

**Betriebsübergang: Kleine Unterbrechung hat keine Auswirkung**

Wird ein Betrieb von einem anderen Unternehmer übernommen, so hat er die Beschäftigungszeiten beim vorherigen Arbeitgeber bei der Berechnung der Kündigungsfrist anzurechnen. Das gilt auch, wenn das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs kurzfristig unterbrochen war (hier für 2 Tage am Wochenende).

Quelle: Wolfgang Büser

**Berechnung der Wartezeit für allgemeinen Kündigungsschutz; Betriebsinhaberwechsel; Berücksichtigung von Beschäftigungszeiten beim Betriebsveräußerer; Kurzfristige Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt des Betriebsübergangs; Enger sachlicher Zusammenhang der Arbeitsverhältnisse**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 27.06.2002

**Aktenzeichen:** 2 AZR 270/01

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2002, 14420

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

ArbG Bayreuth - 20.03.2000 - AZ: 2 Ca 854/99 H

ArbG Bayreuth - 20.03.2000 - AZ: 2 Ca 894/99 H

LAG Nürnberg - 11.04.2001 - AZ: 4 Sa 315/00

**Rechtsgrundlagen:**

§ 1 Abs. 1 KSchG

§ 1 Abs. 2 KSchG

§ 613 a Abs. 1 BGB

**Fundstellen:**

BAGE 102, 58 - 64

ArbRB 2003, 69 (Volltext mit amtl. LS)

ARST 2003, 156-158

AuA 2003, 56-57 (amtl. Leitsatz)

AuR 2003, 37

AUR 2003, 37

BAGReport 2003, 68-69

BB 2003, 583-584 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

DB 2003, 452-453 (Volltext mit amtl. LS)

EzA-SD 2/2003, 12-14

FA 2003, 114 (Volltext mit amtl. LS)

FA 2003, 158 (Volltext mit amtl. LS)

FA 2003, 91 (Volltext mit amtl. LS)

FAr 2003, 114

FAr 2003, 158

FAr 2003, 91

NJW 2003, 773-775 (Volltext mit amtl. LS)

NWB 2003, 739

NZA 2003, 145-147 (Volltext mit amtl. LS)

Personal 2003, 60

RdW 2003, 340-341

SAE 2003, 325-327

schnellbrief 2003, 3

StuB 2003, 384

ZAP EN-Nr. 0/2003

ZInsO 2003, 193-194 (Volltext mit amtl. LS)

---

## **BAG, 27.06.2002 - 2 AZR 270/01**

### **Amtlicher Leitsatz:**

1. Bei einem Betriebsinhaberwechsel sind die beim Betriebsveräußerer erbrachten Beschäftigungszeiten bei der Berechnung der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG für eine vom Betriebsübernehmer ausgesprochene Kündigung zu berücksichtigen.
2. Dies gilt auch dann, wenn zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs das Arbeitsverhältnis kurzfristig unterbrochen war, die Arbeitsverhältnisse aber in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen.

### **Tenor:**

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 11. April 2001 - 4 Sa 315/00 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

### **Tatbestand**

**1** Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung, die Weiterbeschäftigung des Klägers und über Annahmeverzugsansprüche.

**2**

**2**

Der Kläger war seit dem 1. August 1993 bei der K. GmbH als Brenner beschäftigt. Mit Beschluß vom 30. November 1998 wurde über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet. Der Konkursverwalter kündigte sämtlichen Beschäftigten der Gemeinschuldnerin, dem Kläger zum 28. Februar 1999. Später verlängerte er dessen Kündigungsfrist bis zum 12. März 1999. Der Kläger erhob keine Kündigungsschutzklage.

- 3 Ab Januar 1999 wurden mit dem Geschäftsführer der jetzigen Beklagten P. Kaufverhandlungen geführt. Am Vormittag des 10. März 1999 luden die Abteilungsvorgesetzten diejenigen Arbeitnehmer, die von der Beklagten weiterbeschäftigt werden sollten, zu einem Gespräch mit Herrn P. am Folgetag ein. Am 12. März 1999 teilte der Konkursverwalter der Belegschaft mit, Herr P. werde einige Arbeitnehmer übernehmen. Am gleichen Tag schloß der Konkursverwalter mit der Beklagten einen notariellen Kaufvertrag ua. über den Erwerb des Grundstücks der K. GmbH mit Werksgebäude und Hofraum, über sämtliche Maschinen, das gesamte Anlagevermögen, die gesamte Betriebs- und Geschäftsausstattung inclusive des "showrooms" mit allen Mustern, sämtlichen Formen und Modellen zum Übergangsstichtag 15. März 1999, 0.01 Uhr. Die Beklagte trat ferner in sämtliche Kundenverträge und Bestellungen ein, erhielt das gesamte technische Know-how, sämtliche Unterlagen einschließlich der technischen Unterlagen und Pläne, Angebote und Aufträge, sowie Verträge und Geschäftskorrespondenz. Sie erwarb auch den Firmennamen "K.". Unter Buchst. H (Arbeitnehmer) trafen die Vertragsparteien folgende Regelung:

"H)

*Arbeitnehmer*

1.

*Die Erwerberin übernimmt die Arbeitnehmer, die in der Liste gem. Anlage 4 zu diesem Vertrag im einzelnen aufgeführt sind.*

*Mit diesen Arbeitnehmern wird die Erwerberin jeweils individuell neue Arbeitsverträge schließen.*

*Eine Gewähr dafür, daß die Arbeitnehmer gemäß Anlage 4 tatsächlich neue Verträge mit der Erwerberin abschließen, wird vom Verkäufer nicht gegeben.*

*Ansprüche der übernommenen Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis, insbesondere Ansprüche auf Lohn, Gehalt, Jahressonderzahlungen und Urlaubsgeld, werden zum Übertragungsstichtag abgegrenzt und bis zum Stichtag zeitanteilig von der Gemeinschuldnerin getragen.*

2.

*Der Käufer übernimmt nicht die in der Anlage 4a zur Urkunde aufgeführten Arbeitnehmer. Er verpflichtet sich jedoch, bei etwaigen Neueinstellungen diese Arbeitnehmer bei gleicher Qualifikation bevorzugt zu berücksichtigen.*

*Im übrigen verbleibt es bei der gesetzlichen Regelung über den Übergang der Arbeitsverhältnisse gemäß § 613 BGB."*

- 4 In der Anlage 4a sind 40 Beschäftigte namentlich benannt, die nicht übernommen werden sollten. Die Anlage 4 führt weitere 29 Arbeitnehmer auf, die die Beklagte übernehmen wollte, darunter der Kläger (laufende Nr. 18 der Anlage 4).

- 5 Die Produktion in den Räumen der Firma K., insbesondere der Brennofen, lief während der gesamten Zeit, dh. auch am 12., 13., 14. und 15. März 1999, weiter. Der Kläger arbeitete zuletzt am 12. März (Freitag) und sodann wieder ab 15. März 1999 (Montag). Am 25. März 1999 schlossen die Parteien einen schriftlichen Arbeitsvertrag, in dem ua. in § 1 geregelt ist:

*"§1 Beginn und Art der Tätigkeit*

*Der Arbeitnehmer wird als Brenner eingestellt.*

*Das Arbeitsverhältnis beginnt ab 15.03.1999. Die ersten 6 Monate gelten als Probezeit. Während dieser Probezeit können die Vertragsparteien das Arbeitsverhältnis mit einwöchiger Frist kündigen.*

*Die Einstellung erfolgt auf Basis des Beschäftigungsförderungsgesetzes. Das Arbeitsverhältnis kann von beiden Seiten unter Einhaltung der normalen Kündigungsfristen ordentlich gekündigt werden. Der Arbeitgeber behält sich vor, dem Arbeitnehmer auch eine andere Tätigkeit in der Firma zuzuweisen, die seinen Kenntnissen und Fähigkeiten entspricht."*

- 6 In § 12 des schriftlichen Arbeitsvertrages ist weiter geregelt, daß
- 7 "im übrigen für das Arbeitsverhältnis ergänzend die Vorschriften der Arbeitsordnung vom 01.02.1999 (gelten) ...".
- 8 Als Vergütung haben die Parteien einen Bruttostundenlohn von 16,11 DM bei einer 40-stündigen Arbeitswoche vereinbart.
- 9 Mit Schreiben vom 23. Juli 1999 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis "in der Probezeit fristgerecht zum 06.08.1999".
- 10 Mit seiner Klage hat sich der Kläger gegen die Kündigung gewandt und seine Weiterbeschäftigung begehrt. Ferner hat er einen Anspruch aus Annahmeverzug für den Zeitraum 7. August bis 31. Dezember 1999 in Höhe von insgesamt 15.272,73 DM brutto nebst anteiligen Zinsen geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, es lägen keine Kündigungsgründe iSv. § 1 Abs. 2 KSchG vor. Auf Grund seiner Betriebszugehörigkeit seit 1983 sei das Kündigungsschutzgesetz anwendbar. Sein Arbeitsverhältnis sei im Rahmen eines Betriebsübergangs spätestens zum 12. März 1999 auf die Beklagte übergegangen. Die Beklagte habe spätestens zu diesem Zeitpunkt durch ihren Geschäftsführer die Leitungsmacht in dem Betrieb tatsächlich ausgeübt. So sei beispielsweise bereits ab 1. Februar 1999 eine von Herrn P. verfaßte und mit detaillierten arbeitsvertraglichen Arbeitsanweisungen versehene Arbeitsanordnung angewandt worden.
- 11 Der Kläger hat zuletzt - soweit für die Revision noch von Interesse - beantragt,
1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 23. Juli 1999 nicht beendet worden ist,
  2. die Beklagte zu verurteilen, ihn zu unveränderten Bedingungen als Brenner bis zur Rechtskraft der Entscheidung über die Wirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigung weiterzubeschäftigen,
  3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 2.472,73 DM brutto nebst 4 % Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettobetrag seit 25. August 1999 zu zahlen,
  4. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 6.400,00 DM brutto nebst 4 % Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettobetrag seit dem 29. Oktober 1999 zu zahlen und
  5. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 6.400,00 DM brutto nebst 4 % Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettobetrag seit dem 23. November 1999 zu zahlen.
- 12 Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags darauf verwiesen, das Arbeitsverhältnis des Klägers sei auf Grund der Kündigung vom 23. Juli 1999 zum 6. August 1999 wirksam beendet worden. Zum Zeitpunkt der Kündigung habe noch kein Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz bestanden. Das Arbeitsverhältnis zur Gemeinschuldnerin habe am 12. März 1999 geendet. Der Betrieb sei erst am 15. März 1999 übergegangen. Die Grundsätze der Rechtsprechung zur Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes bei Unterbrechung von

Arbeitsverhältnissen seien hier nicht übertragbar, weil die Vertragsarbeitgeber nicht identisch seien.

- 13** Das Arbeitsgericht hat - soweit es für die Revision noch von Interesse ist - nach den Klageanträgen des Klägers erkannt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung insoweit zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihre Klageabweisungsanträge weiter.

### **Entscheidungsgründe**

- 14** Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

- 15** **A.**

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers sei unwirksam, weil das Kündigungsschutzgesetz auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung finde und die Kündigung schon auf Grund der fehlenden Mitteilung von Kündigungsgründen sozial ungerechtfertigt sei. Die Beklagte sei deshalb auch zur vorläufigen Weiterbeschäftigung des Klägers als Brenner und zur Zahlung des begehrten Annahmeverzugslohns verpflichtet. Es liege jedenfalls per 15. März 1999 ein (Teil-) Betriebsübergang vor. Im Rahmen des § 1 Abs. 1 KSchG sei deshalb davon auszugehen, daß ein Arbeitsverhältnis zum gleichen Betrieb bzw. Unternehmen vorliege. Aus § 613 a Abs. 1 BGB folge, daß das Arbeitsverhältnis des Klägers beim selben Betrieb bestanden habe. Die rechtliche Unterbrechung von zwei Tagen stehe der Anrechnung nicht entgegen.

- 16** **B.**

Dem folgt der Senat im Ergebnis und in weiten Teilen der Begründung.

- 17** Das Kündigungsschutzgesetz ist anwendbar, weil das Arbeitsverhältnis des Klägers in demselben Betrieb ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat. Die bei der Gemeinschuldnerin zurückgelegte Beschäftigungszeit vom 1. August 1993 bis zum 12. März 1999 ist bei der Berechnung der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG zu berücksichtigen. Die Beklagte hat keinen Kündigungsgrund iSd. § 1 Abs. 2 KSchG dargetan. Da die Kündigung das Arbeitsverhältnis des Klägers deshalb nicht wirksam beendet hat, ist die Beklagte zur vorläufigen Weiterbeschäftigung des Klägers verpflichtet und stehen dem Kläger ferner die geltend gemachten Verzugslohnansprüche zu.

- 18** **I.**

Nach § 1 Abs. 1 KSchG verlangt das Kündigungsschutzgesetz für den Eintritt des allgemeinen Kündigungsschutzes ein Bestehen des Arbeitsverhältnisses in demselben Betrieb oder Unternehmen von länger als sechs Monaten.

- 19** **1.**

Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Senats, wegen des sozialen Schutzzwecks des Kündigungsschutzgesetzes Zeiten eines früheren Arbeitsverhältnisses - mit demselben Arbeitgeber - auf die Wartezeit dann anzurechnen, wenn das neue Arbeitsverhältnis in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem früheren Arbeitsverhältnis steht (zuletzt Senat 20. August 1998 - 2 AZR 76/98 - AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 9 = EzA KSchG § 1 Nr. 49 und - 2 AZR 83/98 - BAGE 89, 307). Ob ein enger sachlicher Zusammenhang gegeben ist, läßt sich dabei nicht anhand starrer zeitlicher Grenzen festlegen. Maßgeblich sind vielmehr neben der Dauer und dem Anlaß der Unterbrechung die Art der Weiterbeschäftigung (Senat 20. August 1998 - 2 AZR 76/98 - aaO).

- 20** **2.**

Für die Annahme eines solchen engen sachlichen Zusammenhangs sprechen hier alle Umstände des Einzelfalles.

21 a)

Der Kläger war während der gesamten Zeit seiner Beschäftigung als Brenner im Betrieb tätig.

22 b)

Eine tatsächliche Unterbrechung der Tätigkeit fand praktisch nicht statt. Der Kläger hat mehr oder weniger *"nahtlos"* - zuletzt bis Freitag, den 12. März 1999 und wieder ab Montag, den 15. März 1999 - im Produktionsbetrieb "K." gearbeitet. Dies war - wohl aus produktionstechnischen Gründen - sowohl vom Konkursverwalter als auch von der Beklagten so gewollt, zumal der Konkursverwalter die ursprünglich am 28. Februar 1999 auslaufende Kündigungsfrist noch zum 12. März 1999 *"verlängert"* hatte. Auch hatte sich die Beklagte im notariellen Kaufvertrag vom 12. März 1999 ausdrücklich zur Übernahme der in der Anlage 4 genannten Arbeitnehmer, also ua. des Klägers, verpflichtet. Anlaß der zweitägigen Unterbrechung war allein die vom Konkursverwalter ausgesprochene Kündigung, die zwar wegen der nicht erhobenen Kündigungsschutzklage bestandskräftig geworden ist (§ 7 KSchG iVm. § 4 Satz 1 KSchG und § 112 Abs. 2 InsO). Die ihr zugrunde liegenden betriebsbedingten Gründe haben sich jedoch - zumindest später und bezogen auf den Kläger - nicht realisiert, wie die Kaufverhandlungen und der notarielle Kaufvertrag vom 12. März 1999 sowie der Betriebsübergang am 15. März 1999 zeigen. Deshalb spricht auch der Anlaß für die zweitägige Unterbrechung nicht gegen einen engen sachlichen Zusammenhang der Arbeitsverhältnisse.

23 c)

Auch sind - außer die Rechtsfolgen des § 613 a BGB umgehen zu wollen - keine weiteren plausiblen Gründe dafür ersichtlich, warum der Konkursverwalter die Kündigungsfrist des Klägers vom 28. Februar 1999 auf den 12. März 1999 - und beispielsweise nicht auf einen späteren Termin - verlängert hat.

24 3.

Einer Anrechnung der früheren Beschäftigungszeiten des Klägers steht nicht entgegen, daß der Kläger sie in einem Arbeitsverhältnis zur Gemeinschuldnerin erbracht hat.

25 a)

Der Kläger war - selbst wenn man eine rechtliche Unterbrechung seines Arbeitsverhältnisses am 13. und 14. März 1999 berücksichtigt - sowohl bis zum 12. März 1999 als auch ab dem 15. März 1999 *"in demselben Betrieb"*, dem Produktionsbetrieb "K." in M., beschäftigt. Auf Grund des unstreitigen Betriebsübergangs, der spätestens am 15. März 1999, 0.01 Uhr stattfand, ist von einer Identität des Betriebes vor dem 12. März und nach dem 15. März 1999 auszugehen. Es kann deshalb keine Rolle spielen, ob zwischenzeitlich der Inhaber des Betriebs gewechselt hat. Die Beschäftigungszeiten sind zusammenzurechnen, wenn die Identität des Betriebs gewahrt ist (Schaub Arbeitsrechts-Handbuch 9. Aufl. § 128 Rn. 8).

26 b)

Nur ein solches Verständnis entspricht auch dem Schutzzweck des § 613 a Abs. 1 BGB und der Richtlinie 77/187 EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen bzw. deren Ergänzung durch die Richtlinie EG 98/50. Danach soll den Arbeitnehmern bei einem Wechsel des Inhabers eines Betriebs oder Unternehmens die Wahrung ihrer Rechte gewährleistet bleiben (zum Sinn und Zweck des § 613 a BAG 12. Mai 1992 - 3 AZR 247/91 - BAGE 70, 209; KR-Pfeiffer 6. Aufl. § 613 a BGB Rn. 3; zum Ziel der Richtlinie EuGH 10. Februar 1988 - 324/86 - Slg. 1988, 739, 754 *"Daddy's Dance Hall"*; 15. Juni 1988 - 101/87 - Slg. 19.08.3057, 3076 *"Bork International"*; 14. September 2000 - Rs. C-343/98 - EuGHE I 20.00.6659 *"Collino"*,

*Chiappero*). Die gesetzlichen Regelungen gewähren einen Inhaltsschutz und wollen insbesondere verhindern, daß eine Betriebsveräußerung zum Anlaß eines Abbaus der erworbenen Besitzstände der Arbeitnehmer genommen wird (BAG 12. Mai 1992 - 3 AZR 247/91 - BAGE 70, 209; 11. Juli 1995 - 3 AZR 154/95 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Einzelhandel Nr. 56 = EzA BGB § 613 a Nr. 130; KR-Pfeiffer aaO). Die zwingende Regelung des § 613 a BGB darf beispielsweise nicht durch eine Kündigung und eine nachfolgende Wiedereinstellung umgangen werden (BAG 20. Juli 1982 - 3 AZR 261/80 - BAGE 39, 208; KR-Pfeiffer 6. Aufl. § 613 a BGB Rn. 7). Der Betriebsübernehmer ist auf Grund des Betriebsübergangs so zu behandeln, als würden die arbeitsrechtlichen Beziehungen des Arbeitnehmers zum Betriebsveräußerer weiterhin bestehen. Dementsprechend sind bei einem Betriebsinhaberwechsel die Beschäftigungszeiten zusammenzurechnen (HK-KSchG/Dorndorf § 1 Rn. 78 ff.; Kittner/Däubler/Zwanziger KSchR 5. Aufl. § 1 KSchG Rn. 27; ErfK/Ascheid 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 89; APS/Dörner § 1 KSchG Rn. 46; KR-Etzel 6. Aufl. § 1 KSchG Rn. 119; KR-Pfeiffer 6. Aufl. § 613 a BGB Rn. 68 f.).

**27** Da sich für den Betriebsveräußerer eine vergleichbar unerhebliche - rechtliche - Unterbrechung bei der Berechnung der Wartezeit nicht auswirken würde, kann sich unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der gesetzlichen Regelung für einen Betriebserwerber - und damit für die Beklagte - nichts anderes ergeben. Sie muß sich so behandeln lassen, als hätte die Gemeinschuldnerin bzw. der Konkursverwalter das Arbeitsverhältnis selbst - nach kurzer zweitägiger, rechtlicher Unterbrechung - fortgesetzt.

**28** 4.

Ist eine Anrechnung der früheren Beschäftigungszeiten bei der Gemeinschuldnerin bei der Berechnung der Wartezeit im vorliegenden Fall schon auf Grund der vorstehenden Überlegungen geboten, kann dahinstehen, ob der Kläger die Wartezeit nicht auch deshalb erfüllt hat, weil er zumindest auf Grund einer im Zuge des Betriebsübergangs zu realisierenden (Wieder-) Einstellung einen Anspruch auf Abschluß eines Arbeitsvertrags zu unveränderten Arbeitsbedingungen und unter Wahrung seines Besitzstandes (BAG 13. November 1997 - 8 AZR 295/95 - AP BGB § 613 a Nr. 169 = EzA BGB § 613 a Nr. 154; Hergenröder AR-Blattei 500.1 Rn. 464 und 472; Preis/Steffan DB 1998, 309, 312) gehabt hätte, damit aber auch seine bisherigen Beschäftigungszeiten zu berücksichtigen wären.

**29** II.

Da die Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beendet hat, stehen dem Kläger sowohl die begehrte vorläufige Weiterbeschäftigung als Brenner als auch die geltend gemachten Verzugslohnansprüche für den Zeitraum 7. August bis 31. Dezember 1999 in der nicht streitigen Höhe nebst anteiliger Zinsen gemäß § 615 Satz 1 BGB zu.

---

Von Rechts wegen