

Arbeitsrecht bei Änderung der Unternehmensstruktur

Festschrift für Heinz Josef Willemsen zum 65. Geburtstag

Bearbeitet von
Herausgegeben von Klaus Bepler, Klaus-Stefan Hohenstatt, Ulrich Preis, und Achim Schunder

1. Auflage 2018. Buch. XIII, 659 S. In Leinen
ISBN 978 3 406 72678 1
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Arbeitsrecht > Arbeitsrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

einem eventuellen Widerspruch des Arbeitnehmers, der sich bei nicht ordnungsgemäßer Unterrichtung nach § 613a V BGB bis zur Grenze der Verwirkung hinziehen kann, in der Schwebe. Ein unbefriedigender Zustand, aber eine Konsequenz der Rückwirkung des Widerspruchs. Diese Sichtweise führt zudem dazu, dass die ausgesprochene Kündigung nach einem Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses nun doch nach Maßgabe des § 4 S. 1 KSchG angegriffen werden muss, um die Fiktionswirkung nach § 7 KSchG zu vermeiden.⁴¹ Der Arbeitnehmer muss deshalb Kündigungsschutzklage erheben und diese gegen den bisherigen Arbeitgeber richten. Ist die Drei-Wochen-Frist bereits verstrichen, kommt eine nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage gemäß § 5 I 1 KSchG in Betracht.

β) *Kein Widerspruch.* Widerspricht der Arbeitnehmer dem Betriebsübergang nicht, stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer, der eine Kündigungsschutzklage gegen den bisherigen Arbeitgeber mangels bestehenden Arbeitsverhältnisses im maßgeblichen Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung nicht gewinnen kann, stattdessen nicht erfolgreich gegen den Erwerber als denjenigen Rechtsträger vorgehen kann, der im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung Arbeitgeber war.⁴² Eine Kündigungsschutzklage gegen ihn wäre aber ebenfalls unbegründet, da der Erwerber nicht gekündigt hat.⁴³

Als Ausweg aus der für den Arbeitnehmer unbefriedigenden Situation könnte eine Klage gegen den Erwerber auf allgemeine Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses nach § 256 I ZPO erwogen werden. Im Rahmen dieser Klage würde inzident die Wirksamkeit der Kündigung überprüft. Eine solche Feststellungsklage könnte dem Arbeitnehmer aber nur empfohlen werden, wenn der Betriebsübergang vor Zugang der Kündigung unstreitig ist. Anderenfalls liefe er Gefahr, mit der Feststellungsklage gegen den Erwerber den falschen Arbeitgeber zu verklagen und – bei fehlendem Betriebsübergang – die Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG für die gegen den Veräußerer zu richtende Kündigungsschutzklage zu versäumen.

Überwiegend wird der Betriebsübergang aber unklar sein. Um bei unklarem Betriebsübergang dem Risiko einer verlorenen Klage entgegenzuwirken, besteht zu einem die Möglichkeit, dass der Arbeitnehmer sich im Rahmen einer gegen den Veräußerer gerichteten Kündigungsschutzklage dessen etwaigen Vortrag, es habe gar keinen Betriebsübergang gegeben, hilfsweise zu eigen macht.⁴⁴

Der Arbeitnehmer hat weiter die Möglichkeit, den Veräußerer mit einem Hauptantrag auf Feststellung zu verklagen, dass zu ihm im Kündigungszeitpunkt kein Arbeitsverhältnis mehr bestanden hat, um sodann mit einem – objektiv bedingten – Hilfsantrag Kündigungsschutzklage gegen ihn zu führen.⁴⁵ Hierbei handelt es sich um eine nach § 260 ZPO zulässige sog objektive Eventualklagehäufung.⁴⁶

Nach der Auffassung des BAG⁴⁷ hat dieser Vorschlag vieles für sich. Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts weist zutreffend darauf hin, dass der Arbeitnehmer den von ihm zuvorderst eingenommenen Standpunkt damit rechtssicher und kostenschonend „in Antragsform“ bringe. Er vermeide eine in subjektiver Hinsicht bedingte Klagehäufung und müsse den von ihm eigentlich für unbegründet erachteten Kündigungsschutzantrag nicht als unbedingten Antrag stellen. Die „Vorschaltung“ des negativen Feststellungsantrags beeinträchtige nicht das durch § 4 S. 1 KSchG iVm § 61a ArbGG anerkannte dringende Entscheidungsinteresse des kündigenden Arbeitgebers.⁴⁸ Es werde eine „Vorfrage“ des Antrags nach

⁴¹ So ausdrücklich LAG Düsseldorf NZA-RR 2009, 637 Rn. 33.

⁴² So Küttner/*Kreitner* Betriebsübergang Rn. 98 mwN; LAG Hamm NZA-RR 2000, 265.

⁴³ AR-*Bayreuther* BGB § 613a Rn. 120.

⁴⁴ BAG NZA 2006, 597.

⁴⁵ So HaKo/*Mestwerdt/Wemheuer* BGB § 613a Rn. 212.

⁴⁶ Hierzu allgemein Zöller/*Greger* § 260 Rn. 4.

⁴⁷ BAG NZA 2016, 366 Rn. 20.

⁴⁸ So auch *Bakker* Anm. EzA KSchG § 4 nF Nr. 46; *Lüke* JuS 1996, 969 (970).

§ 4 S. 1 KSchG – das Bestehen des Arbeitsverhältnisses bei Zugang der Kündigung – innerhalb des „richtigen“ Prozessrechtsverhältnisses beantwortet und damit das Prüfprogramm des Kündigungsschutzantrags – so er anfallen sollte – verringert.⁴⁹

2. Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO gegen den Erwerber

Wenn das Arbeitsverhältnis gekündigt worden ist, besteht zwar hinsichtlich der Kündigung Klärungsbedarf und die oben aufgezeigten Wege tragen dem Rechnung. Das eigentliche Ziel des Arbeitnehmers – gerade bei streitigem Betriebsübergang – wird es aber sein, den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses zu sichern. Dieses Ziel kann der Arbeitnehmer aber mit einer gegen den Veräußerer gerichteten Kündigungsschutzklage bzw. mit einer gegen ihn gerichteten allgemeinen Feststellungsklage nebst Hilfsantrag beim Betriebsübergang vor Kündigungszugang nicht erreichen.

Ist der Betriebsübergang unklar und streitig, erscheint es sachgerecht, im Wege der subjektiven Klagehäufung⁵⁰ auch den Erwerber in eine Parteistellung zu führen und damit gleichzeitig gegen den Betriebsveräußerer und -erwerber vorzugehen.⁵¹ Dies bedeutet, der Arbeitnehmer müsste eine allgemeine Feststellungsklage nebst hilfsweiser Kündigungsschutzklage gegen den Veräußerer mit einer allgemeinen Feststellungsklage gemäß § 256 I ZPO hinsichtlich des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus gegen den Erwerber verbinden.⁵² In diesem Verfahren wird inzident geprüft, ob und wann ein Betriebsübergang stattgefunden hat und ob das Arbeitsverhältnis auf den Erwerber übergegangen ist. Die Beklagten sind dann zwar keine notwendigen Streitgenossen iSv § 62 ZPO, es kann aber – bei unterschiedlichen Gerichtsständen – ein gemeinsamer Gerichtsstand nach § 36 Nr. 3 ZPO bestimmt werden.⁵³

3. Betriebsübergangs-Feststellungsklage gegen Veräußerer und Erwerber?

a) Schwächen des Status Quo

Auf den ersten Blick scheinen für die genannten Fallkonstellationen annähernd zufriedenstellende Lösungen zu existieren, um dem Arbeitnehmer ein Vorgehen gegen eine vom Veräußerer ausgesprochene Kündigung zu ermöglichen und den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses zu sichern. Der Arbeitnehmer kann gegen den vorgehen, der die Kündigung erklärt hat, und es besteht eine Bindung des Erwerbers an das in diesem Verfahren ergehende Urteil. Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses kann im Rahmen einer allgemeinen Feststellungsklage gemäß § 256 I ZPO gegen den Erwerber geklärt werden. Beide Prozesse können miteinander verbunden werden.

Unbefriedigend ist allerdings, dass die eventuellen Feststellungen im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens zu der Kernproblematik des Betriebsübergangs den Erwerber nicht binden, weil sie nicht in Rechtskraft erwachsen (s. Abschnitt II.1.a).

Auch sind Veräußerer und Erwerber in den Verfahren regelmäßig nur einfache Streitgenossen.⁵⁴ Die Klageanträge, die nach §§ 59, 60 ZPO in selbständigen, bloß äußerlich zu einem Rechtsstreit verbundenen Prozessrechtsverhältnissen gestellt werden können, können

⁴⁹ Vgl. *Reiche*, Die prozessualen Folgen eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB, S. 199.

⁵⁰ Eine bedingte subjektive Klagehäufung ist allerdings unzulässig BAG NZA 1998, 534; *Müller-Glöge* NZA 1999, 449 (456).

⁵¹ BAG 24.6.2004, AP Nr. 278 zu § 613a BGB.

⁵² S. *HaKo/Mestwerdt/Wemheuer* BGB § 613a Rn. 212; *Zeuner*, FS Schwab, S. 575 (585 ff.); *Löwisch/Neumann* DB 1996, 474.

⁵³ *AR-Bayreuther* BGB § 613a Rn. 121 mwN.

⁵⁴ BAG NZA 1996, 1062; NZA 1994, 260; *KR/Treber* BGB § 613a Rn. 146; *HaKo/Mestwerdt/Wemheuer* BGB § 613a Rn. 202.

während des Verfahrens „auseinanderlaufen“. Es besteht die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen, insbesondere dann, wenn das Arbeitsgericht zB im Fall eines Betriebsübergangs vor Zugang der Kündigung beiden allgemeinen Feststellungsklagen gegen den Veräußerer und gegen den Erwerber stattgibt, weil es einen Übergang des Arbeitsverhältnisses annimmt, auf die – alleinige – Berufung des vermeintlichen Erwerbers aber das Landesarbeitsgericht die gegen ihn gerichtete Klage abweist. In diesem Fall stünde der Arbeitnehmer gleichsam „ohne Arbeitsverhältnis“ da.⁵⁵ Wegen der Präjudizialität der Entscheidung über seine negative Feststellungsklage könnte er nicht einmal eine Erfolg versprechende – neue – Kündigungsschutzklage gegen den „Veräußerer“ erheben.⁵⁶

b) *Obiter dictum des BAG*

Um die Probleme zu lösen, erwägt der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts in seiner Entscheidung vom 24.9.2015 eine „Betriebsübergangs-Feststellungsklage“ nach § 256 I ZPO für zulässig zu halten und insofern eine notwendige Streitgenossenschaft iSv § 62 ZPO zwischen den beklagten „Arbeitgebern“ anzunehmen.⁵⁷ Zur Begründung führt er aus, die Entscheidung – im Fall einer Kündigung eines Veräußerers nach Betriebsübergang – über den zwingend gegen beide „Arbeitgeber“ gemeinsam zu richtenden Antrag „festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis vor Zugang der Kündigung von der Beklagten zu 1. auf die Beklagte zu 2. übergegangen ist“, dürfte aus Gründen des materiellen Rechts nur einheitlich gegenüber beiden Beklagten ergehen. Bei dem Übergang eines Arbeitsverhältnisses nach § 613a I 1 BGB falle der „Beendigungstatbestand“ gegenüber dem Veräußerer mit dem „Begründungstatbestand“ gegenüber dem Erwerber zusammen. Fehle es an dem einen, mangle es auch an dem anderen. Der Antrag wäre auch dann insgesamt abzuweisen, wenn das Gericht annehmen sollte, das Arbeitsverhältnis sei zwar übergegangen, dies jedoch auf einen anderen Arbeitgeber als den Zweitbeklagten. Würde dem Antrag stattgegeben, stünde zweierlei fest: Die Kündigung des Veräußerers ginge „ins Leere“ und das Arbeitsverhältnis des Klägers bestände für eine juristische Sekunde zum Erwerber.

c) *Würdigung*

Die Zulässigkeit einer „Betriebsübergangs-Feststellungsklage“ würde den Bedürfnissen der Praxis entsprechen und die Schwächen der bisherigen Rechtslage beseitigen. Sie würde dem Arbeitnehmer ermöglichen, in verschiedenen Konstellationen Veräußerer und Erwerber gemeinsam in Anspruch zu nehmen, um ein unübersichtliches und komplexes Dreiecksverhältnis durch eine in Rechtskraft erwachsende Entscheidung über das Vorliegen eines Betriebsübergangs verbindlich zu klären, und widersprüchliche Entscheidungen den Beiden gegenüber vermeiden. Um die Zulässigkeit einer „Betriebsübergangs-Feststellungsklage“ annehmen zu können, müssen allerdings Hindernisse überwunden werden. Dies weniger, soweit der Zweite Senat bei der Betriebsübergangsklage eine notwendige Streitgenossenschaft zwischen Betriebsveräußerer und –erwerber annimmt. Stärkere Bedenken bestehen allerdings hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen einer solchen Feststellungsklage.

aa) *Notwendige Streitgenossenschaft*

Die Rechtsordnung nimmt die bestehende Gefahr, dass in mehreren, zwischen unterschiedlichen Parteien geführten Rechtsstreitigkeiten über ein Vertrags- oder sonstiges Rechtsverhältnis, an dem mehrere Personen beteiligt sind, inhaltlich divergierende Entscheidungen ergehen, grundsätzlich hin. Es gilt der Grundsatz der Selbständigkeit der Ver-

⁵⁵ BAG NZA 2016, 366 Rn. 22.

⁵⁶ BAG NZA 2016, 366.

⁵⁷ BAG NZA 2016, 366.

fahren gegenüber den einzelnen Streitgenossen (§ 61 ZPO). Der Grundsatz wird nur dann eingeschränkt, wenn die Voraussetzungen einer notwendigen Streitgenossenschaft erfüllt sind.

Eine notwendige Streitgenossenschaft im Sinne des § 62 I ZPO ist nicht schon dann anzunehmen, wenn aus Gründen der Logik eine einheitliche Entscheidung notwendig oder angesichts der Folgeprobleme wünschenswert wäre.⁵⁸ Sie besteht nur dann, wenn das Rechtsverhältnis, das den Streitgegenstand bildet, aus prozessualen oder materiell-rechtlichen Gründen allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann.⁵⁹ Die gesetzliche Regelung ist abschließend und zwingend.⁶⁰

Bei der Betriebsübergangs-Feststellungsklage, die der Zweite Senat nunmehr erwägt, dürften diese Voraussetzungen notwendiger Streitgenossenschaft aus materiell-rechtlichen Gründen allerdings erfüllt sein. Ein Betriebsübergang von einem zum anderen Rechtsträger kann notwendigerweise nur einheitlich beiden Parteien gegenüber festgestellt werden.

bb) Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis

Zweifelhaft erscheint allerdings, ob der Übergang des Betriebes als solcher Gegenstand einer Feststellungsklage iSv § 256 I ZPO sein kann. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann Gegenstand einer Feststellungsklage nur ein „Rechtsverhältnis“ sein. Das Hauptproblem ist deshalb, ob es sich bei einem Betriebsübergang um ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis handelt.

Der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts hatte bislang verneint, dass der Betriebsübergang als solcher Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann,⁶¹ es – nach den Andeutungen in der Rechtsprechung des Zweiten Senats – allerdings nunmehr ausdrücklich offen gelassen.⁶²

Im Schrifttum ist der Vorschlag des Zweiten Senats bislang nur vereinzelt kommentiert worden.⁶³ Dabei wird darauf hingewiesen, dass Dreh- und Angelpunkt für die Anerkennung einer solchen Klage die Frage ist, ob es sich bei dem Betriebsübergang um ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis handelt.⁶⁴

In der Tat knüpfen sowohl die allgemeine Feststellungsklage gemäß § 256 I ZPO als auch die Zwischenfeststellungsklage gemäß § 256 II ZPO, mit der die Feststellung eines die Entscheidung nur bedingenden, d. h. vorgreiflichen Rechtsverhältnisses erreicht werden kann, an das Vorliegen eines Rechtsverhältnisses an. Unabhängig davon, ob der Betriebsübergang vom Veräußerer zum Erwerber damit Gegenstand eines Hauptantrags nach § 256 I ZPO oder Gegenstand einer Zwischenfeststellungsklage nach § 256 II ZPO wäre, müsste es sich um ein „Rechtsverhältnis“ handeln.

Ein Rechtsverhältnis, dessen Bestehen oder Nichtbestehen nach § 256 ZPO festgestellt werden kann, ist jede durch die Herrschaft einer Rechtsnorm über einen konkreten Sachverhalt entstandene rechtliche Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache.⁶⁵ Ein Antrag nach § 256 I ZPO muss sich dabei nicht notwendig auf das Rechtsverhältnis als Ganzes erstrecken. Er kann sich auch auf daraus folgende einzelne Beziehungen, Ansprüche oder Verpflichtungen und auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken. Bloße Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses können dagegen ebenso wie abs-

⁵⁸ BGH BB 2017, 2507 Rn. 24; NJW-RR 2014, 903 Rn. 6.

⁵⁹ BGH MDR 2017, 892 Rn. 17 mwN.

⁶⁰ Zöller/Vollkommer § 62 Rn. 1.

⁶¹ BAG 16.5.2002, AP Nr. 9 zu § 113 InsO zu B. II. 1 der Gründe; so auch MüKoBGB/Müller-Glöge § 613a Rn. 206.

⁶² BAG NZA-RR 2017, 123 Rn. 22.

⁶³ S. Kloppenburg jurisPR-ArbR 32/2016 Anm. 2; Schubert EWiR 2016, 253 (254); Kliemt/Teusch in Herberger/Martinek/Rüßmann ua jurisPK-BGB § 613a Rn. 159.

⁶⁴ Kloppenburg jurisPR-ArbR 32/2016 Anm. 2; Schubert EWiR 2016, 253 (254).

⁶⁵ BGH ZIP 2017, 764 Rn. 42.

trakte Rechtsfragen nicht Gegenstand eines Feststellungsantrags sein.⁶⁶ Das liefe auf die Erstellung eines Rechtsgutachtens hinaus. Das ist den Gerichten verwehrt.⁶⁷ Es gehört nicht zu den Aufgaben der Gerichte, eine alle Verfahrensbeteiligten interessierende Rechtsfrage gutachterlich zu klären.⁶⁸

Bei der Frage, ob ein Betriebsübergang zwischen Veräußerer und Erwerber stattgefunden hat, geht es nur um ein anspruchsbegründendes Element, eine Vorfrage auf dem Weg zur Klärung der Rechtsbeziehungen des Arbeitnehmers zum Veräußerer und Erwerber, aber nicht um die Klärung der Rechtsbeziehung selbst.

Nach der Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 77/187/EWG (heute 2001/23/EG), der sich das BAG seit 1997 angeschlossen hat,⁶⁹ ist zentrales Kriterium für die Bestimmung eines Betriebsübergangs die Identitätswahrung einer wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit.⁷⁰ Organisatorische Einheit und wirtschaftlicher Zweck machen danach den Betrieb im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit aus, dessen Identität beim Übergang auf den Erwerber erhalten bleiben muss. Mit einer Betriebsübergangs-Feststellungsklage würde mithin geprüft, ob eine organisatorische Einheit zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Tätigkeit auf den Erwerber übergegangen ist. Eine konkrete rechtliche Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder einer Sache wäre nicht Gegenstand der Klage. Etwaige Rechte des Arbeitnehmers bzw. Verpflichtungen des Erwerbers aufgrund des Betriebsübergangs ergäben sich möglicherweise als Rechtsfolge des Betriebsübergangs, sie wären jedenfalls aber nicht Gegenstand einer Betriebsübergangs-Feststellungsklage.

Auch wenn sich in den meisten Fällen unklaren Betriebsübergangs die Streitpositionen nach gerichtlicher Feststellung des Betriebsübergangs weitgehend auflösen werden, ändert dies doch nichts daran, dass es sich bei der Prüfung des Betriebsübergangs als solchem lediglich um eine Vorfrage zur anschließenden Feststellung bestehender Rechte und Pflichten handelt. Nach dem derzeitigen Rechtsverständnis ist diese Frage daher wohl nicht geeignet, Gegenstand einer Feststellungsklage zu sein. Nach Lage der Dinge käme als feststellbares Rechtsverhältnis zB der Bestand des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und dem Erwerber aufgrund eines Betriebsübergangs zu einem bestimmten Termin in Betracht.⁷¹

Eine Anwendung des § 256 I ZPO dürfte danach *de lege lata* im Ergebnis wohl kaum in Betracht kommen. Allerdings besteht ein dringendes Bedürfnis in der Praxis für eine solche Regelung. In allen Fällen unklaren Betriebsübergangs – und das sind die meisten Fälle bei den Arbeitsgerichten – drehen sich die Streitigkeiten um die Frage, ob ein Betriebsübergang stattgefunden hat oder nicht. Betroffen sind häufig eine Mehrzahl von Arbeitnehmern und es ist unbefriedigend, wenn die Prozesse zwischen den Arbeitnehmern, dem Veräußerer und dem Erwerber getrennt geführt und die unterschiedliche Einlassung und Darlegung auf Arbeitgeberseite zu widersprüchlichen Entscheidungen führt. Die materiell-rechtlich komplexe und schwierige Frage des Betriebsübergangs wird durch die zusätzlichen prozessualen Aspekte noch unübersichtlicher. Vor diesem Hintergrund wäre die vom Zweiten Senat erwogene Betriebsübergangs-Feststellungsklage ein Schritt in die richtige Richtung zu mehr Rechtssicherheit für die Parteien. Deshalb sollte sich der Gesetzgeber dieses Problems annehmen, und – *de lege ferenda* – eine Regelung – etwa durch eine Ergänzung des § 613a BGB – schaffen, die eine Betriebsübergangs-Feststellungsklage ermöglicht.

⁶⁶ BGH ZIP 2017, 764; BAG NZA 2016, 567 Rn. 12; 27.5.2015, AP Nr. 15 zu § 3 BetrVG 1972 Rn. 21; NZA 2012, 878 Rn. 12.

⁶⁷ BAG NZA 2016, 567 Rn. 12.

⁶⁸ BAG NZA 2015, 765 Rn. 18.

⁶⁹ BAG BeckRS 2017, 126372 Rn. 30; NZA 1997, 1050.

⁷⁰ BAG BeckRS 2017, 126372.

⁷¹ BAG 16.5.2002, AP Nr. 9 zu § 113 InsO.

4. Leistungsklagen

a) Wiedereinstellungsklage

Kommt es nach einer betriebsbedingten Kündigung während des Laufs der Kündigungsfrist zu einem Betriebsübergang, an den im Kündigungszeitpunkt noch nicht gedacht war, berührt dies die Wirksamkeit der Kündigung nicht, da es für deren Beurteilung ausschließlich auf den Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung ankommt.⁷² Als notwendige Prognosekorrektur kann dem Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des BAG allerdings ein Fortsetzungs- bzw. Wiedereinstellungsanspruch aufgrund vertraglicher Nebenpflichten iVm § 242 BGB zustehen, wenn der Betriebsübergang während des Laufs der Kündigungsfrist eintritt.⁷³ Nach Ablauf der Kündigungsfrist soll ein Anspruch nur ausnahmsweise dann bestehen, wenn während der Kündigungsfrist der Betriebsübergang beschlossen wurde und erst nach Ablauf umgesetzt wird.⁷⁴

Das Fortsetzungs- bzw. Wiedereinstellungsverlangen wird im Hinblick auf den Betriebsübergang nicht gegen den Veräußerer, sondern nur gegenüber dem Erwerber in Betracht kommen. Aufgrund der wieder gegebenen Beschäftigungsmöglichkeit geht der gegenüber dem Veräußerer entstandene Anspruch auf Fortsetzung des wirksam gekündigten Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt des Betriebsübergangs auf den Erwerber als Anspruch auf Wiedereinstellung nach § 613a I 1 BGB über.⁷⁵

b) Allgemeine Leistungsklage

Ansprüche, die der Arbeitnehmer gegen seinen Arbeitgeber geltend machen will, muss er bis zum Betriebsübergang durch allgemeine Leistungsklage gegen den Veräußerer verfolgen. Erfolgt während des Prozesses ein Betriebsübergang, bleibt der Veräußerer auch bei der Leistungsklage in entsprechender Anwendung von § 265 II ZPO passiv legitimiert.

Um aus dem Titel gegen den alten Arbeitgeber im Falle eines Leistungsurteils gegen den neuen Arbeitgeber vollstrecken zu können, muss der Arbeitnehmer nach § 727 ZPO eine Titelumschreibung erreichen. Der Titel kann umgeschrieben werden, wenn die Rechtsnachfolge bei dem Gericht offenkundig ist, was wohl in der Praxis auch bei nicht bestrittener Betriebsveräußerung kaum je anzunehmen sein wird. Auch der in §§ 727 ZPO als weitere Möglichkeit vorgesehene Nachweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden dürfte dem Arbeitnehmer gehörige Schwierigkeiten bereiten.⁷⁶ Vor allem in den Fällen, in denen der Betriebsübergang unklar und umstritten ist, hilft dieser Weg nicht wirklich weiter.

Es bleibt dann nur nach § 731 ZPO Klage auf Klauselerteilung zu erheben. Im Rahmen dieses Verfahrens wird geprüft, ob der neue Arbeitgeber Betriebsübernehmer iSd § 613a BGB ist, was durch den Vorprozess nicht rechtskräftig festgestellt ist. Die materielle Rechtskraft betreffend den vorprozessualen Streitgegenstand erfasst – solange eine Betriebsübergangs-Feststellungsklage nicht zulässig ist – nämlich nicht die Frage, ob ein Betriebsübergang vorliegt. Auch vor diesem Hintergrund wäre die Schaffung einer Betriebsübergangs-Feststellungsklage durch den Gesetzgeber hilfreich.

⁷² BAG NZA 2017, 1199.

⁷³ BAG NZA 2017, 1199; MAH Moll/Cohnen § 54 Rn. 185.

⁷⁴ BAG NZA-RR 2009, 469 Rn. 33.

⁷⁵ BAG NZA 2008, 357; MAH Moll/Cohnen § 54 Rn. 186; ErfK-Preis § 613a Rn. 165.

⁷⁶ Ebenso BGB-RGRK/Ascheid § 613a Rn. 306.

III. Kündigung des Erwerbers

Im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang kann es dazu kommen, dass nicht der Veräußerer als bisheriger Arbeitgeber, sondern der Erwerber eine Kündigung ausspricht. Hierbei ist zu differenzieren:

Wird eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Betriebserwerber zu einem Zeitpunkt erklärt, zu dem der Betriebsübergang vollzogen ist, ist nur der Erwerber passiv-legitimiert.⁷⁷ Nur mit ihm bestand zum Zeitpunkt der Kündigung ein Arbeitsverhältnis. Würde eine Kündigungsschutzklage gegen den Betriebsveräußerer als bisherigen Arbeitgeber erhoben, müsste sie bereits deshalb abgewiesen werden, weil kein durch Kündigung auflösbares Arbeitsverhältnis (mehr) zum Arbeitnehmer bestanden hat (s. Abschnitt II. 1. c).

Auch bei einer Klage gegen den Erwerber gilt, dass nach der punktuellen Streitgegenstandstheorie die Kündigungsschutzklage – auch wenn sie in ihrer Begründung auf einen Verstoß gegen § 613a IV 1 BGB gestützt wird – nur die Frage klärt, ob das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung des Erwerbers aufgelöst wird (vgl. § 4 S. 1 KSchG). Etwaige Feststellungen des Gerichts im Hinblick auf das Vorliegen eines Betriebs- oder Betriebsteilübergangs betreffen nur eine Vorfrage und erwachsen deshalb nicht in Rechtskraft.⁷⁸

Für den Fall, dass ein Betriebsübergang vereinbart, aber noch nicht umgesetzt ist, erfolgt die Kündigung durch den Erwerber als Nichtberechtigter, denn er ist noch nicht in die Arbeitgeberstellung eingetreten. Zwar kann der Erwerber als Vertreter des Veräußerers iSv §§ 164, 167 BGB auftreten. Dann handelt es sich aber um eine Kündigung des Veräußerers und eine Kündigungsschutzklage ist gegen ihn zu richten. Von solchen Fallkonstellationen abgesehen, gilt der potentielle Erwerber vor vollständig vollzogenem Betriebsübergang als Nichtberechtigter. Insoweit kann auf die Ausführungen oben unter Abschnitt II. 1. 3 Bezug genommen werden, die sinngemäß auch hier gelten.

Der Erwerber hat auch dann als Nichtberechtigter gekündigt, wenn ein Betriebsübergang vor Zugang der Kündigung stattgefunden hat, der Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613a VI 1 BGB aber wirksam widerspricht. Wegen der Rückwirkung des Widerspruchs (s. Abschnitt II. 1.) ist das Arbeitsverhältnis zu keinem Zeitpunkt auf den neuen Betriebsinhaber übergegangen.⁷⁹ Die nach dem Betriebsübergang und vor der wirksamen Ausübung des rückwirkenden Widerspruchs erklärte Kündigung des Erwerbers kann auch nicht dem Veräußerer zugerechnet werden, wenn dieser die Kündigung (auch konkludent) genehmigt. Die ohne Kenntnis von einem Widerspruch des Arbeitnehmers und ohne Anhaltspunkte dafür ausgesprochene Kündigung des Erwerbers kann von dem Veräußerer nicht genehmigt werden, da der Erwerber in diesem Fall im eigenen Namen und nicht zugleich auch als Vertreter des Veräußerers handelt.⁸⁰

⁷⁷ KR/*Treber* BGB § 613a Rn. 147; AR-*Bayreuther* BGB § 613a Rn. 117.

⁷⁸ BAG NZA 1994, 260; *Vossen*, FS Leinemann, S.281 mwN; HaKo/*Mestwerdt/Wemheuer* BGB § 613a Rn. 202.

⁷⁹ LAG Nürnberg BB 2011, 3060.

⁸⁰ LAG Düsseldorf BB 2015, 2676 (Vorinstanz von BAG 18.5.2017 – 8 AZR 740/15; Vergleich); aA LAG Köln NZA-RR 2008, 5; ErK/*Preis* BGB § 613a Rn. 105.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG