

Die GmbH in der Krise

Bauer

7. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-77908-4
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

ist stets die Gesamtwürdigung aller Umstände.¹³² Wesentliche Änderungen in der Organisation, der Struktur und im Konzept können der Identitätswahrung i.R.d. § 613a BGB entgegenstehen.¹³³ Für eine Identitätswahrung ist aber nicht erforderlich, dass die konkrete Organisation der Produktionsfaktoren durch den Erwerber beibehalten wird; es reicht die Beibehaltung der funktionellen Verknüpfung der Wechselbeziehungen und gegenseitigen Ergänzung zwischen diesen Faktoren.¹³⁴

- Voraussetzung für einen Betriebsübergang ist außerdem, dass der **Erwerber** den Betrieb(-steil) auch tatsächlich fortführt,¹³⁵ d.h. **in Besitz nimmt**. Inbesitznahme kann auch durch einen als Betriebsleiter tätigen Besitztiner i.S.d. § 855 BGB vermittelt werden.¹³⁶ Eine bloße Sicherungsübereignung eines Geschäftsbetriebes bewirkt bei Fortbestehen der Nutzungsmöglichkeit durch den bisherigen Inhaber i.d.R. keinen Betriebsübergang. Anders ist es, wenn der Sicherungsnehmer die Betriebsmittel im eigenen Namen nutzt.¹³⁷ Bei tatsächlicher Fortführung durch den Erwerber (Besitz) ist fehlender Eigentumsübergang¹³⁸ oder eine eventuelle aufschiebende Bedingung für den Rechtsübergang unerheblich.¹³⁹ Andererseits bewirkt die bloße vertragliche, nicht eingehaltene Verpflichtung, einen Betrieb zu einem bestimmten Zeitpunkt zu übernehmen, allein noch keinen Betriebsübergang auf diesen Zeitpunkt.¹⁴⁰
- Übergang der wesentlichen **sächlichen Betriebsmittel** (Anlage- und Umlaufvermögen) ist ein Indiz für einen Betriebsübergang. Eigentumserwerb ist hierfür jedoch nicht erforderlich; auch – mittelbarer – Besitz reicht.¹⁴¹ Der EuGH¹⁴² hat aber entschieden, dass ein Betriebsübergang nach Richtlinie 2001/23/EG vom 12.3.2001 auch möglich ist ohne Überlassung eigenwirtschaftlich genutzter Betriebsmittel bei Übernahme eines (Groß-)Auftrages (Fall: Kündigung der Fluggast- und Gepäckkontrolle auf Flughafen ggü. einem Auftragnehmer und Neuvergabe des Auftrages an anderen Auftragnehmer, der wenige Arbeitnehmer des früheren Auftragnehmers einstellte). Daraufhin änderte auch das BAG seine Rechtsprechung dahingehend, dass die eigenwirtschaftliche Nutzung der sächlichen Betriebsmittel für Beurteilung eines Betriebsübergangs als Kriterium für den Betriebsübergang nicht mehr erforderlich ist.¹⁴³ Trotz weitgehend übernommener sächlicher Betriebsmittel ist ein Betriebsübergang nicht anzunehmen, wenn der Erwerber diese wegen eines veränderten

¹³² BAG BB 2010, 1282.

¹³³ BAG ZIP 2006, 1545 und BAG ZIP 2006, 2181 = BB 2007, 46, zB Umorganisation einer Betriebskantine vom früheren Kochen der Speisen zur bloßen Ausgabe fremd zubereiteter Speisen, BAG BB 2010, 1282.

¹³⁴ LAG Düsseldorf ZIP 2010, 1258 „Klarenberg“; dazu Willemsen/Sagan ZIP 2010, 1205 ff.

¹³⁵ BAG DB 1999, 337 = ZIP 1999, 589.

¹³⁶ BAG ZIP 2006, 1145 = NJW 2006, 2141.

¹³⁷ BAG BB 2003, 1793 = ZIP 2003, 1557 = NJW 2003, 3581.

¹³⁸ BAG ZIP 2008, 2376.

¹³⁹ BAG ZIP 2008, 1740 = ZInsO 2008, 759.

¹⁴⁰ BAG ZIP 2008, 2132.

¹⁴¹ BAG ZIP 2006, 1145 = NJW 2006, 2141.

¹⁴² EuGH BB 2006, 272.

¹⁴³ BAG BB 2006, 2697 = DB 2006, 1379 = ZIP 2006, 1268; Hohenstatt/Grau NJW 2007, 29 ff.

Betriebskonzepts nur noch teilweise nutzt, wenn also wegen Änderungen in der Organisation und der Personalstruktur die Gesamtschau keine Fortführung des ursprünglichen Betriebes erkennen lässt.¹⁴⁴

Kein Betriebsübergang ist ferner der Erwerb einzelner, bisher nicht teilbetrieblich organisierter Betriebsmittel.¹⁴⁵

- **Personal:** Starkes Indiz für einen Betriebsübergang ist die Übernahme/Weiterbeschäftigung von Teilen des Personals in vergleichbarer Organisation beim Übernehmer. Steht ein Betriebsübergang bereits aufgrund anderer Kriterien fest (etwa Übergang des gesamten Anlage- und Umlaufvermögens), so ist der Übergang von Arbeitsverhältnissen der Arbeitnehmer Rechtsfolge und nicht Voraussetzung für einen Betriebsübergang. Der Nichtübernahme von Personal kann nur in betriebsmittelarmen Betrieben den Tatbestand des Betriebsübergangs ausschließende Bedeutung zukommen.¹⁴⁶ In Branchen, in denen es hauptsächlich auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, ist Betriebsübergang nur anzunehmen, wenn ein nach Zahl und Sachkunde wesentlicher Teil der Belegschaft übernommen wird; die Fortführung der Tätigkeit durch einen Auftragnehmer ist kein Betriebsübergang.¹⁴⁷ Wird die überwiegende Belegschaft eines nicht betriebsmittelarmen Betriebes (hier: Insolvenzschildnerin) übernommen, ohne dass zugleich Produktionsmittel an den Übernehmer veräußert werden, liegt auch dann kein Betriebsübergang i.S.d. § 613a BGB vor, wenn der Übernehmer diese Beschäftigten im Wege nicht gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung ausschließlich an den Betrieb verleiht, der die Produktionsmittel übernommen hat und den Betrieb fortführt.¹⁴⁸
- **Auftragsverhältnisse:** Für die Konstellation der Auftragsnachfolge kann das BAG die materiellen Betriebsmittel bestimmen, die für einen möglichen Betriebsübergang maßgeblich sein können, ohne stets den EuGH anzurufen.¹⁴⁹ Das für den Bestand eines (sachmittelarmen) Betriebes wesentliche Betriebsmittel kann der (einzige) Dienstleistungsauftrag sein; wird er übertragen, kann das ein Betriebsübergang nach § 613a BGB sein.¹⁵⁰ Das BAG hat einen Betriebsübergang angenommen aufgrund Übergangs eines Auftragsverhältnisses auf neuen Auftragnehmer mit gleicher Nutzung des vom Auftraggeber gestellten wesentlichen Betriebsmittels (hier Schlachthof), der für den Betrieb identitätsstiftend war.¹⁵¹ Jedoch liegt kein Betriebsübergang vor, wenn der neue Auftragnehmer die Aufgaben des Vorgängers im Rahmen einer wesentlich anderen, deutlich größeren Organisationsstruktur und mit einem weitaus größeren Aufgabenumfang fortführt; dann fehlt es an der Fortführung der wirtschaftlichen Einheit unter Wahrung ihrer Identität.¹⁵² Auch liegt kein Betriebsübergang vor bei Auftragssteilung und Erledigung in unterschiedlichen Schichten (Müllsortier-

¹⁴⁴ BAG ZIP 2010, 694.

¹⁴⁵ BAG ZIP 2008, 428.

¹⁴⁶ BAGE 111, 283 = BB 2005, 216.

¹⁴⁷ BAG NZA 2005, 31 = ZIP 2006, 46.

¹⁴⁸ BAG ZInsO 2011, 344 ff. = NZA 2011, 197.

¹⁴⁹ BVerfG ZIP 2015, 445.

¹⁵⁰ LAG Berlin ZIP 2007, 788.

¹⁵¹ BAG BB 2007, 1675 = DB 2007, 1468 = ZIP 2007, 1382.

¹⁵² BAG BeckRS 2007, 48317.

anlage).¹⁵³ Die Übertragung der Funktion Sicherheitsdienst auf ein anderes Sicherheitsunternehmen ohne sachliche Betriebsmittel und ohne Personal ist ebenfalls kein Betriebsübergang i.S.d. § 613a BGB.¹⁵⁴ Die bloße Neuvergabe eines Auftrages an ein anderes Unternehmen ist auch dann kein Betriebsübergang, wenn der Auftrag der einzige des ursprünglichen Auftragnehmers ist.¹⁵⁵ Auch bei nur teilweiser Neuvergabe/Übernahme eines Auftrages bzw. Fortführung in einer anderen Organisation oder in einem anderen Umfang liegt kein Betriebsübergang vor.¹⁵⁶ Die Übernahme von **Kundenbeziehungen** und (Rück-)Beauftragung des bisherigen Unternehmens mit der Erledigung der Aufträge der übernommenen Kunden führt nicht zu einem Betriebsübergang i.S.d. § 613a BGB.¹⁵⁷

- Ein Betriebsübergang wird nicht bereits durch das Fehlen einer (nicht übertragbaren) behördlichen Betriebserlaubnis beim Erwerber ausgeschlossen.¹⁵⁸ Außerdem wird ein Betriebsübergang nicht durch eine anderslautende Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen, etwa die Vereinbarung, dass die Arbeitnehmer Angestellte des Veräußerers bleiben und vom Erwerber im Rahmen eines „Personalgestellungsvertrags“ ausgeliehen werden sollen.¹⁵⁹
- Die Bildung eines **Gemeinschaftsbetriebes** zu gemeinsamer Betriebsfortführung führt nicht zu einem Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Gemeinschaftsbetrieb.¹⁶⁰

bb) Teilbetriebsübergang. Bei lediglich Teilbetriebsübergängen¹⁶¹ kommt es für den Übergang der Arbeitsverhältnisse auf die **Zuordnung** des Arbeitsverhältnisses zu dem übergegangenen Betriebsteil an.¹⁶² 381

Eindeutig ist die Situation bei Unternehmen mit zwei örtlich getrennten Produktionsstätten. Problematisch kann die Zuordnung des Personals aus dem Bereich Verwaltung/Büro bei Übertragung nur einer der abgrenzbaren Produktionsstätten sein.

Voraussetzung für einen Teilbetriebsübergang ist, dass bereits beim Betriebsveräußerer ein selbstständig übertragbarer Betriebsteil vorliegt, also eine organisatorisch verselbstständigte, abgrenz- und abtrennbare Einheit,¹⁶³ die unter Wahrung ihrer Identität beim Erwerber weitergeführt wird.¹⁶⁴ 382

Die Übernahme lediglich einzelner Betriebsmittel führt zu einem Teilbetriebsübergang nur dann, wenn die Betriebsmittel bereits beim früheren Betriebsinhaber

¹⁵³ BAG FD-ArbR 2007, 244019.

¹⁵⁴ BAG BB 2008, 53.

¹⁵⁵ BAG ZIP 2007, 2233.

¹⁵⁶ BAG ZIP 2007, 2233.

¹⁵⁷ BAG NZG 2008, 17.

¹⁵⁸ LAG Berlin-Brandenburg ZIP 2011, 878.

¹⁵⁹ BAG ZIP 2014, 1992.

¹⁶⁰ BAG NZA 2006, 592 = ZIP 2006, 1062.

¹⁶¹ Zum Betriebsteilübergang Plössner NZI 2003, 401 ff.

¹⁶² S. zuletzt für einen übergegangenen Betriebsteil „Verwaltung und Büro“ BAG BeckRS 2003, 41875.

¹⁶³ BAG BeckRS 2006, 44919.

¹⁶⁴ BAG ZIP 2004, A 14 und BAG ZIP 2012, 488 (13.10.2011 – 8 AZR 455/10 „Klarenberg“).

die Qualität eines Betriebsteils hatten.¹⁶⁵ Der EuGH¹⁶⁶ hat einen Betriebsteilübergang bejaht nach Art. 1 Abs. 1 RL 2001/23/EG, wenn Personal von einem Leiharbeitsunternehmen auf ein anderes übergeht und dort die gleichen Tätigkeiten für denselben Auftraggeber ausführt.

- 383 Es verletzt nicht den Schutzzweck des § 613a BGB, wenn nur ein Teilbetrieb übernommen wird und dabei andere – isoliert nicht existenzfähige – Betriebsteilbereiche vom Betriebsübergang ausgenommen werden.¹⁶⁷

Nach Übertl,75ng des Betriebsteils Produktion ist der gesonderte Betriebsteil Logistik/Verpackung nicht mehr existenzfähig und wird daher durch Kündigung der Arbeitnehmer geschlossen.

- 384 Bei beabsichtigter Teilbetriebsstilllegung und Teilbetriebsübergang ist die **Sozialauswahl** auf den ganzen Betrieb bezogen durchzuführen.¹⁶⁸ Bei einem Gemeinschaftsbetrieb muss die Sozialauswahl über den gesamten Betrieb erfolgen, es sei denn, einer der Betriebe ist im Zeitpunkt der Kündigung bereits stillgelegt oder wird aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung bei Ablauf der Kündigungsfrist stillgelegt sein.¹⁶⁹

Der EuGH¹⁷⁰ hat einen Betriebsteilübergang bejaht nach Art. 1 Abs. 1 RL 2001/23/EG, wenn Personal von einem Leiharbeitsunternehmen auf ein anderes übergeht und dort die gleichen Tätigkeiten für denselben Auftraggeber ausführt. Allerdings ist es kein Betriebsteilübergang, wenn ein Leiharbeitsunternehmen von einem anderen Leiharbeitsunternehmen lediglich bestimmte, bei einem Entleiher eingesetzte Arbeitnehmer übernimmt und deren Einsatz beim Entleiher fortführt.¹⁷¹

- 385 **cc) Kein Betriebsübergang.** Nach RL 2001/23/EG und § 613a BGB ist kein Betriebsübergang der Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft mit anschließender Ausübung von Herrschaftsmacht über die Gesellschaft.¹⁷²

- 386 **dd) Geltendmachung.** Die Geltendmachung des Betriebsüberganges kann bei gewissen Umständen und nach gewissem Zeitablauf **verwirkt** werden.¹⁷³ Bei Betriebsteilübergang muss ein wirksam betriebsbedingt gekündigter Arbeitnehmer ein Fortsetzungsverlangen ggü. dem Erwerber **unverzüglich** geltend machen.¹⁷⁴ Der Betriebsrat hat keinen im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens durchsetzbaren Anspruch auf Unterlassen eines Betriebsüberganges.¹⁷⁵

- 387 **ee) Rechtsfolgen
Erwerberhaftung**

Die Arbeitsverhältnisse gehen in ihrem vollständigen rechtlichen Bestand auf den Erwerber über. Beschäftigungsdauern beim Veräußerer sind bei der Beurtei-

¹⁶⁵ BAG NZA 2006, 592 = ZIP 2006, 1062.

¹⁶⁶ EuGH BB 2008, 115 = NZA 2007, 1151.

¹⁶⁷ BAG EWiR 2003, 1073 = ZInsO 2002, 1198.

¹⁶⁸ BAGE 122, 273 = BB 2005, 892 = DB 2005, 673 = ZIP 2005, 412.

¹⁶⁹ BAG DB 2005, 1523 = ZIP 2005, 1189.

¹⁷⁰ EuGH BB 2008, 115.

¹⁷¹ BAG NZG 2014, 672.

¹⁷² BAG ZIP 2017, 1434.

¹⁷³ S. näher BAGE 109, 136 = BB 2004, 1634 = DB 2004, 2110.

¹⁷⁴ BAGE 109, 136 = BB 2004, 1634 = DB 2004, 2110.

¹⁷⁵ LAG Köln ZIP 2004, 2155.

lung der Beschäftigungsdauer beim Erwerber mitzuzählen.¹⁷⁶ Der Betriebsübergang erfasst auch alle Betriebsvereinbarungen. Nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB gelten auch tarifvertragliche Regelungen für mindestens ein Jahr fort, auch wenn der Erwerber nicht tarifgebunden ist.¹⁷⁷ Voraussetzung ist allerdings, dass Arbeitnehmer und Veräußerer tarifgebunden waren.¹⁷⁸ Ein auf diese Weise fortgeltender Tarifvertrag kann nicht gemäß § 4a TVG durch einen Mehrheitstarifvertrag beim aufnehmenden Arbeitgeber verdrängt werden.¹⁷⁹

Der Betriebsübergang erfasst außerdem alle Betriebsvereinbarungen sowie betrieblichen Übungen.¹⁸⁰

Auch gehen über:

- **Ausbildungsverhältnisse,**¹⁸¹
- **betriebliche Übungen;** das Entstehen einer betrieblichen Übung kann durch doppelte Schriftformklausel im Arbeitsvertrag vermieden werden,¹⁸²
- **Altersteilzeit in der Freistellungsphase,**¹⁸³
- **die Pflicht zum Ausgleich von Wertguthaben im Rahmen eines Altersteilzeitmodells (Blockmodell),**¹⁸⁴
- **Versorgungsverbindlichkeiten,**¹⁸⁵
- **gekündigtes Arbeitsverhältnis.** Wenn nach Ablauf der Kündigungsfrist wegen Betriebsübergangs eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit beim Erwerber besteht, kommt ein Wiedereinstellungsanspruch in Betracht. Diesen muss der gekündigte Arbeitnehmer innerhalb eines Monats nach Kenntnis der den Betriebsübergang begründenden Umstände ggü. dem bisherigen Arbeitgeber bzw. nach dem Betriebsübergang ggü. dem Erwerber geltend machen.¹⁸⁶ Wird die Kündigungsschutzklage gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber aber rechtskräftig abgewiesen, kann eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Erwerber nicht geltend gemacht werden;¹⁸⁷

388

¹⁷⁶ EuGH ZIP 2017, 1038.

¹⁷⁷ Zur Weitergeltung von Tarifnormen sa BAG ZIP 2009, 2461 und BAG BB 2010, 1090; zur Fortgeltung kollektiv-arbeitsrechtlicher Regelungen s. Schiefer/Pogge NJW 2003, 3734 ff.; zur Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen Bachner NJW 2003, 2861 ff. und Preis/Richter ZIP 2004, 925 ff.; zu Gestaltungsfragen kollektivrechtlicher Regelungen, Meyer ZIP 2004, 545 ff.

¹⁷⁸ BAG ZInsO 2012, 1895 = BeckRS 2012, 71256.

¹⁷⁹ Hohenstatt/Schuster ZIP 2016, 5 ff.

¹⁸⁰ Zur Fortgeltung kollektiv-arbeitsrechtlicher Regelungen Schiefer/Pogge NJW 2003, 3734 ff.; zur Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen Aufsätze Bachner NJW 2003, 2861 ff. und Preis/Richter ZIP 2004, 925 ff.; zu Gestaltungsfragen kollektivrechtlicher Regelungen, Meyer ZIP 2004, 545 ff.

¹⁸¹ BAG DB 2006, 2750 = ZIP 2007, 87.

¹⁸² BAGE 106, 345 = BB 2003, 2466 = DB 2003, 2339 = NJW 2003, 3725.

¹⁸³ LAG Düsseldorf ZIP 2004, 272.

¹⁸⁴ LAG Düsseldorf ZIP 2004, 2112 = EWiR 2005, 163. Zu Ablösung und Bestandsschutz von Altersversorgungsregelungen bei Betriebsübergang Lindermann/Simon BB 2003, 2510 ff.

¹⁸⁵ Zur Haftung des Betriebsveräußerers für die übergehenden Versorgungsverbindlichkeiten s. BAG DB 2004, 1324 = ZIP 2004, 1227.

¹⁸⁶ BAG NJW 2009, 391.

¹⁸⁷ LAG Düsseldorf ZInsO 2011, 2138 = BeckRS 2011, 75080.

- Annahmeverzugsansprüche gegen den früheren Betriebsinhaber, auch soweit sie nach § 115 SGB X auf die Agentur für Arbeit übergegangen sind,¹⁸⁸ sodass ein Angebot der Arbeitsleistung an den Erwerber entbehrlich ist,¹⁸⁹
- die betriebsverfassungsrechtliche Stellung des früheren Betriebsinhabers (etwa im Hinblick auf eine bestehende, nur unter Berücksichtigung des § 87 Abs. 1 BetrVG zu ändernde Vergütungsordnung),¹⁹⁰
- Gesamtbetriebsvereinbarungen gelten in dem übertragenen Betrieb als Einzelbetriebsvereinbarung weiter.¹⁹¹

389 Nicht gehen über:

- der Kündigungsschutz nach KSchG, wenn der Betrieb des Betriebserwerbers den Schwellenwert des § 23 Abs. 1 KSchG nicht erreicht,¹⁹²
- Ruhestandsverhältnisse.¹⁹³
- Das Geschäftsführeranstellungsverhältnis eines GmbH-Geschäftsführers geht nicht nach § 613a BGB über.¹⁹⁴ Auch der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH einer KG ist nicht Arbeitnehmer, da er kraft Gesetzes zur Vertretung der Personengesamtheit berufen ist.¹⁹⁵ Außerdem geht ein freies Dienstverhältnis nicht nach § 613a BGB auf den Betriebserwerber über.¹⁹⁶ Ein während des Geschäftsführerdienstverhältnisses ruhendes Arbeitsverhältnis kann nach § 613a BGB übergehen.¹⁹⁷
- Der Erwerber haftet nicht für rückständige Sozialversicherungsbeiträge des abgebenden Arbeitgebers.¹⁹⁸
- Karenzentschädigungsansprüche für ein gültiges nachvertragliches Wettbewerbsverbot eines vor Betriebsübergang ausgeschiedenen Arbeitnehmers gehen nicht über.¹⁹⁹

390 Ein Erlassvertrag über rückständige Lohnforderungen für den Fall eines Betriebsübergangs ist wegen Verstoßes gegen § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB nach § 134 BGB nichtig.²⁰⁰

391 **Forthaftung des Veräußerers**

Der Veräußerer haftet neben dem neuen Inhaber nach § 613a Abs. 2 BGB für vor dem Betriebsübergang entstandene und danach innerhalb eines Jahres fällig werdende Verbindlichkeiten nach § 613a Abs. 1 BGB. Dies gilt auch für Rentenansprüche.²⁰¹ Die Nachhaftung eines Gesellschafters einer GbR nach § 613a

¹⁸⁸ BAG ZIP 2010, 849 = ZInsO 2010, 542; dazu Lindemann ZInsO 2010, 792 ff.

¹⁸⁹ BAG ZInsO 2010, 386 = NZA 2010, 781.

¹⁹⁰ BAG ZIP 2010, 492.

¹⁹¹ BAG ZIP 2015, 1748.

¹⁹² BAG BB 2007, 1453 = ZIP 2007, 1227.

¹⁹³ BAG DB 2004, 1324 = ZIP 2004, 1227.

¹⁹⁴ BAGE 104, 358 = DB 2003, 942 = GmbHR 2003, 765 = ZIP 2003, 1010.

¹⁹⁵ BAGE 107, 165 = BB 2003, 2352 = DB 2003, 2183 = NJW 2003, 3290 = ZIP 2003, 1722.

¹⁹⁶ BAG NJW 2003, 2930.

¹⁹⁷ LAG Köln, 12.1.1993 – 4 Sa 903/920, FHArbSozR 39 Nr. 260 (Ls.).

¹⁹⁸ LSG München ZIP 2011, 1380; LSG Halle ZIP 2011, 1121.

¹⁹⁹ LAG Köln ZIP 2012, 243.

²⁰⁰ BAG ZIP 2009, 1733.

²⁰¹ BGH NJW 2010, 539; LSG Bayern NZG 2011, 1074.

Abs.2 BGB erfasst ebenfalls nur solche Ansprüche, die vor dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs entstanden waren.²⁰²

ff) Unterrichtung der Arbeitnehmer. Die Arbeitnehmer sind nach § 613a Abs.5 BGB über die dort genannten Inhalte zu unterrichten. Die Unterrichtungspflicht trifft Veräußerer und Erwerber gleichermaßen. Zu den unterrichtungspflichtigen Gegenständen gehören nach § 613a Abs.5 Nr.3 BGB alle rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Betriebsübergangs, nicht jedoch die Folgen eines Nichtübergangs, etwa bei Widerspruch.²⁰³ Die Unterrichtung muss verständlich und arbeitsplatzbezogen sein und eine konkrete Darstellung der rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs für den Arbeitnehmer umfassen.²⁰⁴ Die Unterrichtungspflicht umfasst auch den Umfang des übernommenen Vermögens, etwa ob der Erwerber nur das bewegliche Vermögen oder auch das Betriebsgrundstück übernimmt (Betriebsaufspaltung).²⁰⁵ Zum Umfang der Unterrichtung gehört auch eine Darstellung zur begrenzten gesamtschuldnerischen Nachhaftung gem. § 613a Abs.2 BGB.²⁰⁶ Der Hinweis auf den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf eine noch zu gründende GmbH als Betriebserwerberin ist keine ordnungsgemäße Unterrichtung.²⁰⁷ Über die Identität des Betriebserwerbers muss so unterrichtet werden, dass der Arbeitnehmer über diesen Erkundigungen einziehen kann,²⁰⁸ wobei sich die Identität unmittelbar durch Einsichtnahme in das Handelsregister ergeben muss.²⁰⁹ Ist der Betriebserwerber eine Neugründung, für die eine Sozialplanpflicht nicht besteht, muss in der Unterrichtung auch darauf hingewiesen werden.²¹⁰ Die Unterrichtungspflicht umfasst auch etwaige Ansprüche aus einem Sozialplan.²¹¹

Nach § 613a Abs.5 Nr.4 BGB muss auch über geplante Maßnahmen unterrichtet werden, die eine erhebliche Änderung der sozialen, rechtlichen und wirtschaftlichen Stellung der Arbeitnehmer nach sich ziehen.²¹² Bei Fehlen der Unterrichtung über die Sozialplanprivilegierung nach § 112a Abs.2 S.1 BetrVG des neuen Inhabers wird die Widerspruchsfrist nach § 613a Abs.6 S.1 BGB nicht in Lauf gesetzt.²¹³

Die Rechtsfolge fehlender, unvollständiger oder fehlerhafter Unterrichtung: Die Monatsfrist für den Widerspruch gegen den Betriebsübergang beginnt nicht.²¹⁴ Außerdem kann eine Schadensersatzpflicht ggü. dem Arbeitnehmer nach § 280 Abs.1 BGB entstehen.²¹⁵

²⁰² BAG NZG 2014, 912.

²⁰³ LAG Düsseldorf BB 2006, 276.

²⁰⁴ BAG DZWIR 2007, 196.

²⁰⁵ BAG ZIP 2008, 987 = ZInsO 2008, 219.

²⁰⁶ BAG BB 2008, 2072.

²⁰⁷ BAG ZIP 2009, 1295.

²⁰⁸ BAG ZIP 2010, 46.

²⁰⁹ BAG ZIP 2014, 839.

²¹⁰ BAG ZIP 2014, 839.

²¹¹ BAG ZIP 2006, 2143.

²¹² BAG ZInsO 2014, 1217 = NJW 104, 1755.

²¹³ BAG ZIP 2017, 1129.

²¹⁴ BAG DB 2006, 2409 = DZWIR 2007, 193 = ZIP 2006, 2143 = BB 2006, 2583.

²¹⁵ BAG NZG 2008, 545.

- 394 gg) Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer.** Nach erfolgter Unterrichtung haben die Arbeitnehmer das Recht, dem Betriebsübergang **innerhalb eines Monats** zu widersprechen.²¹⁶ Widerspruchsadressaten sind Betriebsveräußerer und -erwerber.²¹⁷ Der Widerspruch kann auch konkludent²¹⁸ und auch noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses²¹⁹ erklärt werden. Der Widerspruch hat **Rückwirkung** auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs;²²⁰ für die Zwischenzeit besteht ein Entgeltanspruch des Arbeitnehmers gegen den Erwerber nach den Grundsätzen des faktischen Arbeitsverhältnisses.²²¹ Das für den Anspruch aus § 615 BGB erforderliche Arbeitsangebot kann entbehrlich sein, wenn hierfür eine unterbliebene oder verspätete Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 ursächlich war.²²² Das Angebot ist auch entbehrlich, wenn der Arbeitgeber in dem Unterrichtungsschreiben mitteilt, dass ein widersprechender Arbeitnehmer mit seiner Kündigung rechnen müsse.²²³
- 395** Für die Geltendmachung des Widerspruchs ist ein sachlicher Grund nicht erforderlich. Die Ausübung des Widerspruchsrechts kann im Einzelfall **rechtsmissbräuchlich** sein.²²⁴ Ein kollektiver Widerspruch kann rechtsmissbräuchlich nach § 242 BGB sein, wenn er zu anderen Zwecken als zur Sicherung der arbeitsvertraglichen Rechte eingesetzt wird.²²⁵
- 396** Ein erklärter Widerspruch des Arbeitnehmers ist nicht widerruflich.²²⁶ Ein erklärter Widerspruch kann nach § 123 BGB angefochten werden, wenn eine Täuschung bei der Unterrichtung für den Widerspruch ursächlich war.²²⁷
- 397 hh) Verwirkung und Ausschluss des Widerspruchsrechts.** Das Widerspruchsrecht kann verwirkt werden,²²⁸ wenn Zeitpunkt und Umstandsmoment des Verwirkungstatbestandes gegeben sind.²²⁹ Es ist verwirkt, wenn der Verpflichtete annehmen durfte, er werde nicht mehr in Anspruch genommen.²³⁰
- 398** Für das **Zeitmoment** gelten keine starren Fristen. Es gibt also weder eine Höchst- noch eine Mindestfrist, auch tarifvertragliche Regelungen haben insoweit keinen Einfluss.²³¹ Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalles.²³² Nach 8 Monaten ist das Zeitmoment i.d.R.,²³³ nach einem Jahr jedenfalls erfüllt.²³⁴

²¹⁶ Zum Widerspruchsrecht bei Umwandlungen s. Fandel/Hausch BB 2008, 2402 ff.

²¹⁷ BAG ZIP 2014, 1647.

²¹⁸ BAG ZIP 2007, 87.

²¹⁹ BAG BB 2008, 2072.

²²⁰ BAG DB 2006, 2750 = ZIP 2007, 87.

²²¹ LAG Köln ZIP 2005, 591.

²²² BAG DB 2006, 2750 = DZWIR 2007, 235 = ZIP 2007, 87.

²²³ LAG München ZInsO 2011, 104 (Ls.) = LSK 2011, 030502 (Ls.).

²²⁴ BAG ZIP 2009, 1779.

²²⁵ BAGE 122, 124 = BB 2005, 605 = DB 2005, 56 = ZIP 2005, 132.

²²⁶ BAGE 108, 199 = DB 2004, 990 = ZIP 2004, 729.

²²⁷ BAG ZinsO 2012, 1180 = ZIP 2012, 1144.

²²⁸ Sa Kittner NJW 2012, 1180 ff.; Insam/Hinrichs ZInsO 2013, 2541 ff.

²²⁹ St. Rspr. des BAG ZIP 2009, 2307; BAG BB 2010, 831; BAG BB 2010, 966.

²³⁰ BAG BB 2008, 2072.

²³¹ BAG NJW 2021, 3345

²³² BAG DB 2006, 2750 = ZIP 2007, 87. Zur zeitlichen Grenze des Widerspruchsrechts Olbertz/Ungnad BB 2004, 213 ff.

²³³ LAG München BB 2007, 502.

²³⁴ BAG BB 2007, 1675.