

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Die gesetzliche Grundlage
3. Ein eigenständiges Kündigungsverbot
4. Kündigung wegen des Betriebsübergangs
5. Einzelfragen
6. Rechtsprechungs-ABC
 - 6.1 Angehörigenkündigung
 - 6.2 Anlass
 - 6.3 Aufhebungsvertrag - 1
 - 6.4 Aufhebungsvertrag - 2
 - 6.5 Aufhebungsvertrag - 3
 - 6.6 Aufhebungsvertrag - 4
 - 6.7 Auflösungsantrag - 1
 - 6.8 Auflösungsantrag - 2
 - 6.9 Außerordentliche Kündigung
 - 6.10 Befristung
 - 6.11 Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft
 - 6.12 Betriebsbedingte Kündigung
 - 6.13 Betriebsstilllegung
 - 6.14 Eigenkündigung
 - 6.15 Einjähriges Kündigungsverbot?
 - 6.16 Erwerberkonzept
 - 6.17 Feststellungsklage
 - 6.18 Fortbestandssicherung
 - 6.19 Fortsetzungsverlangen
 - 6.20 Heimarbeitsverhältnisse
 - 6.21 Insolvenz
 - 6.22 KSchG-Wartezeit
 - 6.23 Kündigung
 - 6.24 Kündigungsfrist
 - 6.25 Kündigungsschutzklage - 1
 - 6.26 Kündigungsschutzklage - 2
 - 6.27 Mehrere Erwerber
 - 6.28 Nichtübergangsabrede
 - 6.29 Passivlegitimation
 - 6.30 "Pre-Pack" vor Insolvenz
 - 6.31 Prozessvergleich
 - 6.32 Rationalisierung
 - 6.33 Rechtskraft
 - 6.34 Sanierungskonzept
 - 6.35 Schwerbehinderung - 1
 - 6.36 Schwerbehinderung - 2
 - 6.37 Sozialauswahl

- 6.38 Spaltung
- 6.39 Stilllegung
- 6.40 Umgehungsgeschäft - 1
- 6.41 Umgehungsgeschäft - 2
- 6.42 Unterrichtungspflicht
- 6.43 Veräußererkündigung nach Betriebsübergang
- 6.44 Vorbeschäftigung
- 6.45 Wechsel in eine B & Q-Gesellschaft
- 6.46 "wegen des Betriebsübergangs"
- 6.47 Weiterbeschäftigungsanspruch - 1
- 6.48 Weiterbeschäftigungsanspruch - 2
- 6.49 Wiedereinstellungsanspruch - 1
- 6.50 Wiedereinstellungsanspruch - 2
- 6.51 Wiedereinstellungsanspruch - 3
- 6.52 Wiedereinstellungsanspruch - 4
- 6.53 Wiedereinstellungsanspruch - 5
- 6.54 Wiedereinstellungsanspruch - 6
- 6.55 Wiedereinstellungsanspruch - 7
- 6.56 Wiedereinstellungsantrag
- 6.57 Zeitpunkt

Information

1. Allgemeines

Der Arbeitnehmer soll wegen eines Betriebsübergangs seinen Arbeitsplatz nicht verlieren. Die Grundregel sieht EU-weit Teil II Art. 4 Abs. 1 Satz 1 RL 77/187/EWG vom 14.02.1977 (ABl. Nr. L 61/26) vor, der mittlerweile durch die EG-RL 98/50 vom 29.06.1998 (ABl. Nr. L 201/88) ergänzt wurde. Das **EG-Kündigungsverbot** wurde vom nationalen Gesetzgeber bereits mit Wirkung vom 21.08.1980 im BGB verankert. Seitdem erschwert es Kündigungen, die wegen eines Betriebsübergangs ausgesprochen werden.

2. Die gesetzliche Grundlage

§ 613a Abs. 4 Satz 1 BGB bestimmt: *"Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Übergangs eines Betriebs oder Betriebsteils ist unwirksam."* Gleichzeitig heißt es aber auch **einschränkend** in § 613a Abs. 4 Satz 2 BGB : *"Das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen bleibt unberührt."*

Beispiel:

Steuerberater S hat eine gut gehende Praxis, die seit langem etabliert ist. Als S beabsichtigt, sich zur Ruhe zu setzen, sucht er einen Interessenten, dem er die Kanzlei übergeben kann. Die Übergabe soll zum 31.12. erfolgen, danach möchte S noch ein paar Monate in Deutschland bleiben und Anfang April schließlich seine Finca auf Mallorca beziehen.

S hat zehn Arbeitnehmer/-innen beschäftigt. Ihre Arbeitsverhältnisse würden nach der gesetzlichen Idealvorstellung des § 613a Abs. 1 BGB im Falle eines Betriebsübergangs auf den Erwerber übergehen. S darf diesen Mitarbeitern daher nicht wegen des Betriebsübergangs kündigen. Diese Kündigungen wären unwirksam. Stellt S dagegen beispielsweise im November fest, dass ihn seine langjährige Steuerfachgehilfin Rita um mehrere Tausend Euro betrogen hat, kann er das zum Anlass für eine Kündigung nehmen, die nicht gegen § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB verstößt. Hier liegt ein anderer Kündigungsgrund vor: nämlich ein verhaltensbedingter, der nichts mit dem Betriebsübergang zu tun hat.

Erläuternd empfiehlt sich ein Blick auf Teil II Art. 4 Abs. 1 Satz 2 RL 77/187/EWG . Dort heißt es: *"Diese Bestimmung (d.h. Art. 4 Abs. 1 Satz 1) steht etwaigen Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung mit sich bringen, nicht entgegen."*

3. Ein eigenständiges Kündigungsverbot

§ 613a Abs. 4 Satz 1 BGB enthält ein eigenständiges Kündigungsverbot. Dieses Kündigungsverbot besteht unabhängig vom allgemeinen Kündigungsschutz nach dem KSchG oder anderen Kündigungsbeschränkungen.

Beispiel:

Bäckermeister Bruno möchte seine Backstube an den Filialisten RegioBack Rundstückler GmbH verkaufen. Die Arbeit macht ihm zwar immer noch Spaß, sein Kleinbetrieb mit zwei Gesellen, einer Vollzeitverkäuferin und zwei geringfügig entlohnten Kräften wirft aber kaum noch etwas ab. Die RegioBack hat allerdings ihre eigenen Leute und verlangt von Bruno, seine Backstube ohne Personal "besenrein" zu übergeben.

Alle Mitarbeiter aus Brunos Backstube können sich nun mit Erfolg auf § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB berufen und sich gegen ihre Kündigung wehren - und das, obwohl Bruno nicht mehr als fünf Arbeitnehmer i.S. des § 23 Abs. 1 KSchG hat und obwohl ein Arbeitnehmer vielleicht erst drei Monate und nicht "länger als sechs Monate" i.S. des § 1 Abs. 1 KSchG bei Bruno beschäftigt ist.

Damit das Kündigungsverbot nicht leerläuft, ist es **unabdingbar**. Das bedeutet: § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB kann weder zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages noch zwischen Erwerber und Veräußerer ausgeschlossen werden.

Eine Kündigung - die gegen § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB verstößt, ist nach § 134 BGB nichtig. Weiter ist das eigenständige Kündigungsverbot im Zusammenhang mit den Regelungen in §§ 7 , 13 Abs. 3 KSchG zu sehen: Auch die Unwirksamkeit nach § 613a Abs. 4 BGB muss nach § 4 Satz 1 KSchG innerhalb der **dreiwöchigen Klagefrist** geltend gemacht werden. Passiert das nicht, tritt **die Fiktion** der Wirksamkeit der Kündigung nach § 7 KSchG ein.

Auch wenn das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG "Maßnahmen bei der ... Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses" betrifft: "Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz" (§ 2 Abs. 4 AGG). Insoweit findet also auch § 613a Abs. 4 BGB Anwendung.

4. Kündigung wegen des Betriebsübergangs

Nach dem erklärten Ziel des § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB , den man immer i.S. der RL 77/187/EWG auslegen muss, **soll der Betriebsübergang kein Kündigungsgrund** sein. Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen darf eben **nicht wegen des Betriebsübergangs** erfolgen. § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB greift also immer dann, wenn gerade der **Betriebsübergang das Motiv** für die Kündigung ist.

Beispiel:

Im Beispielfall der vorausgehenden Ziffer ist die Sache klar. Wenn die RegioBack eine Übergabe der Backstube ohne Mitarbeiter verlangt, kann nur der geplante Betriebsübergang Grund für die Kündigungen sein. Sie wären damit nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB unwirksam.

Im anderen Beispielfall gab es bereits einen Kündigungsgrund, der nicht in das gesetzliche Kündigungsverbot fiel. Ginge man davon aus, dass Bruno nicht gekündigt und die RegioBack Rundstückler GmbH die Mitarbeiter "übernommen" hat und anschließend feststellt, dass sie nur noch einen Gesellen benötigt, weil die meiste Ware fertig angeliefert wird, könnte das ein Grund

für eine betriebsbedingte Kündigung sein. Strukturiert die RegioBack den ganzen Betrieb um und setzt sie nur noch auf fertige Backwaren aus der eigenen zentralen Produktion, ist auch diese Umstrukturierung Grund für eine betriebsbedingte Kündigung - nicht der Betriebsübergang.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob der Betriebsübergang Kündigungsgrund ist, ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung.

Praxistipp:

Gerade weil § 613a Abs. 4 BGB auch Arbeitnehmer schützt, die sonst keinen Kündigungsschutz haben, muss man sich von Anfang an Gedanken darüber machen, welcher Kündigungsgrund greifen könnte. Eine Kündigung wird im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang nur dann Erfolg haben, wenn man diesen Betriebsübergang als Kündigungsgrund sicher ausschließen kann. Die bloße Mitursächlichkeit schadet nicht. Das Kündigungsverbot greift - s. Teil II Art. 4 Abs. 1 Satz 2 RL 77/187/EWG - eben nur dann, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch andere, nämlich wirtschaftliche, technische, organisatorische, verhaltens- oder personenbedingte Gründe zu rechtfertigen ist. Ist neben dem Betriebsübergang kein anderer sachlicher Grund für eine Kündigung zu erkennen, spricht das für ihre Unwirksamkeit nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB .

Teil II Art. 4 Abs. 2 RL 77/187/EWG sieht zudem vor: *"Kommt es zu einer Beendigung des Arbeitsvertrags oder Arbeitsverhältnisses, weil der Übergang eine wesentliche Änderung der Arbeitsbedingungen zum Nachteil des Arbeitnehmers zur Folge hat, so ist davon auszugehen, dass die Beendigung des Arbeitsvertrags oder Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber erfolgt ist."*

5. Einzelfragen

Da § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB ein eigenständiger Kündigungsgrund außerhalb des KSchG ist, kann die Beendigung von Arbeitsverhältnissen nicht über §§ 9 , 10 KSchG gegen Zahlung einer **Abfindung** erzwungen werden. Welcher **Arbeitgeber** die Kündigung ausspricht, ist gleichgültig. § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB verbietet sowohl dem bisherigen als auch dem neuen Inhaber die Kündigung wegen eines Betriebsübergangs. Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses ist nach den Vorschriften der §§ 1 ff. TzBfG zulässig. Soll sie allerdings bloß dem Zweck dienen, das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB zu umgehen, ist sie unwirksam. Der **Betriebsrat** ist nach Maßgabe des § 102 BetrVG vor Ausspruch einer Kündigung zu hören. In Betrieben mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern kann der Betriebsübergang als "Betriebsänderung" i.S. des § 111 BetrVG zu einem Interessenausgleich oder Sozialplan führen, §§ 112 ff. BetrVG .

Die **Darlegungs- und Beweislast** für den Verstoß gegen § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB trägt der Arbeitnehmer. Er muss im Arbeitsrechtsstreit darlegen und beweisen, dass der Betriebsübergang für die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses ursächlich war. Umgekehrt trifft den Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast, wenn er geltend macht, die Kündigung sei aus einem anderen Grund, § 613a Abs. 4 Satz 2 BGB , gerechtfertigt. Die **Klage** richtet sich gegen den Arbeitgeber, der gekündigt hat. Hat der bisherige Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis beendet, empfiehlt es sich, den neuen Inhaber mit einzubeziehen. Die **Klagefrist** ist die 3-Wochen-Frist aus § 4 Abs. 1 KSchG . Ein Arbeitnehmer kann sich also nur dann auf die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB berufen, wenn er die Frist für eine Kündigungsschutzklage eingehalten.

Das Kündigungsverbot aus § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB erfasst alle **Kündigungsarten**. Es ist also gleichgültig, ob wegen des Betriebsübergangs eine ordentliche oder eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen wird. Ebenso unerheblich ist es, ob es sich um eine Änderungs- oder Beendigungskündigung handelt. Gewinnt der Arbeitnehmer seinen Kündigungsschutzprozess, entwickelt das Urteil auch **Rechtskraft** gegen den neuen Inhaber. Die **Stillegungsabsicht** kann zu betriebsbedingten und damit nach § 613a Abs. 4 Satz 2 BGB wirksamen Kündigungen führen. Ergibt sich erst während der Stillegungsphase eine Übernahmemöglichkeit, berührt das die Wirksamkeit der Kündigung nicht. Motiv war ja nicht der Betriebsübergang, sondern seine Stillegung. Eine **Umgehung** des besonderen Kündigungsschutzes ist

unzulässig. Provozierte Arbeitnehmerkündigungen und Aufhebungs- oder Abwicklungsverträge können damit unwirksam sein. Gewinnt der Arbeitnehmer seinen Kündigungsschutzprozess, hat er einen **Weiterbeschäftigungsanspruch**.

6. Rechtsprechungs-ABC

Hier sind einige der wichtigsten **Entscheidungen** zum Thema Betriebsübergang - Kündigung **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern hinterlegt.

6.1 Angehörigenkündigung

In Franchise- und Pachtverträgen (hier: Tankstelle) wird vielfach die Klausel verwendet, dass der Betreiber/Pächter die **Arbeitsverhältnisse mit Familienangehörigen** im Fall einer Betriebsnachfolge auf seine Kosten **beenden** soll oder ansonsten Verpächter und Nachfolger von sämtlichen Beendigungskosten freizustellen hat. Eine derartige Klausel ist mit § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und § 613a Abs. 4 BGB nicht vereinbar. Sie ist unangemessen i.S.d. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB - und damit unwirksam (BGH, 23.03.2006 - III ZR 102/05).

6.2 Anlass

Das Kündigungsverbot greift nicht, wenn der Betriebsübergang lediglich äußerer Anlass, aber nicht **der tragende Grund** der Kündigung ist (BAG, 28.05.1998 - 6 AZR 349/96 - mit weiteren Hinweisen).

6.3 Aufhebungsvertrag -1

Damit § 613a Abs. 4 BGB nicht leerläuft, sind **Umgehungsgeschäfte** illegal. So kann ein Aufhebungsvertrag unwirksam sein, wenn das Arbeitsverhältnis mit dem alten Arbeitgeber einvernehmlich aufgehoben und zeitgleich mit dem Betriebserwerber ein neuer Arbeitsvertrag **zu schlechteren Bedingungen** geschlossen wird. Wird allerdings bei einem insolventen Unternehmen zwischen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und dem Neuanfang eine sogenannte **Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft** geschaltet, sprechen sachliche Gründe für die Rechtfertigung dieser Maßnahme (BAG, 18.08.2005 - 8 AZR 523/04).

6.4 Aufhebungsvertrag - 2

Das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 BGB gilt auch für **Umgehungsgeschäfte**. Soll ein im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang geschlossener Aufhebungsvertrag das Arbeitsverhältnis wirklich beenden und nicht bloß die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses aufheben, ist er durchaus zulässig. Das gilt auch, wenn zugleich ein Übertritt des Arbeitnehmers in eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft (**Transfergesellschaft**) vereinbart wird. Aber: Spiegelt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer **wahrheitswidrig** vor, dass der Betrieb stillgelegt werden soll, während tatsächlich ein Betriebsübergang geplant ist, muss dem Aufhebungsvertrag die Wirksamkeit versagt werden (BAG, 23.11.2006 - 8 AZR 349/06).

6.5 Aufhebungsvertrag - 3

Wenn der **Insolvenzverwalter** die Betriebstätigkeit des Insolvenzschuldners einstellt, danach einem Dritten die bisherigen Betriebsmittel zur Nutzung überlässt und dieser Dritte dann mit den übernommenen Betriebsmitteln und den Mitarbeitern der Insolvenzschuldnerin deren **wirtschaftliche Tätigkeit fortführt**, ist das ein Betriebsübergang. Dabei ist es nicht erforderlich, dass die Betriebsmittel aufgrund eines wirksamen Kaufvertrags erworben werden und in das **Eigentum des Dritten** übergehen. Schließt der Insolvenzverwalter mit einem Arbeitnehmer im zeitlichen Zusammenhang mit dem Betriebsübergang einen Aufhebungsvertrag, ist dieser Aufhebungsvertrag als unzulässige Umgehung des Kündigungsverbots wegen Betriebsübergangs - § 613a Abs. 4 BGB - unwirksam (BAG, 25.10.2007 - 8 AZR 917/06).

6.6 Aufhebungsvertrag - 4

Der Abschluss eines Aufhebungsvertrags **mit dem Betriebsveräußerer** und der damit zusammenhängende **Abschluss eines Arbeitsvertrags mit einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft** ist trotz eines anschließenden Betriebsübergangs grundsätzlich wirksam. Vorausgesetzt, die Vereinbarung ist auf das

endgültige **Ausscheiden des Mitarbeiters** aus dem Betrieb gerichtet. Bezweckt der Aufhebungsvertrag nur die Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses unter gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes, weil parallel dazu ein neues Arbeitsverhältnis vereinbart oder in Aussicht gestellt wird, liegt eine Umgehung des § 613a BGB vor. Mit der Folge, dass der Aufhebungsvertrag deswegen nach § 134 BGB nichtig ist (BAG, 18.08.2011 - 8 AZR 312/10).

6.7 Auflösungsantrag - 1

Hat der **bisherige Inhaber** gekündigt und der Arbeitnehmer gegen diese Kündigung geklagt, muss er seinen Auflösungsantrag nach dem während des Kündigungsschutzprozesses erfolgten Betriebsübergang **gegen den neuen Inhaber** richten. Der frühere Arbeitgeber ist in diesem Fall nicht mehr passiv legitimiert. Schließlich kann der Arbeitnehmer auch nicht mehr geltend machen, die **Fortsetzung der Beschäftigung** beim alten Arbeitgeber sei ihm i.S.d. § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG nicht zuzumuten (BAG, 20.03.1997 - 8 AZR 769/95).

6.8 Auflösungsantrag - 2

Der Arbeitgeber, der **vor einem Betriebsübergang** eine Kündigung ausgesprochen hat und gegen den der Kündigungsschutzprozess weiter geführt wird, kann trotz des Verlusts seiner Arbeitgeberposition einen Auflösungsantrag nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG stellen. Dieses Recht steht ihm zumindest dann zu, wenn der **Auflösungszeitpunkt** vor dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs liegt. Immer wird natürlich vorausgesetzt, dass die Kündigung sozial nicht gerechtfertigt und eine den Betriebszwecken dienende **weitere Zusammenarbeit** zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht zu erwarten ist (BAG, 24.05.2005 - 8 AZR 246/04).

6.9 Außerordentliche Kündigung

Bei älteren Mitarbeitern mit tariflichem Kündigungsschutz kann **in Ausnahmefällen** auch eine betriebsbedingte außerordentliche Kündigung ausgesprochen werden. Es muss allerdings auch hier ein wichtiger Grund im Sinn des § 626 Abs. 1 BGB vorliegen. Der Arbeitgeber hat darzulegen, dass er ohne die außerordentliche Kündigungsmöglichkeit gezwungen wäre, über viele Jahre hinweg ein **sinnentleertes Arbeitsverhältnis** allein durch Entgeltzahlungen, denen keine entsprechende Arbeitsleistung gegenübersteht, aufrecht zu erhalten. Widerspricht der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen neuen Arbeitgeber, hat der Arbeitgeber vor der Kündigung alle möglichen **Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten** auszuschöpfen (BAG, 29.03.2007 - 8 AZR 538/06).

6.10 Befristung

Wenn § 613a Abs. 4 BGB nicht leerlaufen soll, muss er auch bei **Umgehungsgeschäften** Anwendung finden. So ist die Befristung eines Arbeitsverhältnis unwirksam, wenn sie darauf abzielt, den über § 613a BGB bezweckten **Bestandsschutz bei einem Betriebsübergang** zu vereiteln (BAG, 15.02.1995 - 7 AZR 680/94). § 613a Abs. 4 BGB ist ein **eigenständiges Kündigungsverbot**, das unabhängig von der Frage gilt, ob das Kündigungsschutzgesetz auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet (BAG, 31.01.1985 - 2 AZR 530/83).

6.11 Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft

Eine **dreiseitige Vereinbarung** zwischen Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft, nach der Mitarbeiter vor dem Betriebsübergang vom Betriebsveräußerer in die Gesellschaft wechseln sollen, ist wirksam, wenn sie auf **das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers** aus dem Betrieb gerichtet ist. Sie verstößt allerdings gegen zwingendes Recht, wenn mit ihr bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes die **Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses** bezweckt wird. Davon muss man ausgehen, wenn die Betriebserwerberin den Arbeitnehmern schon verbindlich neue Arbeitsverhältnisse in Aussicht gestellt hat. Dann soll der 3-seitige Vertrag die Rechtsfolgen des § 613a BGB umgehen (BAG, 18.08.2011 - 8 AZR 312/10).

6.12 Betriebsbedingte Kündigung

Werden **Dienstleistungen** ausgelagert, gehört zu einem Betriebsübergang, dass übernommene Betriebsmittel beim früheren Arbeitgeber die Qualität eines organisatorisch verselbstständigten Betriebsteils hatten. Dafür reicht es nicht aus, dass bloß Aufgaben (Funktionsnachfolge), aber keine **teilbetriebliche Organisation** übernommen wird. Fallen die übernommenen Aufgaben weg, ist der Weg für eine betriebsbedingte Kündigung offen (BAG, 27.10.2005 - 8 AZR 45/05).

6.13 Betriebsstilllegung

Wenn sich ein Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess darauf beruft, der Betrieb sei von seinem bisherigen Arbeitgeber nicht stillgelegt, sondern an einen neuen Inhaber übertragen und aus diesem Grund sei ihm gekündigt worden, dann muss der Arbeitgeber die **Tatsachen beweisen**, die seine Kündigung bedingen. Er muss vortragen und nachweisen, dass die Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Ist dann kein Betriebsübergang festzustellen und wird der **Betrieb** auch **nicht fortgeführt**, ist die daraufhin erfolgende Kündigung wegen einer Betriebsstilllegung sozial gerechtfertigt (BAG, 26.04.2007 - 8 AZR 695/05 - mit dem Hinweis, dass die Veräußerung eines Betriebs allein keine Betriebsstilllegung ist).

6.14 Eigenkündigung

Sorgt der Arbeitgeber vor einem Betriebsübergang dafür, dass seine Mitarbeiter selbst kündigen, ist diese **Situation** mit der Rechtslage vergleichbar, in der ein Arbeitgeber seine Mitarbeiter zum **Abschluss von Aufhebungsverträgen** bewegt. Soweit es die Bewertung der Eigenkündigung betrifft, kommt es darauf an, ob sie das Arbeitsverhältnis tatsächlich beenden oder nur die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem **Erhalt des Arbeitsplatzes** brechen soll. Letzteres ist anzunehmen, wenn zusammen mit der verlangten Eigenkündigung ein neues Arbeitsverhältnis begründet wird oder der kündigende Arbeitnehmer davon ausgeht, dass er vom Betriebserwerber eingestellt wird (BAG, 27.09.2012 - 8 AZR 826/11 - mit der Auffassung, dass auch eine Eigenkündigung nach § 134 BGB unwirksam sein kann, wenn sie eine Umgehung des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB darstellt).

6.15 Einjähriges Kündigungsverbot?

Die irrige Auffassung vieler Arbeitgeber und Arbeitnehmer, **nach einem Betriebsübergang** dürfe ein Jahr lang nicht gekündigt werden, gehört zu den Rechtsansichten, die ebenso falsch wie unausrottbar sind. § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB sieht nach einem Betriebsübergang lediglich ein Änderungsverbot für Rechte und Pflichten vor, die aus einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung stammen. "Einzelvertraglich begründete Vertragsbedingungen unterfallen demgegenüber dem Regelungsbereich des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB . Dieser sieht kein Verbot der Abänderung einzelvertraglicher Regelungen vor, weshalb die Arbeitsvertragsparteien auch anlässlich eines Betriebsübergangs privatautonom Vertragsänderungen vornehmen können (und dazu gehört auch eine Kündigung, Anm. d. Verf.)" (BAG, 12.09.2013 - 6 AZR 512/12).

6.16 Erwerberkonzept

Kündigt der **Veräußerer** unter Bezugnahme auf sein Erwerberkonzept, verstößt das nicht gegen § 613a Abs. 4 BGB , wenn ein **verbindlicher Grundriss oder ein Sanierungsplan** des Erwerbers vorliegt, dessen Durchführung im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits **greifbare Formen** angenommen hat (BAG, 20.03.2003 - 8 AZR 97/02 - mit dem Hinweis, dass § 613a Abs. 4 BGB keine "künstliche Verlängerung" des Arbeitsverhältnisses bezwecke, wenn die fehlende Beschäftigungsmöglichkeit beim Erwerber vorhersehbar sei).

6.17 Feststellungsklage

Schließen Arbeitnehmer und Betriebserwerber nach Ausspruch der **Kündigung durch den Insolvenzverwalter** als Betriebsveräußerer eine **Vereinbarung über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses**, braucht die auf § 613a Abs. 4 BGB gestützte Feststellungsklage des Arbeitnehmers ein **besonderes Rechtsschutzbedürfnis** (LAG Hamm, 04.06.2002 - 4 Sa 80/02 - mit dem Hinweis, dass dieses besondere Rechtsschutzinteresse fehlt, wenn sich der Arbeitnehmer lediglich auf Vergütungsdifferenzen aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens beruft).

6.18 Fortbestandssicherung

Wenn es nach einer zurückgenommenen **Kündigung mit Freistellung** zu einem Betriebsübergang kommt, muss der Arbeitnehmer den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses zum Betriebserwerber nach **Kenntniserlangung vom Betriebsübergang** geltend machen. Dieses Recht kann **verwirken**. Allein ein Zeitablauf von fünf Monaten reicht dafür allerdings nicht aus, wenn der Arbeitgeber keine Umstände oder Dispositionen im Hinblick auf den Arbeitsplatz vorträgt (BAG, 18.12.2003 - 8 AZR 621/02).

6.19 Fortsetzungsverlangen

Ein wirksam **betriebsbedingt gekündigter Arbeitnehmer** muss sein Fortsetzungsverlangen gegenüber dem Betriebserwerber **unverzüglich** nach Kenntniserlangung vom Betriebsübergang geltend machen. Diese **Unverzüglichkeitsregel** gilt allerdings **nicht für ungekündigte Arbeitnehmer**. Nach allgemeinen Grundsätzen kann ein verspätetes Fortsetzungsverlangen jedoch verwirken (BAG, 18.12.2003 - 8 AZR 621/02).

6.20 Heimarbeitsverhältnisse

§ 613a BGB ist auf Heimarbeitsverhältnisse, weder unmittelbar noch mittelbar, **nicht anzuwenden** (BAG, 24.03.1998 - 9 AZR 218/97).

6.21 Insolvenz

Liegt **kein Betriebsübergang** vor und wird der Betrieb auch nicht fortgeführt, ist eine daraufhin erfolgende **Kündigung wegen Betriebsstilllegung** durch den Insolvenzverwalter sozial gerechtfertigt (BAG, 26.04.2007 - 8 AZR 695/05).

6.22 KSchG-Wartezeit

Während das Kündigungsverbot aus § 613a Abs. 4 BGB für alle Arbeitnehmer und unabhängig von ihrer Beschäftigungszeit gilt, greift der KSchG-Kündigungsschutz nur bei Arbeitsverhältnissen, die im Zeitpunkt der Kündigung beim selben Arbeitgeber ununterbrochen länger als sechs Monate bestehen. Dabei hat ein Betriebs(teil)übergang vom alten auf einen neuen Arbeitgeber keinen Einfluss auf diese Wartezeit. Diese Rechtsfolge ergibt sich unmittelbar aus § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB . "Selbst dann, wenn das Arbeitsverhältnis mit dem Veräußerer im Zuge des Betriebs(teil)übergangs durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag aufgelöst und anschließend ein neues Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber begründet wird, schließt dies die Anrechnung der beim früheren Betriebsinhaber erbrachten Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers nicht von vornherein aus." Der Betriebserwerber steht wegen des Betriebs(teil)übergangs so, als bestünden die arbeitsrechtlichen Beziehungen des Mitarbeiters zum Betriebsveräußerer weiter. Wenn eine kurze Unterbrechung im Verhältnis alter Arbeitgeber/Arbeitnehmer unschädlich ist, ist sie auch im Verhältnis neuer Arbeitgeber/Arbeitnehmer unschädlich (BAG, 20.02.2014 - 2 AZR 859/11).

6.23 Kündigung

Der Betriebserwerber tritt nach § 613a Abs. 1 BGB in die **Rechte und Pflichten** aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Zu diesen Rechten gehört aber **nicht der Kündigungsschutz**. Er geht nämlich nicht mit auf den Erwerber über, wenn im Erwerberbetrieb die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 KSchG nicht vorliegen, weil der notwendige **Schwellenwert** nicht erreicht wird (BAG, 15.02.2007 - 8 AZR 397/06).

6.24 Kündigungsfrist

Findet ein **Betriebsinhaberwechsel** statt, sind die **beim Betriebsveräußerer zurückgelegten Beschäftigungszeiten** bei der Berechnung der Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 2 BGB zu berücksichtigen. Das ist auch dann der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des Betriebsübergangs **kurzfristig unterbrochen** war, beide Beschäftigungszeiten jedoch in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen (BAG, 18.09.2003 - 2 AZR 330/02 - hier: Kündigung durch Insolvenzverwalter mit anschließender nahtloser Weiterbeschäftigung durch den Übernehmer aufgrund eines neuen Arbeitsvertrages).

6.25 Kündigungsschutzklage - 1

Richtet der gekündigte Arbeitnehmer seine Kündigungsschutzklage gegen den **Betriebsveräußerer** und behauptet er, der Betrieb sei bereits **vor der Kündigung auf den Erwerber** übergegangen, macht dies seine **Klage bereits unschlüssig**. Zum Zeitpunkt der Kündigung kann dann ja kein Arbeitsverhältnis mehr zum Betriebsveräußerer bestanden haben. Er ist der falsche Klagegegner (BAG, 20.03.2003 - 8 AZR 312/02).

6.26 Kündigungsschutzklage - 2

"1. Der scheinbar nur den Betriebserwerber betreffende Antrag eines Arbeitnehmers festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund eines Betriebsübergangs zum Erwerber besteht, kann **zugleich gegen den Betriebsveräußerer** gerichtet sein. 2. Hat nach dem möglichen Betriebsübergang der Veräußerer das Arbeitsverhältnis gekündigt und hat der Arbeitnehmer deshalb gegen ihn **hilfsweise** Kündigungsschutzklage erhoben, handelt es sich bei dieser in einem solchen Fall um eine **objektive Eventualklage** innerhalb eines zum Veräußerer bereits unbedingt bestehenden Prozessrechtsverhältnisses . Eine in subjektiver Hinsicht bedingte - unzulässige - Klagehäufung liegt dann nicht vor. 3. Ein Arbeitgeber, der keine eigenen Arbeitnehmer mehr beschäftigen will, ist zur Vermeidung einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung eines tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nicht verpflichtet, die Möglichkeit einer 'Gestellung' des betreffenden Arbeitnehmers an einen anderen Arbeitgeber zu sondieren" (BAG, 24.09.2015 - 2 AZR 562/14 - Leitsätze).

6.27 Mehrere Erwerber

"Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen ist im Fall eines Unternehmensübergangs, an dem **mehrere Erwerber** beteiligt sind, dahin auszulegen, dass die Rechte und Pflichten aus einem Arbeitsvertrag auf jeden der Erwerber anteilig entsprechend der vom betreffenden Arbeitnehmer wahrgenommenen Aufgaben übergehen, sofern die daraus folgende Aufspaltung des Arbeitsvertrags möglich ist und weder eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen nach sich zieht noch die Wahrung der durch diese Richtlinie gewährleisteten Ansprüche berührt, was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist. Sollte sich eine solche Aufspaltung als unmöglich herausstellen oder die Ansprüche dieses Arbeitnehmers beeinträchtigen, wäre bei der etwaigen nachfolgenden **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** nach Art. 4 dieser Richtlinie davon auszugehen, dass sie **durch den oder die Erwerber** erfolgt ist, auch wenn sie vom Arbeitnehmer ausgegangen sein sollte" (EuGH, 26.03.2020 - C-344/18 - Leitsätze - Belgien).

Art. 4 Abs. 2 der RL 2001/23/EG lautet: "Kommt es zu einer Beendigung des Arbeitsvertrags oder Arbeitsverhältnisses, weil der Übergang eine **wesentliche Änderung der Arbeitsbedingungen** zum Nachteil des Arbeitnehmers zur Folge hat, so ist davon auszugehen, dass die Beendigung des Arbeitsvertrags oder Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber erfolgt ist."

6.28 Nichtübergangsabrede

Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag bedarf nach § 623 BGB der Schriftform. Dieses **Schriftformerfordernis** gilt für die Abrede eines Nichtübergangs des Arbeitsverhältnisses zwischen einem vermeintlichen Betriebserwerber und einem betroffenen Arbeitnehmer nicht (LAG Hamm, 22.05.2002 - 3 Sa 1900/01).

6.29 Passivlegitimation

Die Passivlegitimation, d.h. die Eigenschaft, **der richtige Beklagte** zu sein, hat der **Arbeitgeber**, der das Arbeitsverhältnis vor einem Betriebsübergang gekündigt hat, für die gerichtliche Klärung der Wirksamkeit der Kündigung auch noch nach dem Betriebsübergang (BAG, 18.03.1999 - 8 AZR 306/98).

6.30 "Pre-Pack" vor Insolvenz

"Die Richtlinie 2001/23/EG ... zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die **Wahrung von Ansprüchen** der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen - und insbesondere ihr Art. 5 Abs. 1 - ist dahin auszulegen, dass der in den Art. 3 und 4 dieser Richtlinie gewährleistete Schutz der Arbeitnehmer in einer **Situation** wie der des Ausgangsverfahrens aufrechterhalten wird, in der der Übergang eines Unternehmens im Anschluss an eine Konkursöffnung im Zusammenhang mit einem Pre-pack stattfindet, das vor der Konkursöffnung vorbereitet und unmittelbar danach vollzogen wird und in dessen Rahmen u.a. ein von einem Gericht bestellter Verwalter in spe die Möglichkeiten für eine **etwaige Fortführung der Tätigkeiten** dieses Unternehmens durch einen Dritten prüft und sich darauf vorbereitet, kurz nach der Konkursöffnung Handlungen vorzunehmen, um diese Fortführung zu verwirklichen, und dass es insoweit im Übrigen nicht darauf ankommt, dass dieses Pre-pack auch die Maximierung des Erlöses aus der Übertragung für die Gesamtheit der Gläubiger des in Rede stehenden Unternehmens zum Ziel hat" (EuGH, 22.06.2017 - C-126/16 - Leitsatz - Niederlande).

6.31 Prozessvergleich

Hat der ursprüngliche Betriebsinhaber eine **Änderungskündigung** ausgesprochen und schließt der Arbeitnehmer mit seinem ursprünglichen Vertragsarbeitgeber im Kündigungsschutzprozess vor Gericht einen Beendigungsvergleich, wirkt dieser Vergleich - soweit es die Beendigung des Arbeitsverhältnisses betrifft - auch für und gegen den Betriebserwerber (BAG, 24.08.2006 - 8 AZR 574/05 - mit dem Hinweis, dass dies zumindest dann gilt, wenn der Nachfolger die Beendigungsvereinbarung ausdrücklich oder stillschweigend nach § 177 BGB genehmigt).

6.32 Rationalisierung

Soll eine Kündigung der Rationalisierung (**Verkleinerung**) des Betriebs zur **Verbesserung der Verkaufschancen** dienen, liegt keine Kündigung wegen des Betriebsübergangs vor. Ein Rationalisierungsgrund liegt vor, wenn der Betrieb ohne die Rationalisierung stillgelegt werden müsste. Dabei ist eine Rationalisierung auch **während einer Betriebspause** möglich. Der Betriebsinhaber muss nicht beabsichtigen, den Betrieb selbst fortzuführen (BAG, 18.07.1996 - 8 AZR 127/94).

6.33 Rechtskraft

Die Rechtskraft **eines Urteils** wirkt nach § 325 Abs. 1 ZPO für und gegen die **Parteien** und die Personen, die nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit **Rechtsnachfolger der Parteien** geworden sind. Das rechtskräftige Urteil aus einem Rechtsstreit zwischen Arbeitnehmer und bisherigem Betriebsinhaber, das die Unwirksamkeit einer Kündigung nach § 613a Abs. 4 BGB feststellt, hat keine **Wirkung auf den Erwerber**, wenn der behauptete Betriebsübergang bereits vor Eintritt der Rechtshängigkeit der Kündigungsschutzklage vollzogen wurde (BAG, 08.09.1998 - 3 AZR 185/97).

6.34 Sanierungskonzept

Kündigt der **Insolvenzverwalter** aufgrund eines Sanierungskonzepts, verstößt seine Kündigung nicht gegen § 613a Abs. 4 BGB . Eine Kündigung läuft § 613a Abs. 4 BGB dann nicht zuwider, wenn sie jeder Betriebsinhaber - und zwar unabhängig von der Veräußerung des Unternehmens - **aus betriebsbedingten Gründen** sowieso hätte vornehmen dürfen. Bei Umsetzung eines Sanierungskonzepts liegt ohne Weiteres ein eigenes betriebliches Erfordernis für den derzeitigen Betriebsinhaber vor, das die Kündigung unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 KSchG rechtfertigen kann (BAG, 20.09.2006 - 6 AZR 249/05).

6.35 Schwerbehinderung - 1

Der besondere **Kündigungsschutz** Schwerbehinderter nach den §§ 85 ff. SGB IX greift auch im Fall eines Betriebsübergangs. Eine **Verwirkung** des Kündigungsschutzes setzt unter anderem voraus, dass der Arbeitgeber weder Schwerbehinderung noch Antrag kennt und deshalb nicht mit der Zustimmungspflichtigkeit der Kündigung rechnen muss. Dabei muss sich der Betriebserwerber die **Kenntnis des Betriebsveräußerers** von der Schwerbehinderteneigenschaft des Mitarbeiters zurechnen lassen. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB will sicherstellen, dass ein Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten übergeht - und dazu gehört eben auch der SGB IX -Sonderkündigungsschutz (BAG, 11.12.2008 - 2 AZR 395/07).

6.36 Schwerbehinderung - 2

Bekommt der **Insolvenzverwalter** die Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers, wirkt die ihm erteilte Zustimmung nicht für die Kündigung, die der **Betriebswerber** dann gegenüber dem schwerbehinderten Mitarbeiter erklärt. § 87 Abs. 1 Satz 1 SGB IX schreibt vor, dass *"der Arbeitgeber"* die Zustimmung zu beantragen hat. Nach § 88 Abs. 2 Satz 1 SGB IX ist die Zustimmung *"dem Arbeitgeber"* zuzustellen. Wenn der letzte **Vertragsarbeitgeber** die Zustimmung nicht beantragt hat und ihm der Zustimmungsbescheid auch nicht erteilt worden ist, gibt es keine vorherige Zustimmung i.S.d. § 85 SGB IX für die dann vom Vertragsarbeitgeber erklärte Kündigung (BAG, 15.11.2012 - 8 AZR 827/11).

6.37 Sozialauswahl

Entschließt sich der Arbeitgeber auf der einen Seite zu einer **Teilbetriebsstilllegung** und auf der anderen Seite zu einem **Betriebsteilübergang**, ist auch in diesem Fall nicht auf das Erfordernis Sozialauswahl aus § 1 Abs. 3 KSchG zu verzichten. *"Bei einer betriebsbedingten Kündigung eines Arbeitnehmers des stillzulegenden Betriebsteils sind bei der Sozialauswahl auch diejenigen vergleichbaren Arbeitnehmer zu berücksichtigen, die zur Zeit der Kündigung dem später zu übertragenden Betriebsteil angehören."* Die **Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer** in dem stillzulegenden und dem später übergehenden Betriebsteil wird durch das Kündigungsverbot in § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB nicht ausgeschlossen (BAG, 14.03.2013 - 8 AZR 155/12).

6.38 Spaltung

Der **Insolvenzverwalter** kann das Arbeitsverhältnis von Mitarbeitern eines abgespaltenen Unternehmens wegen einer Betriebsstilllegung nach § 113 InsO mit der dort vorgesehenen **Kündigungsfrist** kündigen. Die 3-monatige Kündigungsfrist des § 113 InsO verdrängt sogar eine etwaige **Unkündbarkeitsklausel** in einer Betriebsvereinbarung. Diesem Ergebnis steht selbst § 323 Abs. 1 UmwG - keine Verschlechterung der kündigungsrechtlichen Stellung innerhalb der nächsten zwei Jahre nach der Spaltung oder Teilübertragung - nicht entgegen (BAG, 22.09.2005 - 6 AZR 526/04).

6.39 Stilllegung

Ein Arbeitgeber, der zunächst alle Arbeitnehmer entlässt und damit seine betriebliche Organisation auflöst, kann später einen **Sozialplan** nicht mit der Begründung verweigern, seine **Kündigungen** wären unwirksam, weil sie nicht wegen einer Stilllegung, sondern **in Wirklichkeit wegen eines Betriebsübergangs** erfolgt seien (BAG, 27.06.1995 - 1 ABR 62/94).

6.40 Umgehungsgeschäft - 1

Behauptet ein Arbeitnehmer, ein **Aufhebungsvertrag** sei nur deswegen geschlossen worden, damit das **Kündigungsverbot** aus § 613a Abs. 4 BGB umgangen wird, trägt er dafür im Rechtsstreit die **Darlegungs- und Beweislast** (BAG, 23.11.2006 - 8 AZR 349/06).

6.41 Umgehungsgeschäft - 2

Gründet ein Kommunalunternehmen, das Krankenhäuser betreibt, eine Service GmbH und übernimmt diese Service GmbH alle Reinigungskräfte dieser Krankenhäuser, so liegt darin ein **Teilbetriebsübergang**, wenn die GmbH im Weg der Arbeitnehmerüberlassung alle übernommenen Reinigungskräfte an das Kommunalunternehmen zurückentleiht und diese dort die gleichen Tätigkeiten verrichten wie bisher. Schließen Arbeitnehmer mit dem Kommunalunternehmen **Aufhebungsverträge** um anschließend von der Service GmbH übernommen zu werden, sind diese Aufhebungsverträge wegen **Umgehung des Kündigungsverbots** in § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB unwirksam (BAG, 21.05.2008 - 8 AZR 481/07).

6.42 Unterrichtungspflicht

Die 1-monatige **Widerspruchsfrist** nach § 613a Abs. 6 BGB läuft nicht, wenn die Belehrung nach § 613a Abs. 5 BGB nicht erfolgt ist. Auf eine **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** hat das Fehlen der Belehrung

dagegen keine Auswirkung. So führt die Verletzung der Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB selbst unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben **nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung** (BAG, 24.05.2005 - 8 AZR 398/04).

6.43 Veräußererkündigung nach Betriebsübergang

Nach § 613a Abs. 4 BGB ist die Kündigung von Arbeitsverhältnissen *"wegen"* eines Betriebs(teil)übergangs unwirksam - wobei es § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB egal ist, ob die Kündigung durch *"den bisherigen oder durch den neuen Inhaber"* erfolgt. Zum **Zeitpunkt des Zugangs** der Kündigung muss mit dem kündigenden Arbeitgeber jedenfalls (noch) **ein Arbeitsverhältnis bestehen**. Das Arbeitsgericht kann - punktuelle Streitgegenstandstheorie - nur dann über eine Kündigungsschutzklage entscheiden, wenn die zugrunde liegende Kündigung ein (noch) bestehendes Arbeitsverhältnis beenden soll. Kündigt der Betriebsveräußerer nach dem Betriebsübergang, geht seine **Kündigung ins Leere** - mit dem weiteren Ergebnis, dass die Kündigungsschutzklage unbegründet ist (BAG, 20.03.2014 - 8 AZR 1/13).

6.44 Vorbeschäftigung

Geht ein Betriebsteil auf einen neuen Inhaber über, müssen die **beim Veräußerer zurückgelegten Beschäftigungszeiten** nach § 1 Abs. 1 KSchG bei Prüfung der vom Erwerber ausgesprochenen Kündigung **berücksichtigt** werden (BAG, 05.02.2004 - 8 AZR 639/02).

6.45 Wechsel in eine B & Q-Gesellschaft

Schließen Arbeitnehmer, Arbeitgeber und eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft (B & Q) einen **3-seitigen Vertrag**, nach dem der Arbeitnehmer vom Betriebsveräußerer zu einer B & Q-Gesellschaft wechseln soll, ist so eine Vereinbarung **unwirksam**, wenn es für den Arbeitnehmer klar absehbar ist, dass seine Neueinstellung unmittelbar danach durch den Betriebserwerber erfolgen soll (hier: Auflösung des Arbeitsverhältnis zum 31.05. 24:00 Uhr, Neubeginn des Arbeitsverhältnisses mit der B & Q-Gesellschaft am 01.06. um 00:00 Uhr und neuer Arbeitsvertrag mit dem Erwerber ab 00:30 Uhr des 01.06.). Ein Vertrag dieser Art hat offensichtlich nur den Zweck, die Rechtsfolgen des § 613a BGB zu umgehen und die **Kontinuität des Arbeitsverhältnisses** zu brechen (BAG, 25.10.2012 - 8 AZR 572/11).

6.46 "wegen des Betriebsübergangs"

§ 613a Abs. 4 Satz 2 BGB lässt das „Recht zur **Kündigung** des Arbeitsverhältnisses **aus anderen Gründen**“ unberührt . Das heißt, nicht jede Kündigung, die nur irgendwie im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang ausgesprochen wird, ist gleich nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB unwirksam. § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB schützt nur vor Kündigungen, die gerade „wegen des Betriebsübergangs“ ausgesprochen werden. Das Kündigungsverbot aus § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB greift nicht, wenn „der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebserwerber widersprochen hat und der Arbeitgeber nunmehr **wegen des Fehlens einer Beschäftigungsmöglichkeit** kündigt“ (BAG, 08.05.2014 – 2 AZR 1005/12 mit Hinweis auf BAG, 24.02.2000 - 8 AZR 145/99 und BAG, 21.03.1996 - 2 AZR 559/95).

6.47 Weiterbeschäftigungsanspruch - 1

Kommt es **nach Zugang der Kündigung** während des Laufs der Kündigungsfrist bei einer ursprünglich beabsichtigten **Betriebsstilllegung** doch noch zu einem Betriebsübergang, gibt es einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung. Die **Geltendmachung** dieses Anspruchs ist aber nicht unbefristet möglich. Der Arbeitnehmer muss ihn unverzüglich, d.h. spätestens **innerhalb von drei Wochen** nach Kenntnis der maßgeblichen Umstände des Betriebsübergangs, gegen den Erwerber geltend machen (LAG Hamm, 11.05.2000 - 4 Sa 1469/99 - mit Hinweis auf die dreiwöchige Widerspruchsfrist und BAG, 12.11.1998 - 8 AZR 265/97).

6.48 Weiterbeschäftigungsanspruch - 2

§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 lit. b) KSchG macht Kündigungen sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer "an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann" und der Betriebsrat der Kündigung widersprochen hat. Dieser Widerspruch ist

nach der BAG nicht mal erforderlich, um die Kündigung sozial ungerechtfertigt zu machen, wenn für den gekündigten Arbeitnehmer **tatsächlich eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit** besteht. Aber: "Aus diesem gesetzlichen Schutz des Arbeitnehmers vor betriebsbedingten Arbeitgeberkündigungen ist nicht die Verpflichtung des Arbeitgebers abzuleiten, einen Arbeitnehmer, der einem gemäß § 613a Abs. 1 BGB auf einen Erwerber übergegangenen Betrieb zugeordnet war, **einem anderen Betrieb zuzuordnen**, wenn er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber widersprochen hat" (BAG, 21.02.2013 - 8 AZR 877/11).

6.49 Wiedereinstellungsanspruch - 1

Wird ein Arbeitsverhältnis wegen **Betriebsstilllegung** wirksam gekündigt, hat der gekündigte Arbeitnehmer gegen den Insolvenzverwalter keinen Wiedereinstellungsanspruch, wenn das Unternehmen an einen Dritten verkauft wird. Bei einem **Betriebsübergang während eines Insolvenzverfahrens** überwiegt das Interesse an einer beschleunigten und rechtssicheren Abwicklung der Beendigungsstreitigkeiten. Dabei ist aus nationalem Recht für diesen Fall - gleichgültig, ob es sich um eine **zerschlagende oder sanierende Insolvenz** handelt - kein Wiedereinstellungsanspruch herzuleiten (BAG, 13.05.2004 - 8 AZR 198/03).

6.50 Wiedereinstellungsanspruch - 2

Kommt es nach **Fristablauf einer insolvenzbedingten Kündigung** zu einem Betriebsübergang, besteht weder ein Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses noch ein Anspruch auf Wiedereinstellung. Die **EG-Betriebsübergangsrichtlinie** 2001/23/EG leitet Ansprüche über, begründet aber keine neuen. Hinzu kommt: Im Insolvenzfall widerspricht die Gewährung eines Wiedereinstellungseinspruchs bei Vollzug des Betriebsübergangs nach Ablauf der Kündigungsfrist dem Konzept der Insolvenzordnung, die auf eine schnelle Abwicklung und Sanierung abzielt (BAG, 28.10.2004 - 8 AZR 199/04 - als Bestätigung von BAG, 13.05.2004 - 8 AZR 198/03).

6.51 Wiedereinstellungsanspruch - 3

Scheidet ein Arbeitnehmer im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang via **Aufhebungsvertrag** aus dem Arbeitsverhältnis aus, kommt ein nachträglicher Wiedereinstellungsanspruch nur dann in Betracht, wenn der Aufhebungsvertrag wegen Anfechtung, Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder eines anderen Grunds **unwirksam** ist (BAG, 23.11.2006 - 8 AZR 349/06).

6.52 Wiedereinstellungsanspruch - 4

Der Arbeitgeber ist grundsätzlich zum **Neuabschluss eines Arbeitsvertrags** verpflichtet, wenn sich die maßgebenden Umstände, die der Kündigung zu Grunde lagen, entgegen der ursprünglichen **Prognose** nachträglich ändern. Dieser Grundsatz gilt auch, wenn das Arbeitsverhältnis inzwischen via Betriebsübergang auf einen neuen Arbeitgeber übergegangen ist. Der Anspruch auf Wiedereinstellung geht als **Fortsetzungsanspruch** über § 613a Abs. 1 BGB auf den Betriebsinhaber über (BAG, 25.10.2007 - 8 AZR 989/06).

6.53 Wiedereinstellungsanspruch - 5

Ein Wiedereinstellungsanspruch kommt nach einer wirksamen Kündigung nur dann in Betracht, wenn sich die **Weiterbeschäftigungsprognose des Arbeitgebers** nachträglich als unzutreffend herausstellt. Dazu muss sich zwischen Kündigungserklärung und dem Ablauf der Kündigungsfrist unvorhergesehen eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ergeben. Entsteht sie erst **nach Ablauf der Kündigungsfrist**, ist ein Wiedereinstellungsanspruch nur ganz ausnahmsweise zu bejahen. Er richtet sich gegen den neuen Betriebsinhaber, wenn der Betriebsübergang zwar erst am Tag nach Ablauf der Kündigungsfrist stattgefunden hat, die **Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** jedoch schon während des Fristablaufs entstanden ist und die ursprüngliche Prognose über den entfallenden Beschäftigungsbedarf damit hinfällig wurde (BAG, 21.08.2008 - 8 AZR 201/07 - mit dem Hinweis, dass der Wiedereinstellungsanspruch innerhalb eines Monats nach Kenntniserlangung vom Betriebsübergang geltend zu machen ist).

6.54 Wiedereinstellungsanspruch - 6

Ein Wiedereinstellungsanspruch ist nichts für Arbeitnehmer **in einem Kleinbetrieb** - auch nicht nach einem Betriebsübergang. Einen Wiedereinstellungsanspruch **nach einer Kündigung** haben nur Arbeitnehmer, die in einem KSchG- Betrieb beschäftigt sind und KSchG-Kündigungsschutz haben (= Wartezeit zurückgelegt, Betrieb mit mehr als zehn Arbeitnehmern i.S.d. § 23 Abs. 1 KSchG). Dieser KSchG- Kündigungsschutz muss im **Zeitpunkt des Zugangs** der Kündigung bestehen. Lediglich im Einzelfall - für den der Sachverhalt hier jedoch keine Anhaltspunkte hergab - kann in einem Kleinbetrieb unter Umständen über § 242 - Treu und Glauben - ein Wiedereinstellungsanspruch entstehen (BAG, 19.10.2017 - 8 AZR 845/15) .

6.55 Wiedereinstellungsanspruch - 7

Ein Wiedereinstellungsanspruch kann nach BAG-Auffassung auch in Betracht kommen, "wenn es noch **während des Laufs der Kündigungsfrist** zu einem Betriebs(teil)-übergang und damit zur **Fortführung des Betriebs oder Betriebsteils** kommt, dem der Arbeitnehmer zugeordnet ist" (s. dazu BAG, 15.12.2011 - 8 AZR 197/11 - und BAG, 13.05.2004 - 8 AZR 198/03). Geht der Betrieb(steil) , in dem der Arbeitnehmer beschäftigt ist, erst **nach Ablauf der Kündigungsfrist** auf den Erwerber über, wird ein Wiedereinstellungsanspruch dagegen nur ausnahmsweise bejaht - z.B. "wenn der Betriebs- oder Betriebsteilübergang bereits während des Laufs der Kündigungsfrist zwar beschlossen, aber noch nicht vollzogen wurde" (s. dazu BAG, 15.12. 2011 - 8 AZR 197/11 ; BAG, 25.09.2008 - 8 AZR 607/07 ; BAG, 21.08.2008 - 8 AZR 201/07 und BAG, 13.05.2004 - 8 AZR 198/03).

Bisher hat der 8. BAG-Senat eine **Ausnahme** "unter Hinweis darauf, dass die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs nicht nur durch die Übernahme materieller und/oder immaterieller Betriebsmittel, sondern auch durch die **willentliche Übernahme der Hauptbelegschaft** erfüllt werden könnten, .. nur für den Fall eines nach Ablauf der Kündigungsfrist durch willentliche Übernahme der Hauptbelegschaft eingetretenen Betriebsübergangs iSv. § 613a BGB angenommen." Die "Anerkennung eines Wiedereinstellungsanspruchs bei einem **nach Ablauf der Kündigungsfrist** durch die Übernahme von materiellen und immateriellen Betriebsmitteln vollzogenen Betriebsübergang" hat das BAG dagegen bislang "ausdrücklich offengelassen" (BAG, 19.10.2017 - 8 AZR 845/15 mit Hinweis auf BAG, 13.05.2004 - 8 AZR 198/03).

6.56 Wiedereinstellungsantrag

Ist eine **Kündigung wegen ernsthaft beabsichtigter Stilllegung** wirksam, scheidet ein Wiedereinstellungsantrag, wenn der **Insolvenzverwalter** gekündigt hat und ein Betriebsübergang oder ein Übergang von abgrenzbaren Betriebsteilen nicht festgestellt werden kann (BAG, 16.05.2002 - 8 AZR 319/01 - hier: Umbenennung eines Firmenmantels).

6.57 Zeitpunkt

Zeitpunkt eines Betriebsübergangs ist der Zeitpunkt, zu dem die **Inhaberschaft**, mit der die Verantwortung für den Betrieb der übertragenen Einheit verbunden ist, auf den Erwerber übergeht. Bei einer **Übertragung in mehreren Schritten** ist der Betriebsübergang jedenfalls in dem Zeitpunkt erfolgt, in dem die wesentlichen, zur Betriebsfortführung erforderlichen Betriebsmittel übergegangen sind und die Entscheidung über den Betriebsübergang nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Ist ein Betriebsübergang bereits vor der Kündigung erfolgt, ist eine Klage gegen den bisherigen Arbeitgeber unbegründet (BAG, 27.10.2005 - 8 AZR 568/04).