

## 1 Überblick

1	Inhaltsverzeichnis	
3	Änderungen im Kündigungsschutzgesetz	2
3.1	§ 1 KSchG Sozial ungerechtfertigte Kündigungen besagt:	2
3.2	drei Prüfungsabschnitte der betriebsbedingten Kündigung	3
3.3	die berechtigten betrieblichen Bedürfnisse bzw. Interessen (ab 1. 1. 2004)	4
3.4	Weiterhin: abgestufte Darlegungs und Beweislast bei Sozialauswahl	6
3.5	Der Schwellenwert	7
3.5.1	§ 17 KSchG Anzeigepflicht besagt:	7
3.5.2	Nichtanrechnung der befristet Beschäftigten auf den Schwellenwert	7
3.6	Der Abfindungsanspruch	8
3.6.1	§ 1a Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung besagt:	8
3.6.2	Weiterhin Gestaltungsfreiheit bei Abfindungen	8
4	Überblick: Checkliste bei Kündigungen	9
4.1	Betriebsbedingte Kündigung	9
4.2	Die Prüfung der Unternehmerentscheidung zu Kündigen	10
4.3	Prüfung einer Personenbedingten Kündigung	11
4.4	Prüfung einer Verhaltensbedingten Kündigung	11
5	Der Betriebsübergang (§ 613a BGB)	12
5.1	§ 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang besagt:	12
5.2	Voraussetzungen des Betriebsübergangs	12
5.3	Funktionsnachfolge-Out-Sourcing	13
5.4	Die „Carlito Abler“ Entscheidung des EuGH	14
5.5	Rechtsfolgen des Betriebsübergangs im Individualarbeitsrecht	15
5.6	Rechtsfolgen des Betriebsübergangs im Kollektiv-Arbeitsrecht	15
5.7	Informationspflicht des Arbeitgebers	17
5.8	Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers	18
6	Aufhebungs- und Abwicklungsverträge	19
6.1	Aufhebungsverträge	19
6.2	Abwicklungsverträge	19
6.3	Aufhebungsverträge und deren Vereinbarkeit mit einer Kontrolle der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)	20
6.4	Durchführung einer Inhaltskontrolle (Angemessenheitskontrolle)	21
6.4.1	Einzelkriterien bei der Angemessenheitskontrolle:	22
7	Aufhebungsvertrag als Haustürgeschäft?	22
8	Die Entscheidung des Bundessozialgerichtes zur Sperrzeit bei Aufhebungsverträgen	23

## 2 Änderungen im Kündigungsschutzgesetz

### 2.1 § 1 Kschg Sozial ungerechtfertigte Kündigungen besagte bis zum 24.12.2003:

**Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.**

Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Die Kündigung ist auch sozial ungerechtfertigt, wenn

in Betrieben des privaten Rechts

die Kündigung gegen eine Richtlinie nach § 95 des Betriebsverfassungsgesetzes verstößt

,der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann

und der Betriebsrat oder eine andere nach dem Betriebsverfassungsgesetz insoweit zuständige Vertretung der Arbeitnehmer aus einem dieser Gründe der Kündigung innerhalb der Frist des § 102 Abs. 2 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes schriftlich widersprochen hat,

in Betrieben und Verwaltungen des öffentlichen Rechts

die Kündigung gegen eine Richtlinie über die personelle Auswahl bei Kündigungen verstößt,der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in derselben Dienststelle oder in einer anderen Dienststelle desselben Verwaltungszweiges an demselben Dienort einschließlich seines Einzugsgebietes weiterbeschäftigt werden kann und die zuständige Personalvertretung aus einem dieser Gründe fristgerecht gegen die Kündigung Einwendungen erhoben hat, es sei denn, daß die Stufenvertretung in der Verhandlung mit der übergeordneten Dienststelle die Einwendungen nicht aufrechterhalten hat.

Satz 2 gilt entsprechend, wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen oder eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten Arbeitsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis hiermit erklärt hat. 4Der Arbeitgeber hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen.

(3) Ist einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne des Absatzes 2 gekündigt worden, so ist die Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat; auf Verlangen des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. 2Satz 1 gilt nicht, wenn betriebstechnische, wirtschaftliche oder sonstige berechnete betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer bestimmter Arbeitnehmer bedingen und damit der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehen. 3Der Arbeitnehmer hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt im Sinne des Satzes 1 erscheinen lassen.

(4) Ist in einem Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung nach § 95 des Betriebsverfassungsgesetzes oder in einer entsprechenden Richtlinie nach den Personalvertretungsgesetzen festgelegt, welche sozialen Gesichtspunkte nach Absatz 3 Satz 1 zu berücksichtigen sind und wie diese Gesichtspunkte im Verhältnis zueinander zu bewerten sind, so kann die soziale Auswahl der Arbeitnehmer nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden.

**Vergleich der neuen Fassung: siehe Noll, Gesetzestexte für die Arbeitswelt, S. 641 ff.**

Im einzelnen:

## 2.2 drei Prüfungsabschnitte der betriebsbedingten Kündigung

Für die betriebsbedingte Kündigung sind nach dem Gesetz drei Prüfungsabschnitte vorgegeben: Nach § 1 II 1 ist eine solche Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. **Der Arbeitgeber hat erstens darzulegen, auf Grund welcher Umstände er sich zu einem bestimmten unternehmerischen Handeln veranlasst sieht, das zu einer Verringerung des Beschäftigungsbedarfs. Zweitens ist zu prüfen, ob die betrieblichen Erfordernisse „dringende“ sind und die Kündigung „bedingen“.** Dies ist nicht der Fall, wenn der Rückgang des Beschäftigungsbedarfs anderweitig aufgefangen werden kann, entweder durch betriebsorganisatorische Maßnahmen oder durch eine anderweitige Beschäftigung des anderenfalls zu kündigenden Arbeitnehmers. Das Vorliegen dieser Tatsachen muss der Arbeitgeber nach § 1 II 4 nachweisen, wobei die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast gelten. Steht danach fest, dass für einen oder mehrere Arbeitnehmer zukünftig von einem verringerten Beschäftigungsbedarf auszugehen ist, muss auf die entsprechende Rüge des Arbeitnehmers drittens nach § 1 III geprüft werden, **ob der Arbeitgeber die Kündigung zwischen den vergleichbaren Arbeitnehmern dem sozial am wenigsten schutzwürdigen Arbeitnehmer gegenüber ausgesprochen hat.** Verstößt die Auswahlentscheidung gegen die Grundsätze der Sozialauswahl, ist die Kündigung trotz Vorliegens dringender betrieblicher Erfordernisse sozial ungerechtfertigt, § 1 Die Grundsätze für die soziale Auswahl richten sich nach § 1 III bis V. Sie wurden durch das Arbeitsrechtliche BeschFG (1. 10. 1996 bis 31. 12. 1998), durch das Korrekturgesetz (1. 1. 1999 bis 31. 12. 2003) und durch das Reformgesetz (ab 1. 1. 2004) mehrfach modifiziert. Auswahlfehler sind vom Arbeitnehmer zu beweisen, § 1 III 3 wobei der Arbeitnehmer nach § 1 III 1, 2. Hs. vom Arbeitgeber zuvor die Mitteilung der Gründe verlangen kann, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. Will der Arbeitgeber bestimmte Arbeitnehmer von der sozialen Auswahl ausnehmen, liegt es an ihm, die berechtigten betrieblichen Bedürfnisse bzw. Interessen (ab 1. 1. 2004) darzulegen und zu beweisen. Welche sozialen Gesichtspunkte die Sozialauswahl bestimmen und wie sie zueinander ins Verhältnis zu setzen sind, kann von den Tarifvertrags- oder Betriebsparteien im Rahmen des § 1 IV bestimmt werden. § 1 V sieht die Möglichkeit vor, Arbeitnehmer, denen betriebsbedingt gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich namentlich zu bezeichnen.

### 2.3 die berechtigten betrieblichen Bedürfnisse bzw. Interessen (ab 1. 1. 2004)

Der Gesetzgeber hat die Sozialauswahl auf die Gesichtspunkte Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten sowie Schwerbehinderung begrenzt.

§ 1 III 1 definiert den Begriff „Schwerbehinderung“ nicht eigenständig. Er knüpft erkennbar an § 2 II, III SGB IX an, wobei es nach dem Zweck der sozialen Auswahl nicht darauf ankommen kann, dass die betreffenden Menschen ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz im Geltungsbereich des SGB IX haben. Eine besondere Erschwernis auf dem Arbeitsmarkt ist danach für Arbeitnehmer mit einem Grad der Behinderung von mindestens 50 sowie für Gleichgestellte mit einem Grad der Behinderung von wenigstens 30 abwägungsrelevant.

Der Arbeitgeber hat die auswahlrelevanten Daten aus den Personalunterlagen zu entnehmen oder durch Befragung in Erfahrung zu bringen. Dies gilt insbesondere auch für den Umstand der Schwerbehinderung. Der Arbeitgeber muss sich bei den vergleichbaren Arbeitnehmern erkundigen, wenn sich eine Schwerbehinderung nicht bereits aus den Personalakten ergibt. Der Arbeitnehmer kann die Angabe aus Gründen des Persönlichkeitsrechts (Art. 2 I GG iVm. Art. 1 I GG) und wegen des Benachteiligungsverbots (Art. 3 III 2 GG) verweigern. Der Arbeitnehmer kann sich dann allerdings später auf seine Schwerbehinderung nicht mehr berufen. Andererseits hat der Arbeitgeber die soziale Auswahl auf Grund feststehender Tatsachen und nicht auf Grund von Hypothesen vorzunehmen. **Deshalb darf er im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung einen Antrag auf Anerkennung als Schwerbehinderter oder Gleichstellung nicht berücksichtigen, sondern nur Feststellungen nach § 69 SGB IX** Zu diesem Zeitpunkt kann er naturgemäß nicht wissen, ob dem Antrag nach Ausspruch der Kündigung stattgegeben wird. Wegen der Drittwirkung der sozialen Auswahl liegt hierin ein systematischer Unterschied zum Zustimmungsverfahren nach §§ 85 ff. SGB IX, in dem der Arbeitgeber aufgrund eines Anerkennungsantrages des Arbeitnehmers vorsorglich die Zustimmung zur (ggf. erneuten) Kündigung beantragen kann.

Weitere soziale Gesichtspunkte dürfen bei der sozialen Auswahl zukünftig grundsätzlich keine Rolle mehr spielen. Sonderbelastungen wegen der Pflegebedürftigkeit unterhaltsberechtigter Angehöriger des Arbeitnehmers können ebenso im Zusammenhang mit der Bewertung von Unterhaltspflichten weiter berücksichtigt werden

Es gibt nach wie vor keinen allgemein verbindlichen Bewertungsmaßstab dafür, wie die einzelnen Sozialdaten zueinander ins Verhältnis zu setzen sind. Die Sozialauswahl kann nicht mit mathematischer Genauigkeit durchgeführt werden. Der Arbeitgeber hat nach § 1 III 1 die sozialen Gesichtspunkte „ausreichend“ zu berücksichtigen, wie dies bei einem Punkteschema nach § 1 IV möglich wäre. Mit dieser Formulierung eröffnet das Gesetz dem Arbeitgeber zwar keinen weiten Ermessensspielraum. Dem Arbeitgeber ist damit jedoch ein „gewisser Wertungsspielraum“ eingeräumt, der in Grenzen mehrere rechtmäßige Entscheidungen zulässt. Auf dieser Linie liegt die Entscheidung vom 5. 12. 2002 in der das BAG hervorgehoben hat, die Auswahlentscheidung müsse nur vertretbar sein und nicht unbedingt der Entscheidung entsprechen, die das Gericht getroffen hätte, wenn es eigenverantwortlich soziale Erwägungen hätte anstellen müssen. Nur der „deutlich schutzwürdigere“ Arbeitnehmer könne die Fehlerhaftigkeit der sozialen Auswahl mit Erfolg rügen. In jedem Fall müssen die Gerichte nach § 1 III eine uneingeschränkte Kontrolle der Sozialauswahl durch den Arbeitgeber vornehmen und dazu die sozialen Belange vergleichbarer Arbeitnehmer selbst bewerten und

abwägen. Der gerichtliche Prüfungsrahmen ist nur nach § 1 IV bei kollektiv-rechtlich legitimierten Auswahlrichtlinien auf grobe Fehlerhaftigkeit reduziert.

Daraus folgt konkret: Der Arbeitgeber musste schon in der bis zum 31. 12. 2003 nach dem Korrekturgesetz geltenden Fassung des § 1 III 1 die **Dauer der Betriebszugehörigkeit**, das **Lebensalter** und die **Unterhaltsverpflichtungen** vergleichbarer Arbeitnehmer in einem ausgewogenen Verhältnis berücksichtigen. Diese Kriterien sind stets zu beachten, ohne dass einem dieser Gesichtspunkte ein genereller Vorrang einzuräumen ist. Fehlerhaft wäre die Sozialauswahl, wenn die Faktoren des Lebensalters und der Unterhaltspflichten beträchtlich höher angesetzt würden als die vom Arbeitnehmer selbst erarbeitete Betriebszugehörigkeit. Die gleiche Bewertung der Faktoren ist hingegen nicht zu beanstanden. Daran hat sich durch das Reformgesetz nichts geändert. Hinzugekommen ist lediglich die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers als Abwägungskriterium, ohne dass diesem nunmehr eine herausragende Bedeutung zukommt. Es handelt sich hierbei um einen statistischen Bewertungsfaktor, der durch Unterhaltspflichten andere Arbeitnehmer egalisiert werden oder dahinter zurücktreten kann. **Im Verhältnis zu den dynamischen Faktoren des Lebensalters sowie der Betriebszugehörigkeit verliert dieser Umstand während der Dauer des Arbeitsverhältnisses stetig an Gewicht.**

Das BAG hat mit Urteil vom 18. 1. 1990 (BAG 18. 1. 1990 AP KSchG1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 19 = NZA 1990, 729) folgende (in einem Interessenausgleich

Dienstjahre: Bis zu 10 Dienstjahren je Dienstjahr 1 Punkt. Ab dem 11. Dienstjahr je Dienstjahr 2 Punkte. Berücksichtigt werden nur Zeiten der Betriebszugehörigkeit bis

Lebensalter: Für jedes volle Lebensjahr 1 Punkt, maximal 55 Punkte.

Unterhaltspflichten: Je unterhaltsberechtigtes Kind 4 Punkte, verheiratet 8 Punkte.

Schwerbehinderung: Grad der Behinderung bis 50 ergibt 5 Punkte, über 50 je Grad 1 Punkt.

Der Wertungsspielraum in der Sozialauswahl erlaubt es dem Arbeitgeber (oder den Parteien einer kollektivrechtlichen Richtlinie nach § 1 IV), in einem Punktesystem Unterteilungen in Gruppen vorzunehmen, indem er zB das Lebensalter (ab dem 20. Lebensjahr) im Abstand von 7 Jahren sowie die Betriebszugehörigkeit im Abstand von 4 Jahren jeweils mit einem Punkt und die tatsächlichen Unterhaltspflichten mit 2 Punkten pro Person bewertet. Denkbar sind weitere Modelle, in denen der soziale Schutzbedarf bei rentennahen Jahrgängen in angemessenem Umfang degressiv berücksichtigt wird. Außerdem können in Auswahlrichtlinien sachgerechte Altersgruppen gebildet werden.

#### 2.4 Weiterhin: abgestufte Darlegungs und Beweislast bei Sozialauswahl

Der Arbeitnehmer hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt im Sinne des § 1 III 1 erscheinen lassen. Aufgrund der materiellrechtlichen Wirkung des in § 1 III 1 Halbs. 2 geregelten **Auskunftsanspruchs** und dem allgemeinen prozessualen Grundsatz aus § 138 ZPO ist die **Darlegungs- und Beweislast** allerdings **abzustufen**. Der Arbeitnehmer müsste sonst bei einer ihm unvermindert obliegenden Darlegungslast zunächst den Arbeitgeber verklagen, damit dieser ihm die Gründe für die soziale Auswahl mitteilt. Dadurch würde aber mit unnötigen Verzögerungen auf einem Umweg dasselbe Ergebnis erreicht.

**Zunächst** muss feshalb der **Arbeitnehmer behaupten**, die **soziale Auswahl sei fehlerhaft** vorgenommen worden. Erst dann besteht für den Arbeitgeber Anlass, zur sozialen Auswahl überhaupt Stellung zu nehmen. Ohne diesen Vortrag darf das Gericht die Sozialauswahl nicht von Amts wegen prüfen. Kennt der Arbeitnehmer die Zahl und Namen der vergleichbaren Arbeitnehmer sowie deren Sozialdaten, kann er sich nicht mit der einfachen Rüge begnügen, die soziale Auswahl sei fehlerhaft erfolgt. Nach § 138 ZPO muss jede Partei die ihr bekannten Tatsachen vollständig und wahrheitsgemäß vortragen **Ist der Arbeitnehmer nicht in der Lage, substantiiert zur sozialen Auswahl Stellung zu nehmen, kann er vom Arbeitgeber Auskunft dazu verlangen, welche Arbeitnehmer in die soziale Auswahl einbezogen, welche sozialen Gesichtspunkte zugrundegelegt und wie sie bewertet worden sind** Kommt der Arbeitgeber dieser Verpflichtung überhaupt nicht nach, ist der Arbeitnehmer von einem weiteren substantiierten Bestreiten befreit. Bereits das Bestreiten einer ordnungsmäßigen Sozialauswahl nach § 1 III ist schlüssig (ausreichend) Steht fest, dass der Arbeitgeber keine soziale Auswahl vorgenommen hat, spricht dies indiziell für die ungenügende Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte. Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn der Arbeitnehmer einem Betriebs(teil)übergang widersprochen hat, ohne dass hierfür aner kennenswerte Gründe vorlagen

Ergibt sich aus dem Vortrag des Arbeitgebers, dass er den Kreis vergleichbarer Arbeitnehmer objektiv zu eng gezogen, einen der unverzichtbaren sozialen Gesichtspunkt nicht beachtet oder nicht ausreichend gewürdigt hat, besteht ebenfalls eine von ihm auszuräumende tatsächliche Vermutung dafür, dass die Sozialauswahl im Ergebnis fehlerhaft ist. Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber nur betriebliche Belange vorträgt, oder wenn er lediglich abstrakt die Auswahlgesichtspunkte mitteilt, ohne die einbezogenen Arbeitnehmer und deren konkrete Sozialdaten zu benennen. Da die Rechtmäßigkeit der Sozialauswahl objektiv zu beurteilen ist kann der Arbeitgeber die Vermutung einer fehlerhaften Sozialauswahl widerlegen; auch subjektiv unvollständige oder fehlerhafte Erwägungen können zufällig zum zutreffenden Ergebnis führen Ergänzt er seinen Vortrag jedoch nicht, ist die Behauptung des Arbeitnehmers, der Arbeitgeber habe soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend gewürdigt, als unstrittig bzw. als zugestanden anzusehen Entspricht der Arbeitgeber hingegen dem Auskunftsverlangen, muss der **Arbeitnehmer wieder vortragen und ggf. beweisen**, welche vom Arbeitgeber in die Sozialauswahl einbezogenen Arbeitnehmer weniger schutzwürdig sein sollen oder welche weiteren Arbeitnehmer in die soziale Auswahl einzubeziehen sind

Die Kündigung ist sozial ungerechtfertigt, wenn sich anhand des Vortrags des gekündigten Arbeitnehmers herausstellt, dass die Auswahlentscheidung objektiv fehlerhaft ist.

Für das tatsächliche Bestehen von Gründen, die nach § 1 III 2 einer Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehen, ist der Arbeitgeber darlegungs- und beweispflichtig (Werturteile („Spitzenkraft“) oder schlagwortartige Behauptungen reichen nicht aus. Das

Gericht muss anhand des Sachvortrags nachvollziehen können, warum die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers erforderlich ist.

## 2.5 Der Schwellenwert

### 2.5.1 § 17 KSchG Anzeigepflicht besagt:

- (1) 1Der Arbeitgeber ist verpflichtet, der Agentur für Arbeit Anzeige zu erstatten, bevor er
1. in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als 5 Arbeitnehmer,
  2. in Betrieben mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern 10 vom Hundert der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder aber mehr als 25 Arbeitnehmer,
  3. in Betrieben mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer innerhalb von 30 Kalendertagen entläßt. 2Den Entlassungen stehen andere Beendigungen des Arbeitsverhältnisses gleich, die vom Arbeitgeber veranlaßt werden.
- (2) 1Beabsichtigt der Arbeitgeber, nach Absatz 1 anzeigepflichtige Entlassungen vorzunehmen, hat er den Betriebsrat rechtzeitig die zweckdienlichen Auskünfte zu erteilen und ihn schriftlich insbesondere zu unterrichten über
1. die Gründe für die geplanten Entlassungen,
  2. die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer,
  3. die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer,
  4. den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen,
  5. die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer,
  6. die für die Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehenen Kriterien.
- 2Arbeitgeber und Betriebsrat haben insbesondere die Möglichkeiten zu beraten, Entlassungen zu vermeiden oder einzuschränken und ihre Folgen zu mildern.
- (3) 1Der Arbeitgeber hat gleichzeitig der Agentur für Arbeit eine Abschrift der Mitteilung an den Betriebsrat zuzuleiten; sie muß zumindest die in Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 bis 5 vorgeschriebenen Angaben enthalten. Die Anzeige nach Absatz 1 ist schriftlich unter Beifügung der Stellungnahme des Betriebsrates zu den Entlassungen zu erstatten. Liegt eine Stellungnahme des Betriebsrates nicht vor, so ist die Anzeige wirksam, wenn der Arbeitgeber glaubhaft macht, daß er den Betriebsrat mindestens zwei Wochen vor Erstattung der Anzeige nach Absatz 2 Satz 1 unterrichtet hat, und er den Stand der Beratungen darlegt. Die Anzeige muß Angaben über den Namen des Arbeitgebers, den Sitz und die Art des Betriebes enthalten, ferner die Gründe für die geplanten Entlassungen, die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden und der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer, den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen und die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer. In der Anzeige sollen ferner im Einvernehmen mit dem Betriebsrat für die Arbeitsvermittlung Angaben über Geschlecht, Alter, Beruf und Staatsangehörigkeit der zu entlassenden Arbeitnehmer gemacht werden. 6Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat eine Abschrift der Anzeige zuzuleiten. Der Betriebsrat kann gegenüber der Agentur für Arbeit weitere Stellungnahmen abgeben. Er hat dem Arbeitgeber eine Abschrift der Stellungnahme zuzuleiten.
- (3a) 1Die Auskunfts-, Beratungs- und Anzeigepflichten nach den Absätzen 1 bis 3 gelten auch dann, wenn die Entscheidung über die Entlassungen von einem den Arbeitgeber beherrschenden Unternehmen getroffen wurde. Der Arbeitgeber kann sich nicht darauf berufen, daß das für die Entlassungen verantwortliche Unternehmen die notwendigen Auskünfte nicht übermittelt hat.
- (4) Das Recht zur fristlosen Entlassung bleibt unberührt. Fristlose Entlassungen werden bei Berechnung der Mindestzahl der Entlassungen nach Absatz 1 nicht mitgerechnet.

### 2.5.2 Nichtanrechnung der befristet Beschäftigten auf den Schwellenwert

Arbeitnehmer, deren Beschäftigung - aus welchen Gründen auch immer - nur vorübergehend ist, sind nicht mitzuzählen, weil aus ihrer Beschäftigung für die normale Betriebsgröße nichts abgeleitet werden kann (§ 17 Rn. 20). Aushilfsarbeiter und Vertretungskräfte können aber im Einzelfall zu berücksichtigen sein, wenn eine bestimmte Anzahl regelmäßig mindestens sechs Monate im Kalenderjahr beschäftigt wird und mit einer derartigen Beschäftigung auch in Zukunft zu rechnen ist. Arbeitnehmer in ruhenden Arbeitsverhältnissen (Erziehungsurlaub, Mutterschutz, Wehrdienst, Zivildienst) werden mitgezählt. Der Arbeitnehmer im ruhenden Arbeitsverhältnis wird nicht mitgezählt, wenn eine Ersatzkraft für ihn eingestellt ist.

## 2.6 Der Abfindungsanspruch

2.6.1 § 1a Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung besagt:

- (1) 1Kündigt der Arbeitgeber wegen dringender betrieblicher Erfordernisse nach § 1 Abs. 2 Satz 1 und erhebt der Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Frist des § 4 Satz 1 keine Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, hat der Arbeitnehmer mit dem Ablauf der Kündigungsfrist Anspruch auf eine Abfindung. 2Der Anspruch setzt den Hinweis des Arbeitgebers in der Kündigungserklärung voraus, dass die Kündigung auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützt ist und der Arbeitnehmer bei Verstreichenlassen der Klagefrist die Abfindung beanspruchen kann.
- (2) 1Die Höhe der Abfindung beträgt 0.5 Monatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses. 2§ 10 Abs. 3 gilt entsprechend. 3Bei der Ermittlung der Dauer des Arbeitsverhältnisses ist ein Zeitraum von mehr als sechs Monaten auf ein volles Jahr aufzurunden.

### 2.6.2 Weiterhin Gestaltungsfreiheit bei Abfindungen

§ 1a beschränkt nicht die Vertragsfreiheit. Es besteht daher für die Arbeitsvertragsparteien weiter die Möglichkeit, durch eine einvernehmliche Regelung das Arbeitsverhältnis gegen Abfindung aufzulösen. Eine solche Möglichkeit der vertraglichen Gestaltung besteht auch noch, wenn bereits eine Kündigung ausgesprochen worden ist. Hierbei sind die Arbeitsvertragsparteien nicht an die Regelung in § 1a II gebunden.

Vertraglich kann auch eine niedrigere Abfindung angeboten werden. Ebenso ist es zulässig, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Abfindung für Nichtklageerhebung bei einer personen- oder verhaltensbedingten Kündigung anbietet.

Die Erklärung kann wirksam nur vom Arbeitgeber oder einer entsprechend für Kündigungen bevollmächtigten Person abgegeben werden. Wird später nur über die Abfindung gestritten, wird nicht nachgeprüft, ob die Voraussetzungen für eine betriebsbedingte Kündigung tatsächlich vorlagen. Bei mehreren Kündigungen muss der Hinweis für jede Kündigung wiederholt werden. Wird wegen personen- oder verhaltensbedingten Gründen gekündigt, greift § 1a nicht. Es bleibt den Arbeitsvertragsparteien hier überlassen, sich vertraglich auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses und die Zahlung einer Abfindung zu einigen.

Kündigt der Arbeitgeber betriebsbedingt und zugleich personen- und/oder verhaltensbedingt, kommt die Regelung in § 1a zum Zuge, wenn der Arbeitgeber eine Erklärung nach § 1a I 2 abgegeben hat und der Arbeitnehmer insgesamt keine Kündigungsschutzklage erhebt. § 1a ist auch anwendbar, wenn einem tariflich unkündbaren Arbeitnehmer aus betriebsbedingten Gründen außerordentlich mit Auslauffrist gekündigt wird. § 1a gilt auch für eine betriebsbedingte Änderungskündigung, wenn der Arbeitnehmer das Angebot nicht unter Vorbehalt annimmt und es somit um die Beendigung des Arbeitsverhältnisses geht.



### 3 Überblick: Checkliste bei Kündigungen

#### 3.1 Betriebsbedingte Kündigung

- I. Dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung im Betrieb entgegenstehen, § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG;
- II. Fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Betrieb des Unternehmens, § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG:
  1. Ohne Änderung der Arbeitsbedingungen – Vorrang des Direktionsrechts
  2. Nach Änderung der Arbeitsbedingungen – Vorrang der Änderungskündigung
- III. Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ggf. nach Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen, § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG
- IV. Vorrang milderer Mittel:
  1. Grundsatz der Erforderlichkeit, § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG und § 2 SGB III
  2. Vorrangiger Abbau von Überstunden und Leiharbeit)
  3. Vorrang der Kurzarbeit bei vorübergehendem Arbeitsmangel
  4. Vorrang der Herabsetzung der Arbeitszeit –?
- V. Sozialauswahl:
  1. Festlegung der Personen, die in die Sozialauswahl einzubeziehen sind
  2. Vergleichbarkeit von der ausgeübten Tätigkeit her – austauschbar durch Direktionsrecht
  3. Als baldige Substituierbarkeit – betriebliche Probezeit
  4. Auf derselben Ebene der Betriebshierarchie: horizontale Vergleichbarkeit – Direktionsrecht
  5. Sonderkündigungsschutz nach SGB IX, Mutterschutzgesetz, BetrVG
  6. Sozialauswahl aus den ermittelten Arbeitnehmer/Innen unter Berücksichtigung der Kriterien für die Sozialauswahl, vor allem
    - a) Lebensalter
    - b) Dauer der Betriebszugehörigkeit
    - c) Unterhaltspflichten
    - d) Schwerbehinderung
  - d) aber auch andere Kriterien, wie z. B. Berufskrankheit, unverschuldeter Arbeitsunfall, Chancen auf dem Arbeitsmarkt
  7. Herausnahme der Arbeitnehmer/Innen, die nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG aus der Sozialauswahl herausfallen weil
    - a) betriebstechnische,
    - b) wirtschaftliche oder
    - c) sonstige berechnigte betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung bedingen und damit der Auswahl nach sozialen Kriterien entgegenstehen.
  8. Gesetzlicher Sonderfall: Gewichtung der Sozialdaten wird bei Auswahlrichtlinien nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft, § 1 Abs. 4 KSchG
- VI. Beurteilungszeitpunkt:
  1. Tatsachen, die die Kündigung bedingen, müssen im Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung vorliegen und spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist den Beschäftigungsbedarf entfallen lassen
  2. War im Zeitpunkt des Zugangs die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt, so ist sie wirksam, selbst wenn sich die Verhältnisse nachträglich objektiv ändern

3. Dem Arbeitnehmer kann aber bei nachträglicher Änderung der Verhältnisse ein Wiedereinstellungsanspruch zustehen

### 3.2 Die Prüfung der Unternehmerentscheidung zu Kündigen

#### I. Außerbetriebliche Ursachen

1. Absatzschwierigkeiten, Auftragsmangel, Energiemangel, Haushaltseinsparungen, Rohstoffmangel, Gewinnverfall, Umsatzrückgang
2. Selbstbindende unternehmerische Entscheidung: gerichtet auf Anpassung der Beschäftigtenzahl an gesunkene Auftragslage ohne darüberhinausgehende organisatorische Änderungen
3. Außerbetriebliche Ursachen der unternehmerischen Entscheidung führen unmittelbar zum Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit).
4. Umfang der Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers: tatsächliches Vorliegen der außerbetrieblichen Ursachen
  - Selbstbindung: unmittelbare Abhängigkeit der Beschäftigtenzahl von Arbeitsaufkommen in Form eines festen Berechnungsmodus;
  - richtige Anwendung des Berechnungsmodus.

#### II. Innerbetriebliche Ursachen

1. Technisch oder organisatorisch bedingte Änderungen des Arbeitsablaufs, Änderung von Fertigungsmethoden, Rationalisierungsmaßnahmen, Änderungen des Produktionsumfanges
2. Gestaltende unternehmerische Entscheidung: gerichtet auf Änderung der Organisation des Betriebes
3. Innerbetriebliche Ursachen der unternehmerischen Entscheidung führen unmittelbar zum Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit
4. Außerbetriebliche Ursachen der unternehmerischen Entscheidung führen nur mittelbar zum Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit, in dem sie Arbeitgeber zur gestaltenden unternehmerischen Entscheidung veranlassen
5. Umfang der Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers: Darlegung des unternehmerischen Konzepts für Organisationsänderung, ggf. tatsächliches Vorliegen der außerbetrieblichen Ursachen, kausaler Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit infolge der Organisationsänderung

#### III. Personelle Reduzierung als Unternehmerentscheidung

1. Der Arbeitgeber hat auf der ersten Stufe darzulegen
    - daß eine Unternehmerentscheidung zur Personalreduzierung getroffen worden ist und wie sie konkret aussieht,
    - durch wen diese Entscheidung getroffen wurde,
    - wann diese Entscheidung getroffen worden ist und zu welchem Zeitpunkt sie greifen soll,
    - daß es sich um eine auf Dauer angelegte Entscheidung handelt,
    - daß und ggf. wie weit die Arbeitsmenge reduziert ist bzw. die Prognose eine Reduzierung der Arbeitsmenge erwarten läßt,
    - daß die verbleibende Arbeit ohne überobligatorische Leistungen von dem verbleibenden Personal bewältigt werden kann,
    - daß und wie eine Um- und Neuverteilung der Arbeit erfolgen soll.
  2. Der Arbeitnehmer hat hierauf mit seinem tatsächlichen Vorbringen zu reagieren. Er hat vorzutragen
    - daß und warum die getroffene Unternehmerentscheidung willkürlich, unsachlich oder unvernünftig sein soll,
    - daß sie nicht durchführbar ist oder so nicht zum Kündigungszeitpunkt planmäßig durchgeführt werden kann,
    - daß sie gegenüber dem verbleibenden Personal gesetz-, tarif- oder arbeitsvertragswidrig ist,
    - daß die unternehmerische Entscheidung zwischenzeitlich aufgehoben worden ist.
3. Dem hat der Arbeitgeber dann folgendermaßen zu entgegenen: Er muß vortragen
- daß sich das Konzept bewährt hat,
  - daß ein womöglich bestimmteres Konzept die ursprünglich unbestimmte Vorstellung konkretisiert hat (aber Betriebsratsanhörung!),
  - daß eine langsamere Fertigstellung der Arbeit bei weniger Personal hingenommen wird,

- daß Leistungsreserven vorhanden waren und nunmehr ausgeschöpft werden.

### **3.3 Prüfung einer Personenbedingten Kündigung**

- Hat der Arbeitnehmer die Eignung oder Fähigkeit verloren, die von ihm geschuldete Arbeitsleistung ganz oder teilweise zu erbringen? Falls nicht, liegt möglicherweise vorwerfbares Verhalten im weitesten Sinne vor?
- Wie waren die Verhältnisse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung? Ist die Prognose für die Zukunft negativ?
- Gibt es mildere Mittel als eine Kündigung?
- Liegt eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen vor?

### **3.4 Prüfung einer Verhaltensbedingten Kündigung**

Ist der Kündigungsgrund »an sich geeignet«, eine verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen?

- Liegt eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung vor?
- Ist der Pflichtenverstoß vorwerfbar?
- Gibt es mildere Mittel als eine Kündigung, z.B. eine Abmahnung? – Ist das konkrete Fehlverhalten des konkreten Arbeitnehmers geeignet, »einen ruhigen und verständigen Arbeitgeber« zu einer Kündigung zu veranlassen?
- Welche Kriterien sind im Rahmen der Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen?

## 4 Der Betriebsübergang (§ 613a BGB)

### 4.1 § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang besagt:

(1) Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Sind diese Rechte und Pflichten durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags oder durch eine Betriebsvereinbarung geregelt, so werden sie Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer und dürfen nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Übergangs zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden. 3Satz 2 gilt nicht, wenn die Rechte und Pflichten bei dem neuen Inhaber durch Rechtsnormen eines anderen Tarifvertrags oder durch eine andere Betriebsvereinbarung geregelt werden. Vor Ablauf der Frist nach Satz 2 können die Rechte und Pflichten geändert werden, wenn der Tarifvertrag oder die Betriebsvereinbarung nicht mehr gilt oder bei fehlender beiderseitiger Tarifgebundenheit im Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags dessen Anwendung zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer vereinbart wird.

(2) Der bisherige Arbeitgeber haftet neben dem neuen Inhaber für Verpflichtungen nach Absatz 1, soweit sie vor dem Zeitpunkt des Übergangs entstanden sind und vor Ablauf von einem Jahr nach diesem Zeitpunkt fällig werden, als Gesamtschuldner. Werden solche Verpflichtungen nach dem Zeitpunkt des Übergangs fällig, so haftet der bisherige Arbeitgeber für sie jedoch nur in dem Umfang, der dem im Zeitpunkt des Übergangs abgelaufenen Teil ihres Bemessungszeitraums entspricht.

(3) Absatz 2 gilt nicht, wenn eine juristische Person oder eine Personenhandelsgesellschaft durch Umwandlung erlischt.

(4) 1Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Übergangs eines Betriebs oder eines Betriebsteils ist unwirksam. 2Das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen bleibt unberührt.

(5) Der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber hat die von einem Übergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang in Textform zu unterrichten über:

1. den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs,
2. den Grund für den Übergang,
3. die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und
4. die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen.

(6) 1Der Arbeitnehmer kann dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach Absatz 5 schriftlich widersprechen. 2Der Widerspruch kann gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber oder dem neuen Inhaber erklärt werden.

### 4.2 Voraussetzungen des Betriebsübergangs

Die Begriffsbestimmung des EuGH zum Betriebsübergang hat im Wesentlichen in die aktuelle „Betriebsübergangsrichtlinie“ 2001/23/EG Eingang gefunden. Danach kommt es auf den **„Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“** an. Für die Frage, ob die Identität der wirtschaftlichen Einheit gewahrt bleibt, sind sämtliche, den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen zu berücksichtigen. Dazu gehören namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes, der Übergang oder Nichtübergang der materiellen Aktiva wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva zum Zeitpunkt des Übergangs, die Übernahme oder Nichtübernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der Übergang oder Nichtübergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen der vor und der nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit. Alle diese Umstände sind jedoch nur Teilaspekte der vorzunehmenden **Gesamtbewertung** und dürfen deshalb nicht isoliert beurteilt werden.

In der Regel ist im Einzelfall zu prüfen, welche der nachfolgenden Kriterien (vorbehaltlich einer abschließenden Gesamtbewertung) für oder gegen einen Übergang der wirtschaftlichen Einheit sprechen:

1. die Art des Unternehmens,
2. der Übergang der Aktiva,
3. der Wert der immateriellen Aktiva,
4. die Übernahme der Arbeitnehmer,
5. die Übernahme der Kundschaft,
6. die Ähnlichkeit der Tätigkeit vor und nach der Übernahme
7. sowie die Dauer einer Unterbrechung der Geschäftstätigkeit.

### 4.3 Funktionsnachfolge-Out-Sourcing

In dem sog. „Ayse Sützen“ Fall (AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 14 = EAS RL 77/187/EWG Art. 1 Nr. 13 = NZA 1997, 433) hatte der EuGH herausgestellt, dass als wirtschaftliche Einheit nicht die bloße Tätigkeit („Christel Schmidt“ Fall) verstanden werden dürfe.

Ob ein Betriebsübergang oder eine bloße Funktionsnachfolge vorliegt, hängt nach der jetzigen Rechtsprechung davon ab, ob bloße Übernahme einer Tätigkeit (ohne die Übernahme sonstiger Betriebsmittel oder der Belegschaft) oder Übernahme der Tätigkeit mit Übernahme von Betriebsmitteln oder Belegschaftsteilen vorliegt. Während es sich im ersten Fall um eine reine Funktionsnachfolge handelt, die nicht von § 613a erfasst wird, kann im zweiten Fall ein Betriebsübergang vorliegen, weil eine wirtschaftliche Einheit im Sinne einer organisierten Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung übergegangen ist. Bei der Abgrenzung der bloßen Funktionsnachfolge von der Übernahme einer organisierten Arbeitnehmerschaft stellt das BAG auf die Übernahme der Hauptbelegschaft ab. Als Hauptbelegschaft in diesem Sinne gilt der nach Zahl und Sachkunde wesentliche Teil des Personals. Wieviele Arbeitnehmer im Einzelfall den wesentlichen Teil des Personals ausmachen, hängt davon ab, welche Anforderungen die Arbeitsplätze an die Qualifikation der Arbeitnehmer stellen. Werden nach diesen Kriterien weniger Arbeitnehmer übernommen als zur Annahme der Hauptbelegschaft erforderlich, liegt eine bloße Funktionsnachfolge vor. Diese Bewertung gilt unabhängig davon, ob der bisher von einem Konkurrenten wahrgenommene Auftrag übernommen wird oder eine bisher vom Auftraggeber betriebsintern vorgenommene Tätigkeit (Outsourcing). Im Ergebnis kann der (neue) Auftragnehmer das Vorliegen einer Funktionsnachfolge oder eines Betriebsübergangs dadurch beeinflussen, dass er neben der Tätigkeit einen wesentlichen Teil des bisherigen Personals übernimmt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn er den bisher von einem Konkurrenten wahrgenommenen Auftrag übernimmt. Im Fall des Outsourcings muss der Auftragnehmer uU auch auf die Interessen des Auftraggebers Rücksicht nehmen, die durchaus in der Übernahme seiner bisherigen Arbeitnehmer (etwa zur Vermeidung von Kündigungen und/oder Sozialplankosten) liegen können. Unabhängig davon ist es sowohl für den Unternehmer als auch für die Arbeitnehmer schwer abschätzbar, ob und wann ein Betriebsübergang in diesen Fällen eintritt.

#### 4.4 Die „Carlito Abler“ Entscheidung des EuGH

In der Entscheidung des EuGH 20.11.2003, ging es um einen Caterer der in einem österreichischen Krankenhaus eine Kantine betrieb. Die Räumlichkeiten wurden gestellt, ebenso das notwendige Inventar wie Küche und Speisesäle, jedoch übernahm der Caterer auch dazu keine Arbeitnehmer des Krankenhauses. Es kündigte dann das Krankenhaus unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist den Vertrag und erteilte einem anderen Unternehmen den Auftrag. Weil die bisher von dem Caterer im fraglichen Bereich des Krankenhauses eingesetzten 21 Beschäftigten nicht übernommen wurden, klagten sie gegen das andere Unternehmen mit der Folge, dass der österreichische Oberste Gerichtshof mit Beschluss vom 25. 6. 2001 dem Europäischen Gerichtshof die Frage vorlegte, ob es sich um den Übergang eines Betriebsteils im Sinne des Art. 1 der Richtlinie 77/187/EWG handelt, „wenn ein Krankenhausträger, der bisher ein Großküchenunternehmen mit der Versorgung der Patienten und des Krankenhauspersonals mit Speisen und Getränken zu einem auf den Verköstigungsvertrag pro Person bezogenen Preis beauftragt und ihm dazu Wasser und Energie sowie seine Wirtschaftsräume (Betriebsküche) samt dem erforderlichen Inventar zur Verfügung gestellt hat, nach auf Kündigung dieses Vertrags die Aufgaben auf die bisher bei diesem ersten Großküchenunternehmen zur Verfügung gestellt Betriebsmittel einem anderem Großküchenunternehmen überträgt, ohne dass dieses zweite Großküchenunternehmen die vom ersten Großküchenunternehmen selbst eingebrachten Betriebsmittel - Personal, Warenlager, Kalkulations-, Menü-, Diät-, Rezept- oder Erfahrungsunterlagen übernimmt“?

Der europäische Gerichtshof entschied, dass die Verpflegung nicht als eine Tätigkeit angesehen werden kann, bei es im wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, da dafür Inventar in beträchtlichem Umfang erforderlich ist. Die für die betreffende Tätigkeit unverzichtbaren Betriebsmittel - nämlich die Räumlichkeiten, Wasser, Energie und das Groß- und kleine Inventar (insbesondere das für die Zubereitung der Speisen erforderliche bewegliche Inventar und die Spülmaschinen) hatte der Erwerber übernommen. Die Situation sei deshalb durch die ausdrückliche Verpflichtung des Bewerbers zur Zubereitung der Speisen in der Küche des Krankenhauses und folglich zu Übernahme dieser Betriebsmittel geprägt. Der Übergang der Räumlichkeiten und des vom Krankenhaus zur Verfügung gestellten Inventars, der für die Zubereitung und die Verteilung der Speisen an die Patienten und das Krankenhauspersonal unerlässlich erscheint, reicht unter diesen Umständen für die Erfüllung der Merkmale des Übergangs der wirtschaftlichen Einheit aus. Deshalb reicht der Umstand, dass der Erwerber keinen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernommen hat, welches seine Vorgänger für die Durchführung derselben Tätigkeit eingesetzt hatte, nicht aus, um in einem Bereich wie dem der Verpflegung, wo es im wesentlichen auf das Inventar ankommt, den Übergang einer ihrer Identität bewahren sind Einheit im Sinne der Richtlinie 77/187/EWG auszuschließen. Die Richtlinie erstrecke sich nämlich auf alle Fälle, in denen im Rahmen vertraglicher Beziehungen der Arbeitgeber, der für den Betrieb des Unternehmens verantwortlich ist und insoweit gegenüber den in dem Unternehmen und Beschäftigten Arbeitnehmern die Arbeitgeber Verpflichtungen eingeht, wechselt, ohne dass es darauf ankommt, ob das Eigentum an den Betriebsmitteln übertragen worden ist.

Zusammenfassend kehrt damit der Europäischengerichtshof wieder zu den in der so genannten "Christel Schmidt Entscheidung" aufgestellten Grundsätzen zurück und knüpft nicht mehr nur an die so genannte wirtschaftliche Einheit an sondern an eine so genannte Funktionsnachfolge.

#### 4.5 Rechtsfolgen des Betriebsübergangs im Individualarbeitsrecht

Ist ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft übergegangen, so bestimmt § 613a I 1, dass der neue Inhaber in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen eintritt. Das Arbeitsverhältnis zum bisherigen Betriebsinhaber erlischt.

Ist das Arbeitsverhältnis beendet, greift § 613a nicht ein. Ruhestandsverhältnisse werden daher nicht erfasst, so dass der Erwerber Versorgungsansprüche von Arbeitnehmern, die bereits vor dem Betriebsübergang in den Ruhestand getreten sind, nicht erfüllen muss.

Durch den gesetzlich angeordneten Vertragspartnerwechsel wird der neue Betriebsinhaber Schuldner aller Verbindlichkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, auch soweit sie vor dem Übergang entstanden sind. Er muss dieselben Löhne und Gehälter zahlen, die der ehemalige Betriebsinhaber gezahlt hat. Auch rückständige Lohnansprüche hat er auf Grund des Schuldnerwechsels zu begleichen (BAG 18. 8. 1976 AP BGB § 613a Nr. 4 = NJW 1977, 1168). Zu den Verbindlichkeiten aus dem Arbeitsverhältnis gehören auch alle sonstigen Leistungen, die der bisherige Betriebsinhaber gewährt hat, wie etwa Gratifikationen und andere Sonderleistungen (zB Anwesenheitsprämien, Beihilfen, Deputate, Personalrabatte uä).

Bereits beim Veräußerer erdiente Versorgungsansprüche der Arbeitnehmer gehören ebenfalls zu den übergehenden Rechten

#### 4.6 Rechtsfolgen des Betriebsübergangs im Kollektiv-Arbeitsrecht

Nach § 613a I 1 tritt der neue Betriebsinhaber lediglich in die Rechte und Pflichten aus den übergebenen Arbeitsverhältnissen ein. Zu diesen Rechten und Pflichten gehören einmal die ausdrücklichen arbeitsvertraglichen Regelungen. Dasselbe gilt, wenn ein Tarifvertrag oder einzelne Bestimmungen daraus durch Vereinbarung Eingang in den Arbeitsvertrag des übernommenen Arbeitnehmers gefunden haben, weil dieser oder der ehemalige Betriebsinhaber nicht tarifgebunden war. In diesem Fall ist der neue Betriebsinhaber an diese Bestimmungen ebenfalls bereits durch § 613a I 1 gebunden. Anders ist es dagegen bei Tarifverträgen, an die der Betriebsveräußerer und seine Arbeitnehmer kraft Tarifbindung gemäß § 3 I TVG oder Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 IV TVG gebunden waren, und bei Betriebsvereinbarungen. Infolge der unmittelbaren und zwingenden Wirkung nach § 4 I TVG und § 77 IV BetrVG wirken die Normen aus Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung wie Gesetze von außen auf die Arbeitsverhältnisse ein, ohne Bestandteil der Arbeitsverträge zu werden. **Daraus folgt jedoch, dass diese Normen nicht nach § 613a I 1 auf den Erwerber übergehen.** Deshalb regelt § 613a I 2 bis 4, in welcher Form kollektivvertragliche Regelungen bei einem Betriebsübergang auf den Erwerber übergehen bzw. abgelöst oder geändert werden können.

Nach der Regelung des § 613a I 2 gelten die Bestimmungen eines beim ehemaligen Betriebsinhaber angewendeten Tarifvertrags oder dort bestehender Betriebsvereinbarungen nicht in ihrer bisherigen kollektivrechtlichen Form fort. Vielmehr verlieren sie ihre Rechtsnatur als **Tarifvertrag bzw. Betriebsvereinbarung und werden Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem übernommenen Arbeitnehmer und dem neuen Betriebsinhaber.** Sie haben dieselbe Geltung wie die Regelungen des Arbeitsvertrags. Mit dem Verlust der kollektivrechtlichen Geltung verlieren die Bestimmungen auch ihre unmittelbare und zwingende Wirkung, die ihnen als Tarifvertrag nach § 4 I TVG und als Betriebsvereinbarung nach § 77 IV 1 BetrVG beim ehemaligen Betriebsinhaber zukam.

Allerdings ordnet § 613a I 2 eine einjährige Veränderungssperre zum Nachteil der Arbeitnehmer an.

Mit der angeordneten individualrechtlichen Fortgeltung von Rechten und Pflichten aus Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung ist eine kollektivrechtliche Fortgeltung nicht ausgeschlossen. Eine kollektivrechtliche Bindung des neuen Betriebsinhabers an den bestehenden Verbandstarifvertrag tritt ein, wenn der neue Betriebsinhaber und die übernommenen Arbeitnehmer tarifgebunden sind. Dagegen gilt ein nach § 5 TVG allgemeinverbindlicher Tarifvertrag unabhängig von der Tarifgebundenheit kollektivrechtlich fort, sofern nicht der Betriebserwerber durch Änderung des Betriebszwecks aus dem fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags oder aus der Zuständigkeit der bisher maßgeblichen Tarifvertragsparteien herausfällt.

Für die kollektivrechtliche Bindung des Betriebserwerbers an eine bestehende Betriebsvereinbarung ist entscheidend, dass er betriebsverfassungsrechtlich in die Pflichten des ehemaligen Betriebsinhabers eintritt. Dies trifft jedenfalls dann zu, wenn die Betriebsidentität im Wesentlichen bei dem neuen Inhaber erhalten bleibt. In diesem Fall besteht nämlich der Betriebsrat auch nach dem Betriebsinhaberwechsel fort. Daraus folgt, dass der neue Betriebsinhaber nicht nur als Vertragspartner der übernommenen Arbeitnehmer auftritt, sondern auch als Betriebspartner des fortbestehenden Betriebsrats.

Gesamtbetriebsvereinbarungen gelten nach BAG kollektivrechtlich fort, auch wenn nicht alle Betriebe des Unternehmens vom Erwerber übernommen werden. Das BAG (BAG 18. 9. 2002 AP BetrVG1972 § 77 Nr. 93 = NZA 2003, 670) hat sich in einer neueren Entscheidung für die umfassende kollektivrechtliche Fortgeltung von Gesamtbetriebsvereinbarungen entschieden. Danach gilt eine Gesamtbetriebsvereinbarung als Einzelbetriebsvereinbarung kollektivrechtlich weiter, wenn nur ein Betrieb übernommen wird. Die Übernahme aller oder mehrerer Betriebe soll dazu führen, dass die sie erfassenden Gesamtbetriebsvereinbarungen beim Erwerber als solche bestehen bleiben. Dies soll selbst dann gelten, wenn mehrere Betriebsteile übernommen und vom Erwerber als selbständige Betriebe fortgeführt werden.

Dienstvereinbarungen nach dem BpersVG/LPersVG gelten - ebenso wie Betriebsvereinbarungen - dann kollektivrechtlich weiter, wenn eine Dienststelle (Betrieb) von einem öffentlich-rechtlichen Träger auf einen anderen übergeht und der Personalrat im Amt bleibt. Anderes gilt dann, wenn der Betrieb von einem öffentlich-rechtlichen auf einen privatrechtlichen Träger übergeht. In diesem Fall endet die Geltung des Personalvertretungsrechts und damit die Amtsfunktion des Personalrats. Die Rechte und Pflichten aus den Dienstvereinbarungen gelten dann individualrechtlich nach.

Wird ein Betrieb insgesamt übertragen, bleibt das Amt des Betriebsrats davon unberührt.

Wird dagegen nur ein Betriebsteil übertragen und vom Erwerber als selbständiger Betrieb fortgeführt, endet grundsätzlich die Zuständigkeit des Betriebsrats des Veräußererbetriebs für den übertragenen Teil und die in ihm beschäftigten Arbeitnehmer. Gem. § 21 a BetrVG bleibt dessen Betriebsrat im Amt und führt die Geschäfte für die ihm bislang zugeordneten Betriebsteile weiter, soweit sie noch mindestens fünf ständig wahlberechtigte Arbeitnehmer haben und nicht in einen Betrieb eingegliedert werden, in dem ein Betriebsrat besteht (Übergangsmandat). Der Betriebsrat hat dann insbesondere unverzüglich Wahlvorstände zu bestellen. Das Übergangsmandat endet, sobald in den Betriebsteilen ein neuer Betriebsrat gewählt und das Wahlergebnis bekannt gegeben ist, spätestens jedoch sechs Monate nach



Wirksamwerden der Spaltung. Durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung kann das Übergangsmandat um weitere sechs Monate verlängert werden.

Geht der Betrieb als organisatorische Einheit über, hat der Übergang keine Auswirkungen auf die Rechtsstellung des einzelnen Betriebsratsmitglieds. Es behält mit dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses die betriebsverfassungsrechtlichen Rechte und damit den besonderen Kündigungsschutz nach §§ 15 KSchG, 103 BetrVG. Ist dagegen das Betriebsratsmitglied im Fall eines Betriebsteilübergangs in dem übergehenden Teil beschäftigt, erlischt mit dem Übergang des Arbeitsverhältnisses die Mitgliedschaft im alten Betriebsrat. Widerspricht das Betriebsratsmitglied dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses, behält es die Mitgliedschaft im Betriebsrat des Veräußererbetriebs.

#### **4.7 Informationspflicht des Arbeitgebers**

Zur Unterrichtung der Arbeitnehmer sind sowohl der bisherige als auch der neue Inhaber des Betriebs oder Betriebsteils verpflichtet. Die zwingende Verpflichtung zur Information stellt nicht lediglich eine Obliegenheit dar, sondern begründet für die betroffenen Arbeitnehmer einen klagbaren Auskunftsanspruch, dessen Verletzung Schadensersatzansprüche nach sich ziehen kann

Inhaber des Auskunftsanspruchs nach § 613a V ist jeder Arbeitnehmer, der dem übergehenden Betrieb oder Betriebsteil zuzuordnen ist und dessen Arbeitsverhältnis nach der grundsätzlichen Regelung des § 613a I 1 auf den Erwerber übergeht.

Für die Unterrichtung des Arbeitnehmers ist Textform iSd. § 126b BGB vorgeschrieben. Danach muss die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise abgegeben werden. Außerdem muss die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden.

Als mitzuteilender Zeitpunkt oder geplanter Zeitpunkt des Betriebsübergangs gilt der Termin, ab dem der Erwerber den Betrieb tatsächlich fortführt. Weicht der tatsächliche Übergang von dem zunächst geplanten Übergangszeitpunkt ab, so ist eine erneute Unterrichtung der Arbeitnehmer jedenfalls dann erforderlich, wenn die zeitliche Verschiebung Auswirkung auf die anderen mitteilungspflichtigen Angaben des § 613a V hat (Grund, Folgen, in Aussicht genommene Maßnahmen).

Hinsichtlich des Inhaltes der Informationspflicht ist darauf abzustellen, welche Information der Arbeitnehmer braucht, um die Notwendigkeit und Risiken eines eventuellen Widerspruchs zu beurteilen. Dies können auch Informationen über wirtschaftliche Gründe sein. Dazu gehört der Hinweis, dass durch den Betriebsübergang ein Arbeitgeberwechsel eintritt, der den Arbeitsvertrag in seinem Bestand und seinem Inhalt grundsätzlich nicht berührt. Des Weiteren ist für die Arbeitnehmer nachvollziehbar zu erläutern, welche Auswirkungen das Schicksal der tarif- und betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen nach § 613a I 2 bis 4 auf die Arbeitsverhältnisse hat. Dabei ist für Tarifverträge konkret anzugeben, ob und an welchen Tarifvertrag der Erwerber gebunden ist und welche Folgen sich daraus für die tarifgebundenen bzw. nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer ergeben. Hinzuweisen ist insbesondere auf die einjährige Veränderungssperre im Fall individualrechtlicher Fortgeltung des Tarifvertrags. Bei Betriebsvereinbarungen ist jedenfalls anzugeben, ob und welche

kollektivrechtlich fortgelten oder in den Arbeitsvertrag transportiert werden. Hier reicht nicht etwa der Hinweis, dass Betriebsvereinbarungen kollektivrechtlich, Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen dagegen individualrechtlich fortgelten. Jedenfalls die Betriebsvereinbarungen, die für die Konditionen der Arbeitsleistung wesentlich sind, müssen aufgeführt und deren Schicksal erläutert werden. Dies gilt etwa für Betriebsvereinbarungen über Zulagen, Gratifikationen, betriebliche Altersversorgung, Arbeitszeitregelungen etc. Hinzuweisen ist auch hier selbstverständlich auf die einjährige Veränderungssperre des § 613a I 2. Eine weitere Informationspflicht besteht über die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen. Nach der Gesetzesbegründung gehören dazu Weiterbildungsmaßnahmen im Zusammenhang mit geplanten Produktionsumstellungen oder Umstrukturierungen und andere Maßnahmen, die die berufliche Bildung der Arbeitnehmer betreffen.

#### 4.8 Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers

Der Widerspruch muss schriftlich erklärt werden. Notwendig ist eine eigenhändig unterschriebene Erklärung iSd. § 126 BGB die durch die elektronische Form des § 126a BGB ersetzt werden kann. **Bei Nichtbeachtung der Schriftform ist der Widerspruch unwirksam.** Inhaltlich bedarf es keiner ausdrückliche Bezeichnung des Schreibens als Widerspruch. Es muss allerdings der Wille zum Ausdruck kommen, einen Übergang des Arbeitsverhältnisses verhindern zu wollen. Mehrdeutige Erklärungen des Arbeitnehmers sind nach §§ 133, 157 BGB auszulegen, weshalb grundsätzlich Schriftform anzuraten sein dürfte. Der Widerspruch muss innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung gem. § 613a V erfolgen. Beginnt die Monatsfrist nicht zu laufen, weil keine Unterrichtung erfolgt ist oder diese nicht vollständig war, besteht keine gesetzlich festgelegte zeitliche Grenze für die Erklärung des Widerspruchs. Adressat des Widerspruchs kann nach § 613a VI 2 sowohl der Betriebsveräußerer als auch der Betriebserwerber sein. Dem Widerspruchsrecht kommt die Rechtsqualität eines Gestaltungsrechts (Rechtsfolgeverweigerungsrecht) zu mit der Folge, dass das Arbeitsverhältnis nicht auf den neuen Betriebsinhaber übergeht, sondern zum bisherigen Betriebsinhaber erhalten bleibt. Macht der Arbeitnehmer von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch, bleibt zwar das Arbeitsverhältnis mit dem ehemaligen Betriebsinhaber aufrechterhalten, der Arbeitsplatz des widersprechenden Arbeitnehmers ist dagegen auf den neuen Betriebsinhaber übergegangen. Zieht der ehemalige Betriebsinhaber infolge dieses Arbeitskräfteüberhangs eine betriebsbedingte Kündigung in Erwägung, scheitert diese nicht schon an der Regelung des § 613a IV 1, nach der die Kündigung wegen des Betriebsübergangs unwirksam ist.

Ist bei dem ehemaligen Betriebs- oder Betriebsteilinhaber kein anderer Arbeitsplatz frei, liegen die Voraussetzungen einer betriebsbedingten Kündigung grundsätzlich vor.

Sieht ein freiwillig vereinbarter Sozialplan Abfindungen bei betriebsbedingten Kündigungen vor, so haben mangels entgegenstehender Anhaltspunkte auch solche Arbeitnehmer einen Anspruch, die deshalb entlassen werden, weil sie dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber eines Betriebsteils widersprochen haben.

Widersprechen mehrere Arbeitnehmer, die auf Grund ihrer Qualifikation für einen ordnungsgemäßen Betriebsablauf notwendig sind, kann der Betriebsübergang verhindert werden. Trotz dieser Gefahr ist die kollektive Ausübung des Widerspruchsrechts nicht von vornherein als unzulässig zu erachten. Das Widerspruchsrecht entfaltet aber nur dann seine

Wirkung, wenn dafür ein sachlicher Grund vorliegt. Bedingt durch die kollektive Ausübung verlangt der sachliche Grund ebenfalls einen kollektiven Bezug. Es reicht hierbei nicht aus, dass für einzelne Arbeitnehmer Verschlechterungen des Arbeitsverhältnisses zu befürchten sind. Vielmehr müssen überwiegend betriebsbezogene Gründe geltend gemacht werden. Diese können darin liegen, dass der Erwerber als unzuverlässig bekannt ist oder nicht über die nötige Bonität verfügt.

## 5 Aufhebungs- und Abwicklungsverträge

### 5.1 Aufhebungsverträge

bedürfen seit dem 1. 5. 2000 wegen § 623 BGB der Schriftform. Es handelt sich um ein konstitutives Wirksamkeitserfordernis. Zum Mindestinhalt des Aufhebungsvertrags gehört die Vereinbarung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu einem konkreten Zeitpunkt. Das muss auch Inhalt des Vertragsangebots sein. Weitere Abmachungen etwa zum Zeugnis, zu den Arbeitspapieren, zum Resturlaub oder zur Abfindung müssen nicht getroffen werden. Für sie gelten bei Fehlen einer darauf gerichteten Vereinbarung die gesetzlichen Bestimmungen.

### 5.2 Abwicklungsverträge

Ein Abwicklungsvertrag setzt die Kündigung des Arbeitsverhältnisses voraus. Er regelt im Anschluss daran die Modalitäten der Abwicklung. Ein solcher Vertrag ist nicht auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtet. Er unterliegt deshalb auch nicht dem Formzwang des § 623 BGB. Im Abwicklungsvertrag erklärt der Arbeitnehmer, dass er die Kündigung nicht gerichtlich überprüfen lässt oder die Darlegung der Kündigungsgründe im Kündigungsschutzverfahren nicht substantiiert angreift. Als Gegenleistung wird die Zahlung einer Abfindung vereinbart. Von einem Aufhebungsvertrag unterscheidet sich der Abwicklungsvertrag dadurch, dass dort die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf der Kündigung beruht, während der Aufhebungsvertrag selbst den Beendigungstatbestand bildet. Aus diesem Grund führt die Anfechtung bzw. Nichtigkeit des Abwicklungsvertrags nicht zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Der Arbeitnehmer ist dann gehalten, ein Kündigungsschutzverfahren durchzuführen.

Für die dem Abwicklungsvertrag voranzugehende Kündigung müssen die sonstigen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Kündigung erfüllt sein. Das ist **arbeitsrechtlich** letztlich unerheblich, weil sich der Arbeitnehmer entweder verpflichtet hat, keine Kündigungsschutzklage zu erheben oder das entsprechende Vorbringen des Arbeitgebers nicht zu bestreiten.

Sozialrechtlich ist die Nichtbeachtung der Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Kündigung von Nachteil. Der Abwicklungsvertrag wurde ursprünglich zur Vermeidung der sozialrechtlichen Nachteile eines Aufhebungsvertrags entwickelt. Um die Nutzung privatautonomer Gestaltungsmittel zu Lasten der Versicherungsgemeinschaft zu verhindern, hat die Bundesagentur für Arbeit in den Durchführungsanweisungen zu § 144 I Alt. 1 SGB III geregelt, dass der Abwicklungsvertrag eine sperrzeitauslösende Mitwirkungshandlung des Arbeitnehmers darstellt, wenn die vorausgegangene Kündigung offensichtlich rechtswidrig ist oder der Arbeitnehmer die Rechtswidrigkeit der Kündigung kannte. Auch nach der Rspr. des BSG löst ein Abwicklungsvertrag die sozialrechtlichen Folgen eines Aufhebungsvertrags aus. Denn der Arbeitnehmer würde sich auch in einem solchen Fall aktiv an der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses beteiligen. Mit dem Abschluss eines Abwicklungsvertrags sieht er davon ab, die Unwirksamkeit der Kündigung gerichtlich feststellen zu lassen.

Fehlt eine Absprache, die Kündigung gegen Abfindung zu akzeptieren, unterbleibt die Sperrfrist.

### 5.3 Aufhebungsverträge und deren Vereinbarkeit mit einer Kontrolle der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)

Bis zum Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes unterlagen arbeitsrechtliche Verträge wegen der Bereichsausnahme des § 23 I AGBG keiner Inhaltskontrolle nach dem AGBG. Mit der Aufhebung dieser Bereichsausnahme durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz gelten für Arbeitsverträge und damit auch für Aufhebungsverträge die §§ 305 ff. BGB im Rahmen der Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen. Das neue Recht ist auf die **seit dem 1. 1. 2002** vereinbarten Aufhebungsverträge anzuwenden. § 305b BGB bestimmt den Vorrang der Individualabrede. Die auf diese Weise ausgehandelten Verträge sind einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB entzogen. Das Vorliegen einer Individualabrede setzt voraus, dass die einzelnen Klauseln tatsächlich zur Disposition standen und deshalb der jeweils andere Vertragspartner deren Inhalt auch konkret beeinflussen konnte. Das hat derjenige darzulegen und zu beweisen, der sich auf die Wirksamkeit der Abrede beruft. Bei einer Individualabrede kommt eine Inhaltskontrolle am Maßstab des § 242 BGB iVm. Art 2 I GG und Art. 12 I GG nur theoretisch in Betracht. Eine solche Kontrolle beruht darauf, dass staatliche Gerichte Verträge, die für eine Partei ungewöhnlich belastend sind, wegen Art. 1 III GG nicht durchsetzen dürfen. Ein solches Verhandlungsergebnis ist bei einer Individualabrede kaum denkbar. Ein ungewöhnlich belastendes Vertragsergebnis ist regelmäßig Folge einer strukturellen Überlegenheit der einen Vertragspartei und der Unterlegenheit der anderen. In einem solchen Fall kann von einem freien Aushandeln keine Rede mehr sein. Im Rahmen der AGBG-Kontrolle bei Aufhebungsverträgen ist § 310 III BGB zu beachten.

Der Aufhebungsvertrag ist wie der Arbeitsvertrag ein Verbrauchervertrag. Nach § 310 III Nr. 1 BGB gelten die AGB als vom Arbeitgeber gestellt, soweit sie nicht ausnahmsweise auf Veranlassung des Arbeitnehmers in den Vertrag aufgenommen worden sind. Bei mehrdeutigen Klauseln gilt die Unklarheitenregel des § 305 IIc BGB. Die Unklarheitenregel hat die Funktion, bei objektiv mehrdeutigen Klauseln eine Auslegungshilfe zu geben, und in diesem Fall die Interessen des Verwenders hinter denjenigen der anderen Partei zurücktreten zu lassen. Die Norm beruht auf dem Gedanken, dass es Sache derjenigen Partei ist, welche die Vertragsgestaltungsfreiheit für sich in Anspruch nimmt, sich klar und unmissverständlich auszudrücken. Unklarheiten gehen zu ihren Lasten

#### 5.4 Durchführung einer Inhaltskontrolle (Angemessenheitskontrolle)

Eine Angemessenheitskontrolle nach den §§ 306-309 BGB findet nur hinsichtlich der Nebenbedingungen des Aufhebungsvertrags statt. Die Höhe der Abfindung wie die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses selbst unterliegen als Hauptleistung keiner Angemessenheitskontrolle (§ 307 III BGB). Insoweit fehlt eine gesetzliche Regelung als Kontrollmaßstab zur Prüfung der Angemessenheit.

Für die Inhalts- bzw. Angemessenheitskontrolle fehlt es bislang an entwickelten Leitlinien. Typisierte Vertragsklauseln müssen nicht nur bei der Auslegung, sondern auch im Rahmen der Inhaltskontrolle typisierenden und generalisierenden Wertungen unterzogen werden. Die Auslegung geht der Inhaltskontrolle vor. Hat eine Vertragsklausel einen unangemessen benachteiligenden Inhalt, ist es für die Wirksamkeit der Klausel grds. nicht ausschlaggebend, ob sich der benachteiligende Inhalt auch im konkreten Einzelfall tatsächlich auswirkt. Entscheidend ist, welche Rechte nach dem konkreten Inhalt der Klausel geltend gemacht werden können und welche Folgen sich daraus bei genereller Betrachtung ergeben. Aufgrund der Einordnung von Arbeitnehmern als Verbraucher ist dieser generalisierende Prüfungsmaßstab nach § 310 III Nr. 3 BGB aber durch die Berücksichtigung konkret individueller Umstände des Vertragsschlusses zu ergänzen. Es sind bei der Beurteilung von Treu und Glauben und damit bei der Angemessenheitsprüfung „besonders zu berücksichtigen, welches Kräfteverhältnis zwischen den Verhandlungspositionen der Parteien bestand, ob auf den Verbraucher in irgendeiner Weise eingewirkt wurde, seine Zustimmung zu der Klausel zu geben, und ob die Güter oder Dienstleistungen auf eine Sonderbestellung des Verbrauchers hin verkauft bzw. erbracht wurden.“ Es kommt also auf die persönlichen Eigenschaften, die Geschäftserfahrung und Verhandlungsstärke, die Beurteilungsfähigkeit, das Angewiesensein auf die Leistung auf intellektuelle Stärken und Schwächen sowie auf die konkrete Situation des Vertragsschlusses an, dh. ob der Verwender seinen Vertragspartner überrascht, überrumpelt oder den wahren Vertragsinhalt verschleiert. Die Regelung des § 310 III Nr. 3 BGB beseitigt also nicht den generell-abstrakten Prüfungsmaßstab, sondern ergänzt ihn lediglich. Erst auf einer zweiten Ebene können die Umstände des Vertragsschlusses den Ausschlag geben, dass eine unangemessene Benachteiligung angenommen werden kann. Bedenkliche, aber noch nicht unangemessene Klauseln können unter Umständen wegen der Art und Weise des Zustandekommens des Vertrages als unwirksam betrachtet werden. Das gilt aber in gleicher Weise auch umgekehrt.

Es ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Eine unangemessene Benachteiligung liegt im Zweifel auch dann vor, wenn wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass eine Vertragsbestimmung nicht klar und verständlich ist. gilt die Transparenzkontrolle auch für preisbestimmende, leistungsbeschreibende Vertragsklauseln und damit auch für vorformulierte einzelvertragliche Vergütungsregeln.

### **5.4.1 Einzelkriterien bei der Angemessenheitskontrolle:**

#### **5.4.1.1 Art des Arbeitsvertrags, Stellung des Arbeitnehmers.**

Die Art des Arbeitsvertrags, der Status des Arbeitnehmers, der konkret vereinbarte Inhalt, die Vergütungsform und der zeitliche Umfang der geschuldeten Tätigkeiten sowie die Dauer der Vertragsbeziehung können für die jeweilige Wirksamkeit der Vertragsklauseln relevant sein. Allerdings kann nicht generell von einer geringeren Kontrollbedürftigkeit von Teilzeitarbeitsverträgen ausgegangen werden, weil auch diese die Existenzgrundlage des Arbeitnehmers bilden können. Dies kann etwa bei der Kontrolle von Überstundenpauschalierungen relevant werden.

#### **5.4.1.2 Erscheinungsbild des Gesamtvertrags.**

Der gesamte Vertragsinhalt ist zu betrachten und nicht nur die isolierte Vertragsklausel. Summierende und kompensierende Effekte sind zu berücksichtigen (Beispiel: Mankoabrede, deren Zulässigkeit von einem kompensatorischen finanziellen Ausgleich abhängig ist). Rückzahlungsklauseln für Ausbildungskosten, wo die Bindung umso eher zuzumuten ist, je größer der mit der Ausbildung verbundene berufliche Vorteil ist:

#### **5.4.1.3 Verfassungsrechtliche Wertungen**

Verfassungsrechtliche Wertungen sind nach der Lehre von der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte im Rahmen der Angemessenheitskontrolle zu berücksichtigen.

#### **5.4.1.4 Risikoverteilung.**

Der Aspekt gerechter Risikoverteilung spielt bei der Inhaltskontrolle eine hervorragende Rolle. Prinzipiell hat der Arbeitgeber das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko zu tragen, das er nicht ohne Weiteres auf den Arbeitnehmer abwälzen darf. Dies ist schon im Rahmen des § 138 BGB anerkannt. Auch Vertragsgestaltungen, die das Beschäftigungsrisiko auf den Arbeitnehmer verlagern, sind regelmäßig unzulässig.

#### **5.4.1.5 Kündigungserschwerungen**

Ein wesentlicher Aspekt der Angemessenheitskontrolle vertraglicher Bindungsklauseln ist die einseitige Kündigungserschwerung. Mit ihm sollen unzumutbare Beschränkungen der Vertrags- und Kündigungsfreiheit des Arbeitnehmers abgewendet werden. Auf das Kriterium der Kündigungserschwerung hat das BAG insb. bei Rückzahlungsklauseln aller Art (Gratifikationen, Umzugskosten und Ausbildungskosten, Vertragsstrafen) sowie bei Arbeitgeber Darlehen und Personalrabatten abgestellt. Auch die Bindung einer am erzielten Umsatz orientierten Erfolgsbeteiligung, die Provisionscharakter hat, darf nicht davon abhängig gemacht werden, dass das Arbeitsverhältnis eine bestimmte Zeit bestanden hat. Generell problematisch sind Vertragsgestaltungen, die mit dem Verbot ungleicher Kündigungsfristen (§ 622 VI BGB) in Konflikt geraten. Die Bindung einer Eigenkündigung an eine Abfindung wurde ebenso als unzulässige Kündigungsbeschränkung gewertet wie die Erstattung von Ablösekosten bzw. die Übernahmepflicht für ein dienstlich genutztes Leasing-Fahrzeug.

## **6 Aufhebungsvertrag als Haustürgeschäft?**

Offen in der Rechtsprechung des BAG ist, ob ein Arbeitnehmer ein Verbraucher i. S. von § 13 BGB ist.

Entschieden hat der BAG (Entscheidung vom 27.11.2003 2 AZR 135/03), dass der Abschluss eines Abwicklungsvertrages oder eines Aufhebungsvertrages in den Räumen des Arbeitgebers kein Haustürgeschäft i. S. des § 312 BGB ist und dass der Arbeitnehmer deshalb nicht zum Widerruf seiner Erklärung (Aufhebungsvertrag/Abwicklungsvertrag) berechtigt ist.

## **7 Die Entscheidung des Bundessozialgerichtes zur Sperrzeit bei Aufhebungsverträgen** (nach BSG, Urteil vom 18.12.03 – B 11 AL 35/03 R)

Eine Sperrzeit von 12 Wochen tritt nach § 144 Abs. 1 Nr. 1 SGB III ein, wenn der Arbeitslose das Beschäftigungsverhältnis gelöst und er dadurch vorsätzlich oder grob fahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeigeführt hat, ohne für sein Verhalten einen wichtigen Grund zu haben.

Der Abwicklungsvertrag setzt eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraus (in der Regel eine arbeitgeberseitige Kündigung) und regelt nur noch die sich daraus ergebenden Folgen, also bspw. eine Abfindung, den Erwerb eines Dienstwagens, oder den Wortlaut eines Zeugnisses. Der Arbeitnehmer nimmt die Kündigung hin. (Gegensatz: Aufhebungsvertrag: ein Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, der das Arbeitsverhältnis beendet, ohne dass zuvor eine Kündigung ausgesprochen wurde.)

**alte Rechtsprechung:** kein Lösen des Arbeitsverhältnisses beim Abwicklungsvertrag. Im Gegensatz zum Aufhebungsvertrag löst hier der Arbeitnehmer aktiv das Arbeitsverhältnis.

**neue Rechtsprechung:** immer dann, wenn zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber Einigkeit darüber besteht, das Arbeitsverhältnis zu beenden, liegt ein tatsächliches Lösen des Beschäftigungsverhältnisses und nicht mehr nur eine bloße Hinnahme der Kündigung vor. Deshalb bedeutet der Abwicklungsvertrag ein tatsächliches Lösen, wenn die Parteien die Einzelheiten der Beendigung ausgehandelt haben. Es kommt nicht darauf an, ob eine Vereinbarung vor oder nach Arbeitgeberkündigung erfolgt ist.

Sofern der Arbeitnehmer einen *wichtigen Grund* hat, entfällt die Anordnung einer Sperrzeit.

Einen wichtigen Grund einen Aufhebungsvertrag zu schließen besteht, wenn die betriebsbedingte Kündigung objektiv rechtmäßig wäre.

Bei Abwicklungsverträgen, die vor dem Arbeitsgericht geschlossen werden gilt, dass durch Erhebung der Kündigungsschutzklage der Arbeitnehmer zu erkennen gibt, dass er die Kündigung nicht hinnimmt und nur auf richterlichen Vorschlag einen Abwicklungsvertrag schließt. Deshalb i. d. R. kein Lösen des Beschäftigungsverhältnisses.

Jedenfalls wird somit i. d. R. durch das Führen eines Kündigungsschutzprozesses wird eine Sperrzeit vermieden. Ansonsten dürfte bei dem Abschluss von Abwicklungsverträgen eine dreimonatigen Sperrzeit bei der Verhandlung über die Abfindungshöhe zu bedenken sein.

Folge der Entscheidung ist: Arbeitnehmer werden in Kündigungsschutzprozesse gezwungen, die durch außergerichtliche Abwicklungsverträge bisher vermieden wurden.