinhaber schließlich seinen Entschluss und veräußert er den Betrieb, wird die Kündigung nicht im Nachhinein gem. § 613 a Abs. 4 BGB unwirksam. Insoweit ist allein der Zeitpunkt der Kündigungserklärung maßgeblich¹⁰².

Eine Kündigung des Veräußerers, welche dieser nach erfolgtem Betriebsübergang gegenüber einem widersprechenden Arbeitnehmer aus betriebsbedingten Gründen ausspricht, erfolgt ebenfalls nicht wegen des Betriebsübergangs. Auch hier mag der Betriebsübergang im weiteren Sinne die Ursache für die betriebsbedingte Kündigung sein, der entscheidende Grund ihrer Notwendigkeit beruht aber weniger auf dem Betriebsübergang als solchem, als vielmehr auf dem Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses und dem damit erfolgten Verbleib desselben bei dem Veräußerer. Letzterem fehlt aufgrund der Betriebsveräußerung jedwede Beschäftigungsmöglichkeit für den verbleibenden Arbeitnehmer, so dass er aus diesem Grund nach allgemeinen Grundsätzen eine betriebsbedingte Kündigung aussprechen kann.

An § 613 a Abs. 4 BGB scheitert auch eine Kündigung des Veräußerers nicht, welche ausgesprochen wird, um den Betrieb erst für einen Betriebsübergang vorzubereiten. Angesprochen sind hierbei diejenigen Konstellationen, in denen der potentielle Erwerber einen Betrieb grundsätzlich übernehmen möchte, er aber nur mit einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern eine Weiterführung des Betriebs vorzunehmen vermag. Entscheidende Voraussetzung für die Wirksamkeit einer solchen Kündigung ist aber, dass auf Seiten des Erwerbers ein konkretes Sanierungskonzept oder ein ähnliches Erwerberkonzept vorliegt, welches sich von dem allgemeinen Wunsch, die Anzahl der Arbeitnehmer verringern zu wollen, abhebt¹⁰³. Es ist nicht Zweck des § 613 a BGB trotz fehlender Beschäftigungsmöglichkeit des Erwerbers das Arbeitsverhältnis künstlich zu verlängern.

IV. Haftung des Veräußerers gegenüber den Arbeitnehmern

Folge des Übergangs des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber gem. § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB ist, dass der Erwerber auch Schuldner bestehender Forderungen der Arbeitnehmer wird. Damit verbunden ergibt sich das grundsätzliche Risiko für die Arbeitnehmer, dass sie einen weniger leistungsfähigen Schuldner aufgebürdet bekommen, welcher auch für die zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs noch offenen Forderungen haftet. Aus diesem Schutzbedürfnis heraus ist in § 613 a Abs. 2 BGB ein abgestuftes Haftungssystem aufgenommen worden, welches auch den Interessen des Veräußerers an einer zeitlichen Beschränkung seiner Haftung Rechnung trägt. Danach haftet der Veräußerer im Außenverhältnis zusammen mit dem Erwerber als Gesamtschuldner für Ansprüche aus Arbeitsverhältnissen, welche im Zeitpunkt des Betriebsübergangs noch nicht beendet sind. Voraussetzung für die Haftung des Veräußerers ist jedoch, dass die Ansprüche bereits vor dem Betriebsübergang entstanden sind und vor Ablauf eines Jahres seit dem Betriebsübergang fällig werden oder zu diesem Zeitpunkt bereits fällig gewesen sind¹⁰⁴. Soweit die Forderungen erst nach dem Betriebsübergang fällig werden, jedoch schon zuvor entstanden sind, haftet der Veräußerer gem. § 613 a Abs. 2 S. 2 BGB nur anteilig entsprechend des im Zeitpunkt des Betriebsübergangs abgelaufenen Bemessungszeitraums, in welchem etwa die Ansprüche einer betrieblichen Altersvorsorge erdient worden sind¹⁰⁵ oder der Veräußerer eine entsprechende Gegenleistung, meist in der Gestalt von Arbeitskraft des Arbeitnehmers, erhalten hat. Die gesetzliche Regelung betrifft allein die Haftung im Außenverhältnis, welche nicht durch den Erwerber und den Ver-

¹⁰¹ BAG vom 18.7.1996 AP Nr. 147 zu § 613 a BGB.

¹⁰² BAG vom 16.5.2002 AP Nr. 237 zu § 613 a BGB.

¹⁰³ BAG vom 20.3.2003 AP Nr. 250 zu § 613 a BGB; vom 26.5.1983 AP Nr. 34 zu § 613 a BGB.

¹⁰⁴ BAG vom 24.6.2003 AP Nr. 63 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

¹⁰⁵ BAG vom 22.6.1978 AP Nr. 12 zu § 613 a BGB.

äußerer abbedungen werden kann. Gleichwohl bleibt es ihnen überlassen, wie sie im Innenverhältnis die Haftungsregelung vereinbaren.

Von der Haftung des Veräußerers nicht erfasst werden Ansprüche, die erst nach dem Betriebsübergang entstehen und fällig werden.

E. Beteiligungsrechte von Arbeitnehmervertretungen

Im folgenden ist der Frage nachzugehen, inwieweit Unternehmer, welche die Produktionsabläufe umstrukturieren, auf die Beteiligung bestehender Arbeitnehmervertretungen angewiesen sind bzw. in welchem Umfang sie diese beachten müssen.

I. Beratungsrechte des Betriebsrats gem. §§ 111 ff. BetrVG

Wie bereits angedeutet muss eine Beteiligung des Betriebsrats beim Betriebsübergang sowohl bei dem Veräußerer als auch bei dem Erwerber dann erfolgen, wenn die Voraussetzungen des § 111 BetrVG gegeben sind. In diesem Zusammenhang ist primär und ganz grundsätzlich festzuhalten, dass der Betriebsübergang als solcher keine für die Anwendbarkeit der §§ 111, 112 BetrVG zwingend erforderliche Betriebsänderung im Sinne des Normtextes ist¹⁰⁶. Argumentativ wird dazu vorgetragen, dass § 613 a BGB insoweit ein abgeschlossenes Regelungssystem darstelle und ein darüber hinausgehender Arbeitnehmerschutz nicht erforderlich sei¹⁰⁷. Dieser Grundsatz schließt jedoch nicht aus, dass im Einzelfall die Voraussetzungen auch im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang erfüllt sein können. § 111 BetrVG greift nämlich stets dann ein, wenn in einem Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmern tiefgreifende Änderungen in der Arbeitsorganisation erfolgen. Ist dies der Fall, ist der Schutzbereich der §§ 111 ff. BetrVG - gegebenenfalls auch neben demjenigen des § 613 a BGB - eröffnet und damit eine Beteiligung des Betriebsrats angezeigt.

1. Mitbestimmungsrechte auslösende Tatbestände

So stellt die Stilllegung oder Einschränkung des ganzen Betriebes oder von wesentlichen Betriebsteilen anlässlich eines Betriebsübergangs eine Betriebsänderung nach § 111 S. 2 Nr. 1 BetrVG dar, wobei dieser Tatbestand auch durch einen Personalabbau erfüllt sein kann. Letzterer muss allerdings einen wesentlichen Betriebsteil betreffen. Dabei ist auf die in § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG genannten Obergrenzen zurückzugreifen. Mithin sind wesentliche Betriebsteile betroffen, wenn in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmer mehr als 5 Arbeitnehmer, in Betrieben mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 5000 Arbeitnehmer 10 % der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer oder in Betrieben mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer gekündigt werden.

Verlegt der Erwerber den Betrieb oder Betriebsteil, ist bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen der Tatbestand des § 111 S. 2 Nr. 2 BetrVG erfüllt. Die obergerichtliche Rechtsprechung bejaht dies etwa dann, wenn ein Betrieb im Zentrum einer Großstadt an den 4,3 km entfernten Stadtrand¹⁰⁸ oder innerhalb einer Großstadt 5,5 km¹⁰⁹ verlegt werden soll.

Eine Betriebsänderung nach § 111 S. 2 Nr. 3 BetrVG ist zu bejahen, wenn der Erwerber den übernommenen Betrieb in einen anderen Betrieb eingliedert oder eine Spaltung eines bestehenden Betriebs erfolgt, wobei es entscheidend auf die damit einhergehende Änderung der

¹⁰⁶ BAG GS vom 4.12.1979 AP Nr. 6 zu § 111 BetrVG 1972; BAG vom 17.3.1987 AP Nr. 18 zu § 111 BetrVG 1972.

¹⁰⁷ Erfk/Kania (Fn. 11) § 111 BetrVG Rdnr. 10;

¹⁰⁸ BAG vom 17.8.1982 AP Nr. 11 zu BetrVG 1972 § 111.

¹⁰⁹ LAG Frankfurt vom 28.10.1986 AiB 1987, 292.

Organisation des Leitungsapparates ankommt. Gerade bei Verschmelzungen und Spaltungsvorgängen nach dem Umwandlungsgesetz oder bei einer Betriebsteilveräußerung ist damit eine Betriebsratsbeteiligung notwendig. Noch weitgehend ungeklärt ist es, ob etwa, wie es beim Personalabbau der Fall ist, eine Grenzziehung dahingehend erfolgen muss, dass es sich um wesentliche Betriebsteile handelt, mithin ob die Aufspaltung oder die Verschmelzung kleinster Betriebsteile das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht auslösen. Das BAG hat es bislang abgelehnt, hier die bereits erörterten Grenzwerte des § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG konkretisierend heranzuziehen¹¹⁰.

Ist mit einem Betriebs- bzw. Betriebsteilübergang eine grundlegende Änderung der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen verbunden, greift § 111 S. 2 Nr. 4 BetrVG ein. Vor allem die Neuorganisation von Zuständigkeiten innerhalb eines Betriebes, die aufgrund der Einführung flacherer Hierarchien oder des Outsourcing¹¹¹ einzelner Aufgabenbereiche erfolgt, kann eine Änderung in diesem Sinne bedeuten, weil damit der Kernbereich der Betriebsorganisation verändert wird.

Auch die Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden bei dem Erwerber oder, im Anschluss an eine Betriebsteilveräußerung beim Veräußerer kann ein Beteiligungsrecht des Betriebsrats in dem Betrieb des Erwerber bzw. des Veräußerers gem. § 111 S. 2 Nr. 5 BetrVG auslösen.

2. Konsequenz der Mitbestimmungspflicht

Das Beteiligungsrecht des Betriebsrates gem. § 111 BetrVG verpflichtet den Arbeitgeber zunächst dazu, den Betriebsrat über die bevorstehenden Maßnahmen zu unterrichten. Die Unterrichtung muss so umfassend sein, dass sich der Betriebsrat allein auf deren Grundlage ein umfassendes Verständnis von der Maßnahme als solcher und auch deren Auswirkungen machen kann¹¹². Um dies zu gewährleisten, sind zum einen durch den Arbeitgeber die wirtschaftlichen und sozialen Gründe darzulegen, welche die in Aussicht genommenen Änderungen rechtfertigen und zum anderen sind diese durch die Hergabe entsprechender geeigneter Unterlagen darzulegen. Anders als bei der bereits angesprochenen Unterrichtung der Arbeitnehmer hat der Arbeitgeber, soweit es erforderlich ist, auch solche Gutachten und Berichte vorzulegen, die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse beinhalten¹¹³. Im Übrigen muss die Unterrichtung zwingend vor Verwirklichung der Betriebsänderung durchgeführt werden. Zudem hat der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat die geplanten Änderungen zu beraten und gem. § 112 BetrVG zu versuchen, einen Interessenausgleich zu vereinbaren oder einen Sozialplan auszuhandeln.

Ein Interessenausgleich behandelt dabei die Frage, ob, wann und auf welche Weise eine Betriebsänderung durchgeführt werden soll. Er kann nicht durch den Betriebsrat erzwungen werden. Gegenstand des Interessenausgleichs ist es, die Verwirklichung der Betriebsänderung ganz zu verhindern oder zumindest ihr Ausmaß als solches zu mindern. Derartige Regelungen können beispielsweise den Zeitpunkt der Betriebsänderung bzw. der Entlassung von Arbeitnehmern oder die nähere Ausgestaltung von Qualifikationsmaßnahmen enthalten. In direktem Gegensatz dazu steht der Sozialplan, dessen Abschluss grundsätzlich von dem Betriebsrat uneingeschränkt, gegebenenfalls durch die Einschaltung der Einigungsstelle, erzwungen werden kann. Besondere Anforderungen in Form bestimmter Schwellenwerte an die Erzwingbarkeit schreibt das Gesetz in § 112 a BGB nur dann vor, wenn die Betriebsänderung allein in einem Personalabbau besteht. Dieser soll die durch die Betriebsänderung entstehenden wirtschaftlichen Nachteile der Arbeitnehmer ausgleichen oder abmildern. Außerdem ist der Sozialplan eine Betriebsvereinbarung¹¹⁴, weshalb er, anders als der Interessenausgleich, gegenüber den von ihm erfassten Arbeitnehmern eine unmittelbare und zwin-

¹¹⁰ BAG vom 10. 12. 1996 AP Nr. 110 zu BetrVG 1972 § 112.

¹¹¹ ArbG Würzburg 30. 8. 2000 AiB 2001, 3; ArbG München 22. 2. 2000 AiB 2000, 766; 02.

¹¹² Fitting 22. Aufl. 2004 § 111 BetrVG Rdnr. 111.

¹¹³ Fitting (Fn. 113) § 111 BetrVG Rdnr. 111.

gende Wirkung (§ 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG) entfaltet und ihnen einen unmittelbaren Anspruch auf Erfüllung der dort getätigten Zusagen gewährt.

Die Unterrichts- und Beratungspflicht nach § 111 BetrVG besteht, sobald der Arbeitgeber konkrete Planungen für eine Betriebsänderung vorgenommen hat. Hintergrund dieser engen Sichtweise ist, dass Unterrichtung und Beratung nachteilige Auswirkungen auf die Arbeitnehmer verhindern oder abmildern soll, was denkbare Ausgeschlossen ist, wenn die Unterrichtung nach Durchführung der Maßnahme erfolgt.

Wird durch den Arbeitgeber ein Interessenausgleich nicht versucht, haben Arbeitnehmer, welche von der Betriebsänderung betroffen sind und in irgendeiner Form Nachteile erleiden, gem. § 113 Abs. 3 BetrVG einen individuellen Anspruch auf eine Abfindung oder einen Nachteilsausgleich. Insoweit ist zu beachten, dass die Anforderungen an die Durchführung des Versuchs eines Interessenausgleichs sehr hoch sind. Es ist nicht ausreichend, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat lediglich ein Angebot unterbreitet, welches dieser - aus welchen Gründen auch immer - ablehnt. Um die genannten Ansprüche der Arbeitnehmer zu vermeiden, ist er vielmehr gehalten, von sich aus die Einigungsstelle anzurufen, vor welcher bis zum Feststellen des Scheiterns der Verhandlungen mit dem Betriebsrat zu verhandeln ist¹¹⁵. Diese Rechtslage ist der notwendige Ausgleich dafür, dass der Interessenausgleich nicht durch den Betriebsrat erzwingbar ist. Der dem Arbeitgeber drohende Nachteilsausgleichsanspruch einzelner Arbeitnehmer ist infolgedessen ein von Gesetzes wegen vorgesehene Druckmittel, damit der Arbeitgeber sich in angemessener Weise um den Abschluss eines Interessenausgleichs bemüht.

II. Unterrichtungspflichten gegenüber dem Wirtschaftsausschuss

Sofern in dem jeweils betroffenen Betrieb des Veräußerers oder des Erwerbers ein Wirtschaftsausschuss besteht, welcher gem. § 106 Abs. 1 S. 1 BetrVG in Unternehmen mit in der Regel mehr als 100 ständig beschäftigten Arbeitnehmern zu bilden ist, ist dieser ebenfalls gem. § 106 Abs. 2 BetrVG von dem Betriebsübergang zu unterrichten. Das BAG¹¹⁶ ist der Auffassung, dass der mit dem Betriebsübergang einhergehende Arbeitgeberwechsel ein sonstiger Vorgang bzw. ein sonstiges Vorhaben im Sinne des § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG ist, welcher die Interessen der Arbeitnehmer des Unternehmens wesentlich berühren kann und daher die Unterrichtung des Wirtschaftsausschusses erforderlich macht. Auch hier muss die Unterrichtung so rechtzeitig erfolgen, dass es dem Wirtschaftsausschuss möglich ist, durch geeignete Vorschläge noch Einfluss auf die Planungen hinsichtlich der in Aussicht genommenen Vorhaben nehmen zu können¹¹⁷. Diese Auffassung entspricht auch Art. 7 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie 2001/23/EG, wonach der Veräußerer verpflichtet ist, den Vertretern seiner Arbeitnehmer die Informationen rechtzeitig vor dem Vollzug des Übergangs zu übermitteln.

Freilich bleiben Zweifel, ob die Information des Wirtschaftsausschusses den Richtlinienvorgaben genügt, da dieses Gremium möglicherweise nicht unter den Begriff der „Arbeitnehmervertreter“ zu subsumieren ist. Art. 2 Abs. 1 lit. c der Richtlinie verweist lediglich auf die Rechtsvorschriften und die Praxis in den Mitgliedstaaten und ist daher wenig hilfreich. Aus dem Wortlaut des Art. 7 im Richtlinienentwurf 1974 ist jedoch zu entnehmen, dass unter einer „Arbeitnehmervertretung“ nur solche Personengruppen zu verstehen sind, die zur Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber berufen sind. Die Aufgabe des Wirtschaftsausschusses besteht gem. § 106 Abs. 1 S. 2 BetrVG indes allein darin, die Zusammenarbeit zwischen Unternehmer und Betriebsrat zu unterstützen, indem er wirtschaftlichen Angelegenheiten mit dem Unternehmer berät und den Betriebsrat ständig

¹¹⁴ BAG vom 18.12.1990 AP Nr. 85 zu § 99 BetrVG 1972; vom 29.11.1978 AP Nr. 7 zu § 112 BetrVG 1972; vom 27.8.1975 AP Nr. 2 zu § 112 BetrVG 1972.

¹¹⁵ BAG vom 18.12.1984 AP Nr. 11 zu § 113 BetrVG 1972.

¹¹⁶ BAG vom 22.1.1991 AP Nr. 9 zu § 106 BetrVG 1972.

¹¹⁷ BAG vom 22.1.1991 AP Nr. 9 zu § 106 BetrVG 1972.

darüber unterrichtet. Er wird dabei als Hilfsorgan der eigentlichen Arbeitnehmervertreter tätig¹¹⁸. Allenfalls könnte man aus § 106 Abs. 1 S. 2 BetrVG ein mittelbares Informationsrecht ableiten, welches den Anforderungen von Art. 7 der Richtlinie 2001/23/EG zumindest teilweise gerecht wird. Freilich bleibt § 106 BetrVG darüber hinaus hinter den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie zurück. So ist die Institutionalisierung eines Wirtschaftsausschusses nach § 106 Abs. 1 S. 1 BetrVG auf Unternehmen mit in der Regel mehr als 100 Arbeitnehmern begrenzt. Zwar sind die Mitgliedstaaten nach Art. 7 Abs. 5 der Richtlinie 2001/23/EG dazu ermächtigt, Kleinbetriebe von den Pflichten des Art. 7 auszunehmen, indem vorausgesetzt wird, dass eine Arbeitnehmervertretung überhaupt gebildet werden kann. Ein mehrköpfiger Betriebsrat ist aber nach § 9 S. 1 BetrVG bereits in Betrieben mit mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern einzurichten. Außerdem gewährt § 106 BetrVG dem Betriebsrat nicht das nach Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie erforderliche Recht auf Konsultation.

III. Weitere Unterrichtungspflichten

Gerade letzterer Gesichtspunkt spricht eines der wesentlichen Probleme der Unterrichtung einer Arbeitnehmervertretung im Rahmen eines Betriebsübergangs an. Die Unterrichtung gem. § 111 BetrVG setzt voraus, dass mindestens 20 Arbeitnehmer in der Regel in dem Betrieb beschäftigt sind. Beträchtlich qualifizierter noch sind die Voraussetzungen an eine Unterrichtung des Wirtschaftsausschusses, ein solcher kann, wie gezeigt, überhaupt erst ab einer regelmäßigen Arbeitnehmerzahl von mehr als 100 gebildet werden. Damit ergibt sich die Frage, ob in betriebsratsfähigen Betrieben (§ 1 BetrVG) mit weniger als 20 in der Regel beschäftigten Arbeitnehmern ebenfalls der - aus einer Person (§ 9 BetrVG) bestehende - Betriebsrat angehört werden muss und ob darüber hinaus auch in größeren Betrieben eine allgemeine Unterrichtungspflicht unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 111 ff. BetrVG oder dem Bestehen eines Wirtschaftsausschusses erfolgen muss. Dies wird aus dem Grundgedanken des Betriebsverfassungsrechts, nämlich dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit aus §§ 2 Abs. 1, 74 Abs. 1 BetrVG und § 92 BetrVG zu Recht befürwortet¹¹⁹.

F. Schutz von Arbeitnehmern außerhalb eines Betriebsübergangs

Auch außerhalb des Anwendungsbereiches des § 613 a BGB können Unternehmensumstrukturierungen bzw. die Vereinfachung und Zusammenlegung von Produktionsabläufen oder Know-how positive Auswirkungen auf den Kündigungsschutzrechtlichen Status der Arbeitnehmer haben. Der allgemeine Kündigungsschutz für Arbeitnehmer besteht zunächst gem. § 23 KSchG grundsätzlich nur in Betrieben mit in der Regel mehr als 10 Arbeitnehmern¹²⁰. Auf den hier geltenden allgemeinen Betriebsbegriff wurde eingangs bereits hingewiesen. Gerade wenn Kleinunternehmen mit in der Regel 10 und weniger Arbeitnehmern mit anderen Unternehmen zusammenarbeiten, kann es dazu kommen, dass diese einen Betrieb mehrerer Unternehmen bilden, wobei dann sämtliche in dem Betrieb tätigen Arbeitnehmer zusammen gerechnet werden müssen, weshalb auf diese Weise der Schwellenwert von 10 in der Regeln beschäftigten Arbeitnehmern leicht überschritten werden kann. In der Folge genießen sodann sämtliche in diesem Betrieb tätigen Arbeitnehmer, gleich welchem Arbeitgeber sie zugehören, den allgemeinen Kündigungsschutz des KSchG. Das Rechtsinstitut eines gemeinsamen Betriebes mehrerer Unternehmen ist vom deutschen Gesetzgeber in § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG und § 322 UmwG ausdrücklich anerkannt worden. Voraussetzung für das Vorliegen eines solchen gemeinsamen Betriebes ist es, dass eine ausdrücklich

¹¹⁸ BAG vom 18.11.1980 AP Nr. 2 zu § 108 BetrVG 1972; vom 18.7.1978 AP Nr. 1 zu § 108 BetrVG 1972.

¹¹⁹ ErfK/Preis (Fn. 11) § 613 a BGB Rdnr. 128.

¹²⁰ Auf die Besonderheiten des Bestandsschutzes für Arbeitnehmer, welche bereits unter der Gesetzeslage vor dem 1.1.2004 den Kündigungsschutz hatten, soll hier nicht besonders eingegangen werden. Vgl. dazu MünchKomm/Hergenröder (Fn. 11) § 23 KSchG Rdnr. 16 ff.

oder zumindest konkludent vereinbarte einheitliche Organisation und Leitung bestehen¹²¹. Dies bedeutet, dass der Einsatz von personellen, immateriellen und materiellen Betriebsmitteln gezielt durch einen Leitungsapparat geschehen muss¹²². Ein für das Bestehen einer solchen Vereinbarung maßgebliches Indiz ist die einheitliche Ausübung wesentlicher Arbeitsfunktionen im personellen und sozialen Bereich¹²³.

Nur soweit die genannten Voraussetzungen erfüllt sind, kann die Zusammenarbeit mehrerer Unternehmen positive Auswirkungen für die Arbeitnehmer in kündigungsrechtlicher Hinsicht nach sich ziehen. Aus diesem Grunde sind beispielsweise in einem Konzernverbund die Arbeitnehmer grundsätzlich jeweils nur der Holding oder nur den Tochterunternehmen zuzuordnen. Das BAG verweigert zu Recht in ständiger Rechtsprechung einen Berechnungsdurchgriff¹²⁴. Gleichwohl kann im Einzelfall bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen auch im Konzernverbund ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen gegeben sein.

Unter den gleichen Voraussetzungen kann ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen dazu führen, dass dieser gem. § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG betriebsratsfähig wird, weshalb nach Bildung eines Betriebsrates und eines Wirtschaftsausschusses durch den jeweiligen Arbeitgeber die genannten Mitwirkungspflichten aus §§ 111, 106, 80 BetrVG von den Unternehmen zu beachten sind. Ein gemeinsamer Betrieb im Sinne des Betriebsverfassungsrechts wird gem. § 1 Abs. 2 BetrVG dann vermutet, wenn zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke die Betriebsmittel sowie die Arbeitnehmer von den Unternehmen gemeinsam eingesetzt werden oder die Spaltung eines Unternehmens zur Folge hat, dass von einem Betrieb ein oder mehrere Betriebsteile einem an der Spaltung beteiligten anderen Unternehmen zugeordnet werden, ohne dass sich dabei die Organisation des betroffenen Betriebs wesentlich ändert.

G. Franchising

Eine weiterhin stetig zunehmende Art der Vermarktung und Verwirklichung von Unternehmenszielen ist das Franchising. Der Franchisevertrag ist seiner Rechtsnatur nach ein Dauerschuldverhältnis, in welchem sich Elemente verschiedener Verträge finden. Er beinhaltet überwiegend Teile der Rechtspacht. Daneben finden sich in ihm aber auch Teile des Kaufs, der Geschäftsbesorgung, der Miete sowie gesellschaftsrechtliche Bezüge. Inhaltlich regelt der Franchisevertrag, dass ein Franchisegeber es einem Franchisenehmer unter Gestattung der Nutzung seiner Handelsmarken, Warenzeichen, Produkte oder Geschäfts- und Vertriebsformen überlässt, diese zu übernehmen und zur Betriebsführung zu nutzen bzw. besondere Waren oder auch Dienstleistungen zu vertreiben. Der Franchisenehmer entrichtet als Gegenleistung hierfür ein vereinbartes Entgelt. Entsprechend der genaueren inhaltlichen Ausgestaltung werden das Vertriebsfranchising und das Dienstleistungsfranchising unterschieden. Zudem wird zwischen dem Unterordnungsfranchising und dem partnerschaftlich strukturierten Franchising unterschieden, wobei letzteres durch gleichförmige Austauschverträge charakterisiert wird. Das Subordinations-Franchising hingegen ist dadurch gekennzeichnet, dass der Franchisenehmer zur Interessenwahrung des Franchisegebers verpflichtet ist¹²⁵ und der Franchisenehmer sich an die Richtlinien und Absatzvorschriften des Franchisegebers hält. Besondere Bedeutung hat das Franchising für Unternehmen aus dem amerikanischen Raum gewonnen. Zu nennen ist hier etwa die Firma McDonalds, welche mit großem Erfolg diese Vermarktungsstrategie für ihre Produkte und Vertriebsformen nutzen.

Entscheidend für den Franchisenehmer ist, dass er wirtschaftlich selbständig ist und andererseits auf ein bewährtes Know-how sowie Marketing und Vertriebssystem des Franchisegebers zurückgreifen kann, was ihm die Positionierung auf dem Markt erheblich vereinfacht.

¹²¹ BAG vom 29.4.1999 AP Nr. 21 zu § 23 KSchG 1969; vom 12.11.1998 AP Nr. 20 zu § 23 KSchG 1969.

¹²² BAG vom 29.4.1999 AP Nr. 21 zu § 23 KSchG 1969; vom 23.3.1984 AP Nr. 4 zu § 23 KSchG 1969.

¹²³ BAG vom 18.1.1990 AP Nr. 9 zu § 23 KSchG 1969; vom 23.3.1984 AP Nr. 4 zu § 23 KSchG 1969.

¹²⁴ BAG vom 13.6.2002 AP Nr. 29 zu § 23 KSchG 1969; vom 29.4.1999 AP Nr. 21 zu § 23 KSchG 1969.

¹²⁵ OLG Hamm vom 13.3.2000 NZG 2000, 1169 mwN.

Gleichwohl ist die genannte Unabhängigkeit der Franchisenehmer nicht in jedem Fall eindeutig ausgeprägt. Teilweise bestehen durch den Franchisegeber solch intensive Vorgaben, dass sich hieran zweifeln lässt und damit die Abgrenzung zwischen einem selbständigen Franchisenehmer und einem Arbeitnehmer an Bedeutung gewinnt. Sofern diesbezüglich eine Abgrenzung vorgenommen werden soll, ist es stets notwendig, die konkreten Inhalte der Vereinbarungen und das tatsächliche gelebte Vertragsverhältnis hinsichtlich der Weisungsgebundenheit und dem Grad der persönlichen Abhängigkeit zu untersuchen.

Nach allgemeiner Meinung wird die Abgrenzung zwischen selbständigen Unternehmern und Arbeitnehmern aufgrund einer Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls vorgenommen. Als Anhaltspunkt zur Abgrenzung dieser beiden Verhältnisse wird § 84 Abs. 1 S. 2 HGB herangezogen. Danach ist selbständig, wer im Wesentlichen seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Die Rechtsprechung des BAG hat dahingehend beispielsweise darauf abgestellt, ob der Franchisenehmer seine Erwerbchancen auf dem Markt trotz der Weisungen hinsichtlich der Tätigkeit beeinflussen kann¹²⁶. Das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses wäre etwa dann zu bejahen, wenn der Franchisenehmer nicht als selbständiger Unternehmer, sondern vielmehr als bloßer Verkäufer des Franchisegebers fungiert¹²⁷. Weiterhin kann eine Arbeitnehmereigenschaft dann zu befürworten sein, wenn der Franchisenehmer nicht nur unwesentlichen Kontrollrechten des Franchisegebers unterliegt oder er auf das Unternehmensergebnis keinen entscheidenden Einfluss nehmen kann. Anderes gilt jedoch, wenn der Franchisenehmer zwar die Weisungen des Franchisegebers, etwa im Hinblick auf die Vertriebsform beachten muss, sich diese aber auf das Franchising an sich beschränken und Gegenstand der Überlassung der Vertriebsformen oder des Unternehmenskonzeptes sind. Für eine Selbständigkeit spricht es auch, wenn der Franchisenehmer in eigener Verantwortung darüber entscheidet, mit welchen weiteren Personen er die geschäftliche Tätigkeit ausüben möchte¹²⁸.

Soweit der Franchisenehmer nach dem Gesagten als ein selbständiger Unternehmer gilt, führt er ein eigenes Geschäft und kann mithin als Arbeitgeber Personen einstellen. Diese ohne weiteres als Arbeitnehmer einzuordnenden Mitarbeiter stehen dann in einem Arbeitsverhältnis zu dem Franchisenehmer. Auf diese Weise wird jedoch grundsätzlich kein Arbeitsverhältnis oder eine sonstige vergleichbare rechtliche Beziehung der Mitarbeiter zu dem Franchisegeber begründet. Eine arbeitsrechtlich relevante Beziehung dieser Personengruppe zu dem Franchisegeber könnte nur dann angenommen werden, wenn der Franchisenehmer ein mittelbares Arbeitsverhältnis zu dem Franchisenehmer begründet hat. Dies wiederum setzt voraus, dass der Franchisenehmer selbst, entsprechend der genannten Grundsätze, als Arbeitnehmer des Franchisegebers angesehen werden muss. In dieser Konstellation könnte der Franchisenehmer mit Wissen und Wollen des Franchisegebers als Mittelsmann einen Arbeitnehmer beschäftigen, der dann freilich als Arbeitnehmer des Franchisegebers gilt. In einer solchen Konstellation müsste schließlich eine Kündigungsschutzklage gegen den Mittelsmann, den Franchisenehmer, und nicht gegen den mittelbaren Arbeitgeber, den Franchisegeber, gerichtet werden. Im Übrigen würde der mittelbare Arbeitgeber auch lediglich subsidiär haften, so wenn etwa der Mittelsmann zahlungsunfähig wird oder die Begründung eines mittelbaren Arbeitsverhältnisses sich als rechtsmissbräuchlich darstellt¹²⁹.

H. Tarifrrechtliche Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Dezentralisierung

Die deutschen Gewerkschaften stehen einer Verlagerung von Produktionsprozessen ins Ausland nicht generell ablehnend gegenüber. Beispielsweise begrüßt die Gewerkschaft ver.di den Import von Vorprodukten, weil sich dadurch die Produktivität erhöhe, die Kosten ge-

¹²⁶ BAG vom 16.7.1997 AP Nr. 37 zu § 5 ArbGG 1979.

¹²⁷ BGH vom 4.11.1998 EzA § 5 ArbGG 1979 Nr. 29 = NZA 1999, 53.

¹²⁸ BAG vom 24.4.1980 AP Nr. 1 zu § 84 HGB.

¹²⁹ BAG vom 21. 2. 1990 AP Nr. 57 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

senkt würden und auf diese Weise die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Industrie steige¹³⁰. Zudem führt diese Vorgehensweise nach Ansicht von ver.di dazu, dass im Exportsektor, welcher im Ergebnis große Wachstumschancen erfährt, zahlreiche Arbeitsplätze gesichert und neue geschaffen würden. Daneben profitierten auch die Länder, in denen die Vorproduktion erfolge, von konkreten Wachstumschancen in diesen Bereichen. Letztlich nutze Deutschland im Ergebnis seine Chancen, wie es andere Industrieländer auch täten, was im Endeffekt bedeute, dass durch entsprechende Spezialisierung in Deutschland aus günstig importierten Vorprodukten wettbewerbsfähige Endprodukte hergestellt werden könnten¹³¹. Anders hingegen dürfte die Einstellung der Gewerkschaften zur Verkleinerung von Betrieben im Inland durch die Ausgliederung von Unternehmensteilen bzw. von Arbeitsbereichen auf andere Unternehmen im Inland aussehen. Damit droht zum einen, dass Arbeitnehmer aus dem Geltungsbereich eines Tarifvertrages herausfallen, was insbesondere dann der Fall ist, wenn das erwerbende Unternehmen nicht tarifgebunden ist. Zum anderen führt der Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber möglicherweise dazu, dass die Zahl der gewerkschaftszugehörigen Arbeitnehmer in den einzelnen Unternehmen sinkt und damit die Einflussmöglichkeit in Zeiten von Arbeitskämpfen reduziert werden. Es stellt sich daher die Frage, in welcher Weise es Gewerkschaften auf tariflicher Ebene möglich ist, auf die Unternehmensumstrukturierungen Einfluss zu nehmen bzw. in welchem Umfang sie gegebenenfalls neue Tarifverträge erzwingen können.

Arbeitnehmervereinigungen sind bei jeder Veränderung der betrieblichen Strukturen naturgemäß daran interessiert, die Interessen ihrer Mitglieder möglichst umfassend wahrzunehmen und zur Durchsetzung dieser Ziele auch den notwendigen Druck anzuwenden. Das deutsche Koalitionsrecht hat seine Grundlage in Art. 9 Abs. 3 GG. Die hier verfasste Koalitionsfreiheit begründet einen umfassenden Handlungs- und Bestandsschutz der agierenden Kollektivpartner. Dies betrifft allerdings nur arbeitsrechtliche Koalitionen, wobei diese von der Begrifflichkeit einer tariffähigen Koalition, also einer Gewerkschaft, zu trennen sind. Letzterer baut auf ersterem auf, jedoch sind nur Gewerkschaften rechtlich in der Lage, den zur Einigung mit dem Arbeitgeber oder einem Arbeitgeberverband erforderlichen notwendigen Druck durch den Einsatz von Kampfmitteln auszuüben.

Eine arbeitsrechtliche Koalition muss als Vereinigung auf einem freiwilligen privatrechtlichen Zusammenschluss mehrerer beruhen und zudem in ihrem Bestand unabhängig von dem Ein- oder Austritt ihrer Mitglieder sein. Des Weiteren ist es erforderlich, dass die innere Willensbildung in wesentlichen Punkten auf demokratischen Grundsätzen beruht. Darüber hinaus ist die Gegenerfreiheit und eine Unabhängigkeit in mehrfacher Hinsicht unabdingbar¹³², welche insbesondere auf den sozialen Gegenspieler sowie den Staat bezogen ist. Als besonderen Zweck muss eine arbeitsrechtliche Koalition die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen verfolgen.

Ein weiteres Merkmal arbeitsrechtlicher Koalitionen ist deren Überbetrieblichkeit. Mithin darf sich der Wirkungsbereich einer solchen Koalition nicht auf nur einen einzelnen Betrieb erstrecken. Vielmehr ist es notwendig, dass die Mitgliederstruktur der Koalition über lediglich ein Unternehmen hinausgeht. Hinter diesem Erfordernis steht der Gedanke, dass damit die Bildung von Werksvereinen verhindert werden soll, auf welche der Arbeitgeber als sozialer Gegenspieler Einfluss ausüben kann. Damit ist es im Ergebnis ausgeschlossen, dass sich aus den Mitarbeitern eines einzigen Unternehmens eine arbeitsrechtliche Koalition bilden kann, um ihre Interessen, gegebenenfalls als Gewerkschaft, mit tarifrechtlichen Mitteln durchsetzen zu können. Zudem soll das Erfordernis der Überbetrieblichkeit sicherstellen, dass die Arbeitnehmerkoalition dem Regelungsziel der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gerecht werden kann.

Erfüllt eine Vereinigung die Anforderungen des Koalitionsbegriffs, so erlangt sie die Tariffähigkeit und damit den Status als Gewerkschaft im Sinne des § 2 Abs. 2 TVG nur dann, wenn

¹³⁰ Verdi. Wirtschaftspolitische Informationen 6/2005 S. 6.

¹³¹ Verdi. Wirtschaftspolitische Informationen 6/2005 S. 9.

¹³² BVerfG vom 20.10.1981 AP Nr. 31 zu § 2 TVG; BAG vom 17.2.1998 AP Nr. 87 zu Art 9 GG.

sie zusätzlich einige ganz wesentliche Voraussetzungen erfüllt. Hierzu gehören zunächst die verbindliche Anerkennung des geltenden Tarifrechts sowie die in der Satzung verankerte Zielsetzung, die Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch den Abschluss von Tarifverträgen beeinflussen zu wollen. Weiter bedarf die Koalition der so genannten „sozialen Mächtigkeit“: Sie muss in der Lage sein, Druck auf den jeweiligen Gegenspieler auszuüben, um auf diesem Wege Tarifverträge erzwingen zu können. Maßgeblich ist insoweit, ob die Koalition über eine hinreichende Mitgliederzahl verfügt, um etwa durch Arbeitsniederlegung entsprechenden Druck auf den Arbeitgeber ausüben zu können. Dabei muss es sich nicht zwingend um eine rein quantitativ erhebliche Zahl handeln, ausreichend ist, wenn die Mitglieder in maßgeblichen Schlüsselpositionen in den jeweiligen Unternehmen tätig sind und aufgrund dessen durch Arbeitsniederlegung erheblichen Druck auszuüben vermögen. Für das Vorliegen der sozialen Mächtigkeit können beispielsweise bereits tatsächlich erreichte Tarifergebnisse sprechen¹³³. In jedem Fall ist insoweit eine Einzelfallbetrachtung anzustellen.

Weiter ist es für die Tariffähigkeit erforderlich, dass die Arbeitnehmervereinigung eine dauerhafte Organisation aufweist. Dies gebietet das Verlangen nach einem kontinuierlichen Tarifsystem.

Das Erfordernis der Mächtigkeit ist strikt davon zu trennen, ob die Koalition bereit ist, gegebenenfalls durch Arbeitskämpfe ihre Ziele durchzusetzen. Für die Bejahung der Tariffähigkeit ist eine solche Bereitschaft nicht erforderlich¹³⁴. Es ist ausreichend, dass die Vereinigung theoretisch in der Lage wäre, auf derartige Weise Druck ausüben zu können, um damit die Verhandlungsbereitschaft des Gegenspielers aufrechtzuerhalten. Nicht selten werden aufgrund dieser Gewissheit auf freiwilliger Basis Tarifverträge abgeschlossen.

Die deutschen Gewerkschaften trennen ihre Zuständigkeit nicht nach Unternehmen, sondern sind satzungsmäßig für verschiedene Branchen zuständig. Ihre Tätigkeit richtet sich also gerade nicht an einzelnen Berufen aus, sondern an bestimmten Wirtschaftszweigen. Große Gewerkschaften sind für mehrere Branchen zuständig, so sind es bei ver.di deren 14. Der Konzentrationsprozess in der deutschen Gewerkschaftslandschaft trägt hierzu allerdings seinen Teil bei. Diese branchenspezifische Ausrichtung führt neben dem Erfordernis der Überbetrieblichkeit dazu, dass die Gewerkschaften regelmäßig nicht die Arbeitnehmer einzelner konkreter Unternehmen oder eines Konzerns repräsentieren. Zu solch einer Konstellation kann es nur dann kommen, wenn in einer Branche aufgrund wirtschaftlicher Entwicklungen nur ein Unternehmen verbleibt.

Andererseits ist es den Gewerkschaften möglich, auf bestimmte Einzelunternehmen bezogene Tarifverträge zu erzwingen. Der Abschluss solcher Haustarifverträge bietet sich stets dann an, wenn in einzelnen Betrieben von den Vereinbarungen eines Flächentarifvertrages abgewichen bzw. nicht tarifgebundene Unternehmen an die tariflichen Mindestregelungen der Branche herangeführt werden sollen. Beispiele für solche Haustarifverträge sind insbesondere aus dem Automobilbau bei VW oder auch aus der Informationstechnik bei IBM bekannt. Besondere Bedeutung können sie auch dann gewinnen, wenn Unternehmen einzelne Produktionsteile derart ausgliedern, dass sie hierfür eine eigene Gesellschaft neu gründen. Diese ist dann als neu geschaffener Arbeitgeber gem. § 2 Abs. 1 TVG tariffähig und kann von der satzungsmäßig zuständigen Gewerkschaft der jeweiligen Branche mit dem Ziel des Abschlusses eines Haustarifvertrages bestreikt werden, sofern dieser Arbeitgeber nicht einem Arbeitgeberverband angehört, der seinerseits tarifgebunden ist.

Anders verhält es sich, wenn der Arbeitgeber in einem Arbeitgeberverband organisiert ist. In diesem Fall findet der seitens dieses Verbandes abgeschlossene Tarifvertrag auch auf das neu gegründete Unternehmen Anwendung, sofern es der gleichen Branche zugehörig bleibt. Die aufgrund eines solchen Tarifvertrags geltende Friedenspflicht, schließt dann einen Arbeitskampf zur Erzielung bereits geregelter Arbeitsbedingungen aus.

¹³³ BAG vom 10. 9. 1985 AP Nr. 34 zu § 2 TVG.

¹³⁴ BVerfG vom 6. 5. 1964 AP Nr. 15 zu § 2 TVG.

Tarifverhandlungen sind stets mit dem Tarifpartner zu führen. Dies hat zur Konsequenz, dass ein Konzern als solcher grundsätzlich nicht bestreikt werden kann, wenn es um den Abschluss eines Tarifvertrages für ein Tochterunternehmen geht. Desgleichen verbieten sich in der Regel auch die so genannten Sympathiestreiks, bei denen die Arbeitnehmer eines Unternehmens für die Arbeitnehmer eines völlig anderen streiken, um damit Druck auf den Arbeitgeber auszuüben. Tarifpartner der Gewerkschaft kann gem. § 2 Abs. 1 TVG nur ein Arbeitgeber oder ein Arbeitgeberverband sein, in welchem der betreffende Arbeitgeber organisiert ist. Auf den häufigsten Fall der Dezentralisierung der Produktion, das Outsourcing, übertragen heißt dies, dass sich die Gewerkschaften zur Wahrung der Interessen der übergegangenen Arbeitnehmer nicht mehr an den Veräußerer, sondern an den Erwerber des Betriebs- oder Betriebsteils halten müssen. Soweit der neue Inhaber seinerseits tarifgebunden ist, finden dessen tarifliche Regelungen auch für die kongruent organisierten Arbeitnehmer, die in diesem Betriebsteil tätig sind, Anwendung. Ist er nicht tarifgebunden, gelten keine Besonderheiten. Der bisher für die Arbeitnehmer geltende Tarifvertrag wird in der beschriebenen Weise auf die arbeitsvertragliche Ebene transformiert und erfährt einen einjährigen Bestandschutz. Wird auf Betreiben der zuständigen Gewerkschaft mit dem Erwerber ein neuer Tarifvertrag geschlossen, findet er auf die übergegangenen Arbeitnehmer nur Anwendung, wenn diese Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft sind oder dieser beitreten.

Anzumerken bleibt in diesem Zusammenhang, dass ein Arbeitskampf immer nur zur Durchsetzung eines tariflich regelbaren Zieles eingesetzt werden darf. Aus diesem Grunde sind solche Kampfmaßnahmen rechtswidrig, weil von dem Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG nicht gedeckt, mit denen die Gewerkschaften durch Streiks durchsetzen wollen, dass ein Unternehmer von seinen Plänen zur Umsetzung einer unternehmerischen Entscheidung, etwa in Gestalt der Auslagerung bestimmter Produktionsabschnitte, abrückt.

I. Fazit

Der gegenwärtige Trend vieler Unternehmen, die Wettbewerbsvorteile zu nutzen, welche sich aus der Konzentration auf die Kernkompetenzen und die dementsprechende Ausgliederung bestimmter Aufgaben und Produktionsabschnitte ergeben, erfordert die Betrachtung der arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen sowohl auf individualvertraglicher als auch auf kollektivvertraglicher Ebene. Besonders der Vorschrift des § 613 a BGB muss insoweit Aufmerksamkeit gewidmet werden. Die Arbeitgeberseite muss für jedes ihrer Vorhaben prüfen, ob die ins Auge gefassten Unternehmensstrategien zur Dezentralisierung der Produktion und der Arbeitsabläufe zu einem Betriebsübergang führen. Sofern dies der Fall ist, sind sie aus Gründen ihrer eigenen Rechtssicherheit gehalten, eine möglichst umfassende und ausführliche Unterrichtung der von dem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer vorzunehmen. Diese haben sodann die Wahl: Zum einen können sie durch Nichtstun den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber hinnehmen. Sie können zum anderen aber auch dem Betriebsinhaberwechsel binnen einer Frist von einem Monat nach Zugang der Unterrichtung durch den Erwerber und/oder den Veräußerer widersprechen und damit das Arbeitsverhältnis mit dem alten Arbeitgeber fortsetzen. Allerdings müssen sie sich dann darüber im Klaren sein, dass aufgrund betriebsbedingter Gründe ihr Arbeitsverhältnis bei dem bisherigen Arbeitgeber gegebenenfalls beendet werden kann. § 613 a BGB gewährt den Arbeitnehmer darüber hinaus einen umfangreichen Katalog an Schutzmechanismen, welche über haftungsrechtliche Fragen des bisherigen Betriebsinhabers über den temporären Fortbestand der zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs existierenden Arbeitsbedingungen bis hin zu einem absoluten Kündigungsverbot aufgrund des Übergangs reicht.

Aber auch außerhalb des Anwendungsbereiches des § 613 a BGB können durch das Rechtsinstitut des gemeinsamen Betriebes mehrerer Unternehmen positive Auswirkungen

hinsichtlich des Arbeitnehmerschutzes erreicht werden. Ergänzt wird der Schutzgedanke im Rahmen der Umstrukturierungen durch zwingende Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertretungen, welche bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 111 ff. BetrVG zu Gunsten der Arbeitnehmer Sozialpläne erzwingen oder auf den Abschluss eines Interessenausgleichs hinwirken können. Nicht zuletzt bleibt auch den Gewerkschaften innerhalb ihrer Tarifzuständigkeit ein weites Betätigungsfeld, um Unternehmensumstrukturierungen für die Arbeitnehmer positiv zu begleiten bzw. durch den Abschluss von Tarifverträgen auf Arbeitgeberseite eine Rechtssicherheit gewährleisten zu können.