

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Betriebsübergang als Kündigungsgrund
3. Widerspruch und soziale Auswahl
4. Rechtsprechungs-ABC
 - 4.1 Aufhebungsvertrag
 - 4.2 Betriebs(teil)begriff
 - 4.3 Betriebsstilllegung
 - 4.4 Darlegungs- und Beweislast
 - 4.5 Erwerberkonzept
 - 4.6 Klagefrist
 - 4.7 Kündigungszeitpunkt
 - 4.8 Sozialauswahl - 1
 - 4.9 Sozialauswahl - 2
 - 4.10 Sozialauswahl - 3
 - 4.11 Unwirksamkeitsgrund

Information

1. Allgemeines

Der Gesetzgeber schützt Arbeitnehmer vor den negativen **Folgen eines Betriebsübergangs**. Die **Kündigung wegen eines Betriebsübergangs** ist nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB sogar **ausgeschlossen**. Das heißt nun nicht, dass bei Betriebsübergängen ein absolutes Kündigungsverbot besteht. So sieht § 613a Abs. 4 Satz 2 BGB beispielsweise vor: "*Das Recht zur **Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen bleibt unberührt***". Über diese Ausnahmeregelung ist es möglich, auch vor oder nach einem Betriebsübergang **Kündigungen wegen dringender betrieblicher Erfordernisse**, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen, vorzunehmen.

Sie dürfen eben nur nicht "*wegen des Übergangs eines Betriebs oder Betriebsteils*" erfolgen (s. dazu auch das Stichwort Betriebsübergang - Kündigungsverbot).

2. Betriebsübergang als Kündigungsgrund

Ein **Betriebsübergang** kann **allein kein Grund** für eine betriebsbedingte Kündigung sein (s. dazu auch das Stichwort Kündigung - betriebsbedingt: Ursachen). Das **Kündigungsverbot** in § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB sagt ausdrücklich, dass die Kündigung von Arbeitsverhältnissen "*durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber **wegen des Übergangs eines Betriebs oder Betriebsteils***" unwirksam ist.

Beispiel:

Arbeitgeber A1 möchte seinen Betrieb veräußern. Arbeitgeber A2 interessiert sich für den Betrieb des A1, hat aber Bedenken, ob er ihn erfolgreich weiter führen kann. A2 möchte von A1, dass er einige Mitarbeiter entlässt, damit er "schlank" starten kann und seine Kostenbelastung in der Anfangsphase gering ist. Würde A1 dem Wunsch des A2 nachkommen, wären seine Kündigungen wegen § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB unwirksam. Er würde sie ja allein A2 zu Liebe wegen des Betriebsübergangs aussprechen.

Kündigungen aus anderen Gründen lässt § 613a Abs. 4 Satz 2 BGB auch bei einem Betriebsübergang zu.

Beispiel:

Arbeitgeber A3 spielt mit dem Gedanken, seinen Betrieb zu veräußern. Gleichzeitig erkennt er, dass die XY-Abteilung unrentabel arbeitet und dort ein Überhang an Arbeitskräften besteht. A3 trifft die unternehmerische Entscheidung, den Personalbedarf an das zu bewältigende Arbeitsvolumen anzupassen. Damit werden drei Arbeitsplätze dauerhaft überflüssig und A3 entschließt sich, diese drei Arbeitsplätze abzubauen. Die Umsetzung der unternehmerischen Entscheidung führt dazu, dass er drei Kündigungen aussprechen muss. Diese Kündigungen sind nicht nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB wegen des beabsichtigten Betriebsübergangs unzulässig, sondern aus anderen Gründen, nämlich wegen dringender betrieblicher Erfordernisse, gerechtfertigt (das Gleiche gilt übrigens auch für notwendige personen- und verhaltensbedingte Kündigungen).

Alter und neuer Betriebsinhaber dürfen auch dann kündigen, wenn bei einem Betriebsübergang bestimmte Arbeitsplätze nach einem so genannten **Erwerberkonzept** überflüssig werden.

Beispiel:

Arbeitgeber A4 will seinen Betrieb veräußern. Er lässt ihn durch einen unabhängigen Betriebsberater prüfen. Dieser Betriebsberater kommt zu dem Ergebnis, dass der Betrieb mit dem bisherigen unternehmerischen Konzept nicht fortgeführt werden kann. Arbeitgeber A5 interessiert sich für den Betrieb des A4 und ist mit dessen Betriebsberater der Auffassung, dass der Betrieb in seiner jetzigen Form tatsächlich unrentabel arbeitet und nicht zukunftsfähig ist. Er entwickelt zusammen mit dem Berater das Konzept einer Reorganisation, die mehrere Bereiche ersatzlos entfallen lässt. Die in diesen Bereichen tätigen Arbeitnehmer sollen Kündigungen bekommen. Auch diese Kündigungen wären aus betriebsbedingten Gründen zulässig und nicht durch § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB ausgeschlossen.

Eine Kündigung wird **nicht wegen eines Betriebsübergangs** im Sinn des § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB ausgesprochen, wenn es dafür unabhängig von dem stattfindenden Inhaberwechsel einen in sich tragfähigen Kündigungsgrund gibt, zum Beispiel die **Sanierung** oder **Restrukturierung** des Betriebs eines Insolvenzschuldners (LAG Hamm, 12.03.2007 - 2 Sa 1932/05).

3. Widerspruch und soziale Auswahl

Arbeitnehmer haben nach § 613a Abs. 6 BGB die **Möglichkeit**, dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber **zu widersprechen** (s. dazu auch das Stichwort Betriebsübergang - Widerspruch).

Beispiel:

Arbeitgeber A1 möchte einen Teilbetrieb an Arbeitgeber A2 veräußern. Mitarbeiter M1 bis M9 wollen sich keinen neuen Arbeitgeber aufzwingen lassen, sondern weiter bei A1 arbeiten. Sie widersprechen dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf A2. Das hat zur Folge, dass ihre Arbeitsverhältnisse nicht auf A2 übergehen, sondern bei A1 bleiben.

Die **Arbeitsverhältnisse** widersprechender Arbeitnehmer bestehen **beim Betriebsveräußerer** weiter. Er muss sich dann allerdings nach dem Widerspruch darüber Gedanken machen, ob und wie er sie weiter beschäftigen kann.

Beispiel:

Die Beschäftigungsverhältnisse von M1 bis M9 gehen im vorausgehenden Beispielfall nicht auf A2 über. A1 hat seinen Teilbetrieb an A2 veräußert. In diesem Betrieb kann er M1 bis M9 nicht mehr beschäftigen. A1 muss nun überlegen, ob er die widersprechenden Mitarbeiter woanders - möglicherweise zu geänderten Arbeitsbedingungen - einsetzt oder ob er sie wegen fehlender Beschäftigungsmöglichkeit kündigen muss.

Vor der Neuregelung des § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 KSchG und der Konkretisierung der Sozialdaten auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltungspflichten und eine Schwerbehinderung war es so, dass der **Widerspruch als sozialer Gesichtspunkt** angesehen wurde und bei einer Sozialauswahl zu berücksichtigen war. Nach der früheren BAG-Rechtsprechung konnte sich auch ein Arbeitnehmer, dem ohne seinen Widerspruch gegen Übergang des Arbeitsverhältnisses der Arbeitsplatz beim Übernehmer erhalten geblieben wäre, auf eine **mangelhafte Sozialauswahl** nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 KSchG berufen.

In BAG, 24.02.2000 - 8 AZR 167/99 - hieß es noch: *"Die Prüfung der sozialen Schutzwürdigkeit aller vergleichbaren Arbeitnehmer hat jedoch die Tatsache zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer seine bisherige Arbeitsmöglichkeit aus freien Stücken aufgegeben hat und erst dadurch ein dringendes betriebliches Erfordernis für die Kündigung geschaffen wurde. Der soziale **Besitzstand des gekündigten Arbeitnehmers** kann nicht unabhängig von den Gründen beurteilt werden, aus denen er die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit einem anderen Arbeitgeber ablehnt. Soll statt seiner einem anderen Arbeitnehmer gekündigt werden, der die Möglichkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht hat, müssen **berechtigte Gründe des Arbeitnehmers** vorliegen, der sich auf die soziale Auswahl zu Lasten des Arbeitskollegen beruft".*

Beispiel:

Mitarbeiter M3 aus dem vorausgehenden Beispielfall hat keinen sachlich nachvollziehbaren Grund, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf A2 zu widersprechen. Er hätte seine Funktion, sein Arbeitsentgelt und seine sonstigen Arbeitsbedingungen behalten. A2 ist wirtschaftlich gut aufgestellt, für M3 hätten bei A2 sogar vorher nicht da gewesene Aufstiegsmöglichkeiten bestanden. A1 kann M3 nun nicht mehr beschäftigen, weil er keinen Bedarf mehr für ihn hat. Bei einer betriebsbedingten Kündigung müsste A1 eine Sozialauswahl vornehmen. Mitarbeiter M 18 hat nur wenig geringere Sozialdaten als M3. Nach der alten Rechtslage hätte A1 den sachlich nicht nachvollziehbaren Widerspruch des M3 zu dessen Lasten berücksichtigen dürfen und sich von ihm an Stelle von M18 trennen können.

Seit der Neuregelung des § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 KSchG ist die **alte Rechtslage** mit dem 01.01.2004 **überholt**. Der **Widerspruch** von Arbeitnehmern gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses ist **kein sozialer Gesichtspunkt** mehr, der bei der Sozialauswahl berücksichtigt werden darf. Es zählen nur noch die vier in § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 KSchG hinterlegten Sozialdaten. Insoweit sind auch die Motive des Arbeitnehmers für seinen Widerspruch unerheblich.

Der dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechende Arbeitnehmer übt ein ihm mit § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB **gesetzlich eingeräumtes Recht** aus. Dieses Recht ist weder an eine besondere Begründung gebunden noch müssen die Motive des Arbeitnehmers für den Widerspruch objektiv betrachtet vernünftig sein. Die Eingrenzung der Sozialauswahl auf die Mitarbeiter, die dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse aus guten Gründen widersprechen, findet im neuen § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 KSchG keine Stütze mehr. Widersprechende Mitarbeiter müssen so gestellt werden, als habe kein Betriebsübergang stattgefunden. Damit stehen sie wieder im "Verteilungswettbewerb" um die vorhandenen Arbeitsplätze nach den vom Gesetz vorgegebenen **vier Sozialkriterien** Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltungspflichten und Schwerbehinderung (so nun: BAG, 31.05.2007 - 2 AZR 218/06).

4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der wichtigsten **Entscheidungen** zum Thema Betriebsübergang und betriebsbedingte Kündigung **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt (s. dazu auch das Stichwort Betriebsübergang - Kündigungsverbot):

4.1 Aufhebungsvertrag

Die **Umgehung des Kündigungsverbots** aus § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB ist unzulässig. Die **Darlegungs- und Beweislast** für eine Umgehung trifft den Arbeitnehmer. Gegen eine Umgehung spricht die Möglichkeit, dass es auch bei einer Übernahme durch den Betriebserwerber **betriebsbedingte Gründe** gegeben hätte,

die eine Kündigung hätten rechtfertigen können, möglicherweise sogar durch den Insolvenzverwalter nach einem Erwerberkonzept des neuen Inhabers (BAG, 23.11.2006 - 8 AZR 349/06).

4.2 Betriebs(teil)begriff

Für die Beurteilung eines Betriebs(teil)übergangs (hier: "Wet-Lease-Geschäfte" bei Air Berlin) i.S.d. § 613a Abs. 1 BGB ist der Betriebsbegriff des § 24 Abs. 2 KSchG unbeachtlich. § 24 Abs. 2 KSchG sieht als "Betrieb im Sinne dieses Gesetzes ... jeweils die Gesamtheit der Seeschiffe oder der Binnenschiffe eines Schifffahrtsbetriebs oder der Luftfahrzeuge eines Luftverkehrsbetriebs" an. In **Abgrenzung von Land- und Bodenbetrieben** enthält § 24 Abs. 2 KSchG damit für **Luftverkehrs- und Schifffahrtsbetriebe** einen eigenständigen Betriebsbegriff (s. dazu BAG, 13.02.2020 - 6 AZR 146/19). Die Antwort auf die Frage, ob ein Betriebs(teil)übergang i.S.d. § 613a Abs. 1 BGB vorliegt, hängt jedoch davon ab, ob eine **wirtschaftliche Einheit** i.S.d. Richtlinie 2001/23/EG übergeht. "Das nationale Betriebsverständnis ist ohne Belang. Der deutsche Gesetzgeber wollte mit § 24 Abs. 2 KSchG auch nicht zugunsten der Arbeitnehmer über den Schutz der Richtlinie 2001/23/EG hinausgehen, was zulässig wäre" (BAG, 14.05.2020 - 6 AZR 235/19 - mit Hinweis auf EuGH, 06.03.2014 - C-458/12 - und der Feststellung, dass sich der in § 24 Abs. 2 KSchG geregelte eigenständige Betriebsbegriff ausweislich § 24 Abs. 1 KSchG nur auf die Vorschriften des 1. und 2. KSchG-Abschnitts bezieht).

4.3 Betriebsstilllegung

Eine Kündigung kann wegen dringender (inner)betrieblicher Gründe sozial gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitgeber eine **organisatorische Maßnahme** beschließt, die zum **Wegfall von Arbeitsplätzen** führt. Die Stilllegung eines Betriebs ist so eine Maßnahme. Soll der Betrieb jedoch gar nicht eingestellt, sondern veräußert werden, besteht keine **ernsthafte Stilllegungsabsicht** - mit dem Ergebnis, dass trotzdem ausgesprochene Kündigungen nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB hinfällig sind (BAG, 13.06.2006 - 8 AZR 271/05).

4.4 Darlegungs- und Beweislast

Hat der Arbeitgeber einem Mitarbeiter **wegen dringender betrieblicher Erfordernisse** gekündigt, trägt der gekündigte Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ein **Betriebsübergang** vorliegt, wenn er sich auf das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB beruft (BAG, 21.05.2008 - 8 AZR 84/07).

4.5 Erwerberkonzept

Es ist nicht **Sinn und Zweck des Kündigungsverbots** in § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB , das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers auch bei einer auf Grund wirtschaftlicher Gesichtspunkte voraussehbar fehlenden Beschäftigungsmöglichkeit künstlich bis zu dem Zeitpunkt zu verlängern, in dem der Erwerber die Kündigung erklären kann. Für diese **Fälle einer betriebsbedingten Kündigung** wird allerdings ein verbindliches Konzept oder Sanierungsplan des Erwerbers vorausgesetzt, dessen Durchführung im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung bereits greifbare Formen angenommen haben muss. Die **Kündigungsmöglichkeit des Veräußerers** besteht dabei - jedenfalls in der Insolvenz - sogar unabhängig davon, ob der Veräußerer das Erwerberkonzept bei der Fortführung des Betriebs selbst hätte durchführen können (BAG, 20.09.2006 - 6 AZR 249/05 - mit Hinweis auf BAG, 20.03.2003 - 8 AZR 97/02).

4.6 Klagefrist

Arbeitnehmer sind nach §§ 4 , 7 KSchG verpflichtet, die **Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung** innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigungserklärung gerichtlich geltend zu machen. Die **3-wöchige Klagefrist** gilt nach § 23 Abs. 1 KSchG auch für Arbeitnehmer in Betrieben, auf die das KSchG keine Anwendung findet. Zu den Unwirksamkeitsgründen, die innerhalb der 3-Wochen-Frist geltend zu machen sind, gehört auch ein **Verstoß des Arbeitgebers gegen das Kündigungsverbot** aus § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB (BAG, 13.02.2008 - 2 AZR 864/06).

4.7 Kündigungszeitpunkt

Erhebt ein Arbeitnehmer gegen den Betriebsveräußerer eine **Kündigungsschutzklage** und behauptet er dazu, der Betrieb sei bereits vor der Kündigung auf einen neuen Inhaber übergegangen, macht das seine Klage unschlüssig. Ein erfolgreicher Kündigungsschutzprozess setzt **nach der punktuellen Streitgegenstandstheorie** nämlich voraus, dass im Kündigungszeitpunkt noch ein Arbeitsverhältnis besteht. Das gilt auch bei einem Betriebsübergang - denn die **Kündigung des alten Inhabers** geht nach erfolgtem Betriebsübergang ins Leere (BAG, 26.07.2007 - 8 AZR 769/06 - mit dem Hinweis, dass hier schon nach dem eigenen Vorbringen des klagenden Arbeitnehmers im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung kein Arbeitsverhältnis zum Betriebsveräußerer mehr bestand).

4.8 Sozialauswahl - 1

Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 KSchG ist **vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung** eine auf den gesamten Betrieb bezogene Sozialauswahl durchzuführen. Das gilt auch dann, wenn ein **Betriebsteil stillgelegt** und der andere auf einen neuen Arbeitgeber übertragen werden soll. Bei der betriebsbedingten Kündigung eines Arbeitnehmers des stillzulegenden Betriebsteils ist daher bei der Sozialauswahl auch ein **vergleichbarer Arbeitnehmer** zu berücksichtigen, der zurzeit der Kündigung dem später zu übertragenden Betriebsteil angehört (BAG, 28.10.2004 - 8 AZR 391/03 - mit dem Hinweis, dass diese Lösung aus dem Schutzzweck der Sozialauswahl folgt, sozial schwächeren Arbeitnehmern mit höheren Sozialdaten ihren Arbeitsplatz zu erhalten).

4.9 Sozialauswahl - 2

Der Arbeitgeber kann nicht von einer Sozialauswahl absehen, wenn ein Arbeitnehmer dem **Übergang** seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber bei einem Betriebsübergang **widersprochen** hat. Auch Mitarbeiter, denen der Arbeitsplatz ohne ihren Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber erhalten geblieben wäre, können sich grundsätzlich auf eine mangelhafte Sozialauswahl berufen. Auch hier kommt es dann aber darauf an, ob die in die Sozialauswahl einzubeziehenden **Arbeitnehmer miteinander vergleichbar** sind (BAG, 24.05.2005 - 8 AZR 398/04).

4.10 Sozialauswahl - 3

Der Gesetzgeber hat die Sozialauswahl mit der Neuregelung des § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 KSchG auf die **vier Merkmale** Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltungspflichten und Schwerbehinderung beschränkt. Damit ist die Berücksichtigung von Gründen für einen Widerspruch gegen den Übergang eines Arbeitsverhältnisses nach § 613a Abs. 6 BGB nun im Rahmen der Sozialauswahl ausgeschlossen. Die **Gründe für den Widerspruch** des Arbeitnehmers gegen einen Betriebsübergang können grundsätzlich auch über § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG keine Berücksichtigung mehr finden. Die danach bestehende Möglichkeit, einzelne Arbeitnehmer nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen, wenn ihre **Weiterbeschäftigung im berechtigten betrieblichen Interesse** liegt, stellt regelmäßig keine Möglichkeit dar, alle Arbeitnehmer, die vom Betriebsübergang nicht betroffen waren, nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen und damit unterm Strich den Kreis der für eine Kündigung in Betracht zu ziehenden Arbeitnehmer auf die widersprechenden zu beschränken (BAG, 31.05.2007 - 2 AZR 218/06).

4.11 Unwirksamkeitsgrund

Ein Betriebsübergang kann nur dann nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB zur Unwirksamkeit einer Kündigung führen, wenn die dazu notwendigen **Tatsachen** zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits feststehen oder **greifbare Formen** angenommen haben. Führt der Vertragsarbeitgeber eine **Betriebsstilllegung** durch und kündigt er deswegen, greift § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB nicht. Ohne absehbaren Betriebsübergang ist diese Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse sozial gerechtfertigt (BAG, 27.09.2007 - 8 AZR 889/06).

Siehe auch

Kündigung - betriebsbedingt: Allgemeines