

BAG, Urteil vom 21.03.2024, 2 AZR 79/23, NJW 2025, 240 ff. = [jurisbyhemmer](#)

5 Versetzung zur Vorbereitung eines Betriebsübergangs

+++ Vorliegen eines Betriebsübergangs +++ Versetzung +++ Voraussetzungen der Analogie +++ §§ 242, 611a, 613a BGB +++ § 106 GewO +++

Sachverhalt (leicht abgewandelt): AN war langjährig bei AG – einer Kraftfahrzeugherstellerin – beschäftigt. Diese betrieb unter anderem in R und D ein Entwicklungszentrum (im Folgenden: ITEZ).

AG und die S-GmbH (im Folgenden: S) schlossen Ende 2018/Anfang 2019 eine Vereinbarung (Master Asset Purchase Agreement) über die Übernahme eines Teils des ITEZ. Dies betraf schwerpunktmäßig den Bereich Fahrzeug- und Antriebsstrangentwicklung sowie die dazugehörigen Testanlagen, Gebäude, IT-Hardware und Software sowie Büromöbel und Ausstattung in R. Darüber hinaus pachtete S von AG deren Teststrecke in D. In dem bei AG verbleibenden Teil des ITEZ führt diese weiterhin Tätigkeiten im Bereich Design, Seats, Restraint, ADAS und TDO aus. Zu diesem Zeitpunkt waren bei S rund 30 Beschäftigte tätig. Im März 2019 vereinbarte AG mit dem bei ihr bestehenden Gesamtbetriebsrat „ein mehrstufiges Verfahren mit einem vorgesetzten Freiwilligenprogramm“. Dort war unter anderem vorgesehen, dass AG die Beschäftigten dem auf S übergehenden Betrieb zuordnen kann.

Vor dem Hintergrund der Vereinbarungen mit S ergriff AG in den Betriebsstätten R bzw. D personelle und organisatorische Maßnahmen und baute eine darauf bezogene Organisation auf. AG ordnete die zur Erbringung von Ingenieurleistungen im Bereich Fahrzeug- und Antriebsstrangentwicklung erforderlichen Mess- und Testsysteme einschließlich der Prüfstände sowie Räumlichkeiten bzw. Immobilien zu und machte sie durch Zaunabsicherungen, Drehkreuze, Markierungen auf dem Boden, Türanlagen und Security Container optisch kenntlich.

Mit Schreiben vom 25.07.2019 wurde AN ordnungsgemäß über den geplanten Betriebsübergang auf S zum 30.08.2019 informiert. Dieser erhob mit Schreiben vom November 2020 Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses. AG unterrichtete AN zudem über seine Versetzung in die auf S übergehende betriebliche Einheit.

Nach Veräußerung der Wirtschaftsgüter und Übertragung der betrieblichen Leitungsmacht am 30.08.2019 setzte S die Erbringung von Ingenieur- und Testleistungen im Bereich Fahrzeug- und Antriebsstrangentwicklung ohne nennenswerte Unterbrechung und ohne eine wesentliche Änderung der vormals bei AG bestehenden Arbeitsorganisation fort.

AN ist der Ansicht, mit AG bestehe weiterhin ein Arbeitsverhältnis. Mangels übergangsfähiger wirtschaftlicher Einheit liege kein Betriebsübergang i.S.v. § 613a BGB vor. Jedenfalls sei sein Arbeitsverhältnis nicht der übergegangenen Einheit zugeordnet gewesen, da die Versetzung rechtswidrig gewesen sei. Jedenfalls sei § 613a IV S. 1 BGB auch auf eine Versetzung anwendbar. AG meint, dass diese Vorschrift nur für eine Kündigung wegen eines Betriebsübergangs und nicht für eine Versetzung wegen eines Betriebsübergangs anwendbar sei.

Hat AN gegen AG einen Anspruch auf Beschäftigung?

Hinweis: Es ist zu unterstellen, dass die Versetzung rechtmäßig war!

A) Sounds

1. Die Frage der Wahrung der Identität einer wirtschaftlichen Einheit und damit die Frage eines Betriebs(teil)übergangs stellt sich nur dann, wenn die übertragene Einheit bereits vor dem Übergang über eine ausreichende funktionelle Selbständigkeit verfügt hat.

2. Es ist unerheblich, wie lange die wirtschaftliche Einheit beim Veräußerer vor dem Betriebsübergang bereits bestanden hat. Sie kann auch allein zum Zweck der Ermöglichung eines Betriebs(teil)übergangs geschaffen werden. Lediglich betrügerische oder missbräuchliche Fälle haben außer Betracht zu bleiben.

3. § 613a IV S. 1 BGB ist nicht analog auf den Fall der Versetzung eines Arbeitnehmers in einen übergehenden Betriebsteil anwendbar.
4. Ein Arbeitsverhältnis wird nur von einem Betriebs(teil)übergang i.S.v. § 613a I S. 1 BGB erfasst, wenn der Arbeitnehmer zuvor individual- und ggf. kollektivrechtlich wirksam der dann übergehenden wirtschaftlichen Einheit zugeordnet wurde.

B) Problemaufriss

Ein Betriebsübergang nach § 613a BGB liegt vor, wenn ein Betrieb oder ein Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber übergeht.¹ Ziel der Vorschrift ist der Schutz der Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse durch den Inhaberwechsel nicht gefährdet werden sollen.

Der neue Inhaber tritt automatisch in alle Rechte und Pflichten aus den bestehenden Arbeitsverhältnissen ein.

Klausurrelevanz kann der Betriebsübergang auf verschiedenen Ebenen haben:

⇒ **Liegt überhaupt ein Betriebsübergang vor?**

Hier muss nach Maßgabe des § 613a I BGB geprüft werden, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind (dazu sogleich). Hier muss oftmals – so wie hier – der Sachverhalt ausgewertet werden, was regelmäßig einen Schwerpunkt der Klausur darstellt.

⇒ **Welche Folgen ergeben sich aus dem Betriebsübergang?**

In § 613a I S. 1 BGB ist der automatische Übergang der Arbeitsverhältnisse geregelt. Dies löst nach § 613a V BGB die Informationspflicht des neuen oder alten Arbeitgebers aus. Die von dem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer haben nach § 613a VI BGB ein Widerspruchsrecht (dazu ebenfalls sogleich). Kollektivrechtliche Regelungen (z.B. Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen) gelten nach § 613a I S. 2 - 4 BGB unter gewissen Umständen weiter.

⇒ **Inwieweit besteht Kündigungsschutz wegen des Übergangs?**

Eine Kündigung **wegen** des Betriebsübergangs ist nach § 613a IV BGB unwirksam. Eine Kündigung aus **anderen Gründen** als dem Betriebsübergang (verhaltens-, personen- oder betriebsbedingt) ist aber weiterhin möglich.

„Wegen“ eines Betriebsübergangs wird eine Kündigung ausgesprochen, wenn der Betriebsübergang den Beweggrund für die Kündigung bildet, also der Betriebsinhaberwechsel das Motiv der Kündigung und damit den **tragenden Grund** ausmacht.²

Besonderheit in diesem Fall: In der vorliegenden Fallkonstellation trifft eine Versetzung auf den Betriebsübergang. Laut Bearbeitungsvermerk war davon auszugehen, dass die Versetzung rechtmäßig erfolgte.

Die Schwierigkeit besteht darin, die Versetzung in den Klausuraufbau korrekt und überzeugend einzubauen.

Zudem muss man sich intensiv mit der im Sachverhalt angesprochenen Vorschrift des § 613a IV S. 1 BGB auseinandersetzen und erkennen, dass hier die Analogievoraussetzungen zu prüfen sind.

C) Lösung

Fraglich ist, ob AN gegen AG ein Anspruch auf Beschäftigung zusteht.

I. Anspruch gem. §§ 611a I, 613, 242 BGB i.V.m. Art. 2 I, 1 I GG auf Beschäftigung

AN könnte gegen AG einen Anspruch aus § 611a I, 613, 242 BGB i.V.m. Art. 2 I, 1 I GG auf Beschäftigung haben.

Dies ist der Fall, wenn zwischen den Parteien ein Arbeitsvertrag (§ 611a I BGB) geschlossen wurde und das Arbeitsverhältnis zwischen AN und AG fortbesteht.

1. Ursprünglich Arbeitsvertrag zwischen AN und AG nach § 611a I BGB

AN und AN schlossen gemäß §§ 145, 147 BGB einen wirksamen Arbeitsvertrag nach § 611a I BGB. Damit besteht unter Berücksichtigung von §§ 613, 242 BGB und der Wertentscheidung der Art. 2 I, 1 I GG ein Anspruch des AN gegen AG auf Beschäftigung.

2. Anderes Ergebnis wegen Vorliegens eines Betriebsübergangs, § 613a I BGB?

Etwas anderes könnte sich aber ergeben, wenn ein wirksamer Betriebsübergang nach § 613a I BGB vorliegt.

¹ Vgl. hierzu Hemmer/Wüst/Tyroller/Krick, Arbeitsrecht, Rn. 258.

² BAG, NZA 2007, 387 ff. = jurisbyhemmer.

In diesem Fall gehen nämlich die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber über, sodass ein solches nicht (mehr) zwischen AN und AG besteht, sondern zwischen AN und S.

§ 613a I S. 1 BGB setzt voraus, dass ein „Betrieb“ oder „Betriebsteil“ durch Rechtsgeschäft auf einen neuen Inhaber übergeht.

Anmerkung: Hier war bereits die erste wichtige Weichenstellung: Wie baut man hier den Betriebsübergang überhaupt sinnvoll ein?

Der Gedanke ist, dass ein Beschäftigungsanspruch aus dem Arbeitsvertrag resultiert. Die maßgebliche sich daran anschließende Frage ist, ob das Arbeitsverhältnis zwischen AN und AG überhaupt noch besteht oder in Form des Betriebsübergangs nach § 613a BGB bereits übergegangen ist.

a) Übergang des Betriebs

Der Betrieb könnte auf S übergegangen sein.

aa) Maßstab: Wirtschaftliche Einheit

Ein Übergang des Betriebs nach § 613a I BGB liegt vor, wenn eine auf Dauer angelegte **wirtschaftliche Einheit** in ihrer ursprünglichen Identität auf den Erwerber übergeht, wobei eine bloße Funktionsnachfolge nicht genügt.³

Anmerkung: Unter „**Betrieb**“ ist eine organisatorische Einheit, innerhalb der ein Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern durch sachliche und immaterielle Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, zu verstehen. Unter einem „**Betriebsteil**“ ist der Anteil von Betriebsmitteln eines Betriebs mit bestehendem Zusammenhang der Organisation und eigenständigem Teilzweck, der schon beim bisherigen Betriebsinhaber bestand, zu verstehen. Die Abgrenzung ist zum Teil strittig und die Kasuistik nur mit viel Aufwand zu erfassen.⁴

Auf die Abgrenzung kommt es aber in der Praxis und auch der Klausur glücklicherweise nicht an. Der **EuGH** und auch das **BAG** stellen bei dem Betriebsübergang nicht auf die Begrifflichkeiten „Betrieb“ oder „Betriebsteil“ ab, sondern bewerten die Frage maßgeblich anhand der „**wirtschaftlichen Einheit**“.⁵

Hintergrund ist, dass § 613a BGB auf einer Richtlinie beruht und die dortige Terminologie aus der dieser Vorschrift zugrundeliegenden als Anknüpfungspunkt für die Bewertung des Betriebsübergangs angenommen wird. Denn der Begriff der „wirtschaftlichen Einheit“ ist der teleologisch gebildete **Kernbegriff aus Art. 1 I lit. a RL 2001/23/EG**, die auf den Übergang von „Unternehmen, Betrieben, Unternehmens- bzw. Betriebsteilen“ abstellt.

Damit kommt es nicht auf die Unterscheidung von arbeitstechnischem Zweck und unternehmerischer Zielsetzung und auch nicht von betriebsorganisatorischer und wirtschaftlicher Einheit an. Entscheidend ist vielmehr, dass durch eine (Teil-)Übertragung einer **Einheit eine im Wesentlichen unveränderte Fortführung der bisher in dieser abgrenzbaren Einheit geleisteten Tätigkeit möglich ist.**⁶

➤ Bei **Produktionsbetrieben** kommt es mehr auf die sächlichen Betriebsmittel an (Maschinen, Warenlager).

➤ Bei **Dienstleistungsunternehmen** bzw. bei Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, mehr auf die immateriellen Betriebsmittel (Übernahme der Hauptbelegschaft, know-how).

Das **BAG** hat für die Frage, ob die **wirtschaftliche Identität** des Betriebes **erhalten** bleibt, einen sog. „7-Punkte-Katalog“ entwickelt. Zu den sieben Punkten, die bei dieser Frage eine wichtige Rolle spielen, gehören:

1. Art des Unternehmens
 2. Übergang von materiellen Betriebsmitteln
 3. Wert der immateriellen Betriebsmittel
 4. Übernahme der Hauptbelegschaft
 5. Übergang der Kundschaft
 6. Ähnlichkeit der Tätigkeit vor und nach Betriebsübergang
 7. Dauer der Unterbrechung der Geschäftstätigkeit.
- Dabei kommt den Einzelfallumständen je nach Art des betroffenen Betriebs unterschiedliches Gewicht zu.

Im Laufe der Zeit haben sich drei Fallgruppen entwickelt, in denen trotz Fortführung die **wirtschaftliche Einheit** des Betriebs nicht erhalten bleibt und ein Betriebsübergang daher abzulehnen ist.

Kein Betriebsübergang liegt daher in folgenden Fällen vor:

1. Wesentliche Veränderung des Betreiberkonzepts

Beispiel: Aus einem Designermöbelgeschäft wird ein Selbstabholer-Möbel-Discount.⁷

³ BAG, NZA 2006, 263, 264 = [jurisbyhemmer](#); BAG, NZA 2007, 739 (794 f.) = [jurisbyhemmer](#); BAG, NZA 2010, 499 (501) = [jurisbyhemmer](#); EuGH, NZA 1997, 433 [Ayse Süzen] = [jurisbyhemmer](#).

⁴ Hierzu nur ErfK/Preis, 25. Aufl., 2025, § 613a BGB, Rn. 7.

⁵ StRspr seit EuGH, 18.03.1986, EAS RL 77/187/EWG Art. 1 Nr. 2; EuGH, NZA 2002, 265 = [jurisbyhemmer](#);

BAG, NZA 1998, 251 = [jurisbyhemmer](#); BAG, NZA 2023, 352 = [jurisbyhemmer](#).

⁶ ErfK/Preis, § 613a BGB, Rn. 6; MüKoBGB/Müller-Glöge, 9. Aufl., 2023, § 613a BGB, Rn. 15.

⁷ BAG, NZA 2006, 1096 ff. = [jurisbyhemmer](#).

2. Vollständige Eingliederung in bestehende Organisationsstruktur des Erwerbers

Beispiel: Bistrobewirtschaftung bei der Bahn.⁸

3. Bloße Funktionsnachfolge („outsourcing“)

Beispiel: Vergabe des arbeitstechnischen Zwecks „Putzen“ an externes Reinigungsunternehmen.⁹

Durch das Hinzutreten weiterer Umstände (Übernahme von Arbeitnehmern und/oder materiellen Betriebsmitteln)¹⁰ kann aber aus der Funktionsnachfolge ein Betriebsübergang werden.¹¹ Im Einzelnen ist hier vieles umstritten.¹²

Für die Beantwortung der Frage des Übergangs einer „wirtschaftlichen Einheit“ ist eine **Gesamtbetrachtung** anzustellen.

Entscheidend dabei ist insbesondere, dass die wirtschaftliche Einheit ihre schon vor der Übernahme bestandene Identität „bewahrt“. Nur wenn eine **wirtschaftliche Einheit bereits vor dem Übergang vorhanden ist**, kann sich die Frage der Wahrung ihrer Identität und damit die Frage eines Betriebs(teil)übergangs überhaupt stellen.¹³ Der Übergang muss dem Erwerber die dauerhafte Fortsetzung der Tätigkeiten oder bestimmter Tätigkeiten des Veräußerers erlauben.¹⁴

Demnach sind vom Anwendungsbereich der RL 2001/23/EG nur solche Fälle betroffen, in denen die übertragene Einheit bereits vor dem Übergang über eine ausreichende funktionelle Selbstständigkeit verfügte. Da die Richtlinie aber nur eine teilweise Harmonisierung auf dem betreffenden Gebiet vornimmt, sind weitergehende nationale Regelungen möglich.¹⁵

Jedenfalls sei es unionsrechtlich **unerheblich, wie lange die wirtschaftliche Einheit beim Veräußerer vor dem Betriebsübergang bereits bestanden habe**. Sie kann auch allein zum Zweck der Ermöglichung eines Betriebs(teil)übergangs geschaffen werden.

Lediglich „betrügerische oder missbräuchliche“ Fälle haben außer Betracht zu bleiben.¹⁶

bb) Hier: Übergang des Betriebs (+)

Gemessen an den vorstehenden Maßstäben könnte der Betrieb auf S übergegangen sein.

Mit der Aufteilung und Untergliederung des ITEZ und der damit einhergehenden Organisationsänderung in personeller und räumlicher Hinsicht hat AG im Bereich Fahrzeug- und Antriebsstrangentwicklung eine **hinreichend organisierte, abgrenzbare und selbstständige Einheit** geschaffen, die in der Lage war, eine wirtschaftliche Tätigkeit mit eigenem Zweck zu verfolgen.

Innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks des ITEZ – Erbringung von Ingenieur- und Testleistungen bei der Gesamtfahrzeugentwicklung – kam dem Bereich Fahrzeug- und Antriebsstrangentwicklung zumindest ein arbeitstechnischer Teilzweck zu.¹⁷

Die erforderliche organisatorische Selbstständigkeit hat AG zum einen durch die Trennung und Zuordnung von bestimmten Wirtschaftsgütern und Funktionen geschaffen. Zudem hat sie eine personelle Trennung vorgenommen und die in den Bereich Fahrzeug- und Antriebsstrangentwicklung „versetzten“ Arbeitnehmer einer neu geschaffenen betrieblichen Leitung unterstellt. Hierzu hat AG den abgespaltenen Teil nochmals in drei Bereiche untergliedert (Propulsion, Vehicle und Powertrain Testing) und diese so geschaffenen Bereiche wiederum einer eigenständigen Leitung unterstellt, welche befugt war, den ihnen zugeordneten Arbeitnehmern Weisungen zu erteilen.

Der Übergang hat S die dauerhafte Fortsetzung bestimmter Tätigkeiten des AG erlaubt. S hat auf der Grundlage des mit AG geschlossenen Vertrags nicht nur bestimmte Entwicklungs- und Testtätigkeiten für die Fahrzeug- und Antriebsstrangentwicklung fortgeführt, sondern das sachkundige Personal mit seinem Knowhow einschließlich dem der Führungskräfte fast vollständig übernommen. S hat zudem komplett ausgestattete Gebäude, Hard- und Software, die Teststrecke sowie Verträge mit dem AG über die Erbringung bestimmter Entwicklungs- und Testdienstleistungen erhalten. Eine wesentliche Änderung der Arbeitsorganisation sowie des Zwecks der wirtschaftlichen Einheit hat nicht stattgefunden. Vielmehr wurde die Tätigkeit nahtlos fortgesetzt.

Vor diesem Hintergrund war die Annahme berechtigt, dass die übergehende Einheit dauerhaft ihre Geschäftstätigkeit fortsetzen kann. Das wird durch den bis heute aktiven Geschäftsbetrieb bestätigt.

⁸ BAG, NZA 2006, 1096 ff.

⁹ BAG, NZA 2007, 1431 ff. = [jurisbyhemmer](#); anders noch EuGH, NZA 1994, 545 ff. [Christel Schmidt].

¹⁰ Je nachdem, ob der Betrieb mehr durch materielle Betriebsmittel geprägt ist („Fabrikation“) oder durch menschliche Betriebsmittel („Dienstleistung“).

¹¹ EuGH, NJW 1997, 2039 ff. („Ayse Süzen“); in der „Güney-Görres-Entscheidung“ vom 15.12.2005 (EuGH, NJW 2006, 889 ff. = [jurisbyhemmer](#)) erfolgte eine Neuvergabe der Passagier- und Handgepäckkontrolle am Düsseldorfer Flughafen. Der EuGH bejahte - ähnlich wie in der „Christel-Schmidt-Entscheidung“ erneut allein aufgrund dieser Funktionsnachfolge den Betriebsübergang.

¹² Lesenswert ist die Zusammenfassung von Kock in ZIP 2007, 2237 bis 2240.

¹³ BAG, NZA 2023, 1396 Rn. 46 = [jurisbyhemmer](#); BAG, NZA 2020, 1091 = [jurisbyhemmer](#).

¹⁴ EuGH, NZA 2019, 889 [Ellinika Nafpigeia] = [jurisbyhemmer](#).

¹⁵ EuGH, NZA 2014, 423 – [Amatori ua] = [jurisbyhemmer](#).

¹⁶ Vgl. EuGH, NZA 2019, 889 – [Ellinika Nafpigeia] = [jurisbyhemmer](#).

¹⁷ Vgl. dazu BAG, BeckRS 2014, 65161 = [jurisbyhemmer](#).

Es ist rechtlich ohne Belang, dass der AG den Betriebsteil als wirtschaftliche Einheit erst etwa einen Monat vor seinem Übergang durch eine Aufteilung und Untergliederung des ITEZ geschaffen hat. Ferner sind keine Umstände zu entnehmen, die auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des AG schließen lassen.

Folglich ist der Betrieb auf S übergegangen.

b) Übergang des Betriebs "durch Rechtsgeschäft"

Der Betrieb müsste auch „durch Rechtsgeschäft“ auf S übergegangen sein.

Anmerkung: Das BAG sieht in dem Merkmal „durch Rechtsgeschäft“ die Möglichkeit, Fälle des § 613a BGB von Übertragungen „kraft Gesetzes¹⁸“ oder „kraft Hoheitsaktes“ abzugrenzen.¹⁹ Diese Rechtsprechung verstößt jedoch gegen die dem § 613a BGB zugrunde liegende **Richtlinie 01/23/EG**, die nicht von „Rechtsgeschäft“, sondern von „*legal transfer*“ spricht.²⁰ Dieser umfasst wiederum auch Übertragungen kraft Gesetzes oder Hoheitsaktes.²¹ Das Erfordernis eines „*legal transfers*“ hat die Funktion, einen Betriebsübergang gegen den Willen der betroffenen Inhaber auszuschließen:²² Sofern 80 % der Belegschaft aus eigenem Entschluss zu einem Konkurrenzunternehmen abwandern, können sich die verbleibenden 20 % der Belegschaft nicht auf einen Betriebsübergang berufen.

Hierunter sind Übertragungsakte kraft **Einzelrechtsnachfolge (Singularsukzession)** gemeint, worunter die Übereignung auf Basis eines Kaufvertrages in Form des „**Asset-Deals**“ – wie hier – fällt.

hemmer-Methode: Die Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession), also die Erbfolge nach §§ 1922 ff. BGB sowie die Umwandlung von Unternehmen (Rechtsträgern) nach § 324 UmwG, fällt indes nicht unter den § 613a BGB.

Bei einer näheren Betrachtung der Kommentare und Ausbildungsunterlagen fällt auf, dass häufig behauptet wird, die Singularsukzession umfasse „Verkauf und Verpachtung“.

Dabei ist jedoch zu beachten, dass diese Darstellung streng genommen im Widerspruch zum Trennungs- und Abstraktionsprinzip steht.

Die Übertragung geschieht nicht „durch Verkauf“, sondern durch die sachenrechtliche Übertragung einzelner Gegenstände (§§ 929 ff., 827, 925 BGB). Hier sollte man in der Klausur sprachlich präzise sein.

c) Kein Widerspruch des AN nach § 613a VI BGB

Es dürfte kein Widerspruch des AN nach § 613a VI BGB vorliegen.

Anmerkung: Das Arbeitsverhältnis geht nicht auf den Erwerber über, wenn der Arbeitnehmer dem Übergang form- und fristgerecht widerspricht. Der Widerspruch ist **schriftlich** (§§ 126, 126a BGB) innerhalb einer **Frist von einem Monat** zu erklären, eine Begründung ist aber nicht erforderlich. Die Monatsfrist beginnt mit dem Zugang der Unterrichtung nach § 613a VI S. 1 BGB und bemisst sich nach §§ 188 II, 187 I BGB.

Wird das Widerspruchsrecht des AN gem. § 613a VI BGB nach dem Betriebsübergang ausgeübt, wirkt es auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück.²³

Das Erfordernis der **Unterrichtung** jedes einzelnen Arbeitnehmers hat den **Zweck**, dem Arbeitnehmer die Wissensgrundlage für die Ausübung des Widerspruchsrechts zu verschaffen. Das BAG hat früher noch in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass nur eine fehlerfreie Unterrichtung die Monatsfrist in Gang setzt. Die Anforderungen an das Unterrichtungsschreiben, der den in § 613a V BGB genannten Mindestinhalt haben muss, waren damals noch sehr hoch: So waren bereits versehentliche Zahlendreher bei der Angabe der Handelsregisternummer des Betriebserwerbers fehlerhaft.²⁴ In dieser Entscheidung hat das BAG aber zugunsten der Arbeitgeber entschieden, dass **nicht jeder juristische Fehler beachtlich** ist, insbesondere wenn dieser irrelevant für die Willensbildung des Arbeitnehmers ist.

Auch eine Unterrichtung nach § 613a V BGB in einem standardisierten Informationsschreiben genügt, sofern eine verständliche, arbeitsplatzbezogene und zutreffende Information erfolgt. Die Unterrichtung muss in einer für den Laien verständlichen Sprache erfolgen.

Es genügt nicht, wenn lediglich das Gesetz (§ 613a BGB) abgeschrieben wird.²⁵

¹⁸ BAG, NZA 2007, 352 = [jurisbyhemmer](#).

¹⁹ BAG, BAGE 92, 251 (257) = [jurisbyhemmer](#).

²⁰ Junker, Arbeitsrecht, 23. Aufl., 2024, Rn. 136 m.w.N.

²¹ EUGH, NZA 2011, 1077, Rn. 63 = [jurisbyhemmer](#).

²² Vgl. Hartmann, EuZA 2011, 329 (337); Bayreuther, NZA 2020, 1505 (1508).

²³ Hat der AN zwischenzeitlich beim Betriebserwerber gearbeitet, so greifen die Grundsätze des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses ein.

²⁴ BAG, NZA 2014, 610, Rn. 23 f. = [jurisbyhemmer](#).

²⁵ BGH, NJW 2007, 2134 ff. = [jurisbyhemmer](#); im Umkehrschluss behauptet damit das BAG, dass § 613a BGB nicht verständlich ist. Dem ist nichts hinzuzufügen!

Zum Grund des Betriebsübergangs gehört nicht nur der Rechtsgrund, sondern auch die zum Betriebsübergang führende unternehmerische Erwägung.²⁶

Bei Mängeln in der Unterrichtung nach diesem Maßstab **beginnt die Monatsfrist nicht zu laufen**.²⁷ Somit kann der Arbeitnehmer in diesen Fällen grundsätzlich **ohne zeitliche Begrenzung** – und damit unter Umständen viele Jahre nach Betriebsübergang²⁸ – sein Widerspruchsrecht ausüben, wenn nicht Verzicht, Verwirkung oder Rechtsmissbrauch als Unterfälle von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entgegenstehen. Der klausurrelevante Fall ist der der **Verwirkung** (dazu sogleich).

Als Arbeitnehmer muss man sich aber genau überlegen, ob man das Widerspruchsrecht ausübt. Denn die Konsequenz kann sein, dass es bei dem „alten Arbeitgeber“ keinen freien Arbeitsplatz mehr gibt und daher eine betriebsbedingte Kündigung wirksam wäre.²⁹

AN erhab mit Schreiben vom November 2020 Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses. Dieser Widerspruch müsste fristgerecht erfolgt sein. Die Frist zum Widerspruch beträgt nach Maßgabe des § 613a VI S. 1 BGB einen Monat ab Zugang des Unterrichtungsschreibens nach § 613a V BGB.

Mit Schreiben vom 25.07.2019 wurde AN ordnungsgemäß über den geplanten Betriebsübergang auf S zum 30.08.2019 informiert. Gemessen daran lief die Frist nach §§ 188 II, 187 I BGB mit Ablauf des 25.08.2019 ab.

Der Widerspruch des AN vom Novemver 2020 ist somit verfristet.

d) Kein Betriebsübergang wegen der vorangegangenen Versetzung analog § 613a IV S. 1 BGB

Dem Betriebsübergang könnte analog § 613a IV S. 1 BGB eine Versetzung wegen des Betriebsübergangs entgegenstehen.

Anmerkung: Die Argumentation des AN war, dass § 613a IV S. 1 BGB auch auf eine Versetzung anwendbar sei.

Nach dem Gesetz findet § 613a IV S. 1 BGB Anwendung, wenn der AG dem AN wegen des Betriebsübergangs kündigt. Hier meint AN, dass der AG zwar nicht wegen des Betriebsübergangs gekündigt, aber wegen des Betriebsübergangs versetzt habe. Hier sei die Interessenlage nach AN vergleichbar und auch eine planwidrige Regelungslücke gegeben. Zwar kann ein Arbeitgeber grundsätzlich auch den Arbeitsort bestimmen, vgl. §§ 611a I S. 2 BGB, 106 S. 1 GewO. Ein solches örtliches Weisungsrecht gilt aber nicht grenzenlos. Hier war aber maßgeblich, ob die Analogievoraussetzungen überhaupt anwendbar sind. Das BAG verneinte die Analogie mit guten Gründen.

aa) Voraussetzungen einer Analogie

Die analoge Anwendung einer Norm setzt voraus, dass eine vom Gesetzgeber unbeabsichtigt gelassene **Lücke** besteht und diese **Planwidrigkeit** aufgrund konkreter Umstände positiv festgestellt werden kann. Andernfalls könnte jedes Schweißen des Gesetzgebers – also der Normalfall, wenn er etwas nicht regeln will – als planwidrige Lücke aufgefasst und diese im Weg der Analogie von den Gerichten ausgefüllt werden.

Analoge Gesetzesanwendung erfordert darüber hinaus, dass der gesetzlich ungeregelter Fall nach Maßgabe des Gleichheitssatzes und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nach der gleichen Rechtsfolge verlangt wie die gesetzessprachlich erfassten Fälle³⁰, also einer **vergleichbaren Interessenlage**. Richterliche Rechtsfortbildung darf nicht dazu führen, dass ein Gericht seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt. Die Aufgabe der Rechtsprechung beschränkt sich darauf, den vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck eines Gesetzes auch unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen oder eine planwidrige Regelungslücke mit den anerkannten Auslegungsmethoden zu füllen. Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den Wortlaut des Gesetzes hintanstellt und sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein.³¹

²⁶ BAG, **Life&LAW 01/2007**, 23 ff. = NZA 2006, 1268 ff. sowie NZA 2006, 1273 ff. = **juris**byhemmer.

²⁷ Eine Unterrichtung erst nach Betriebsübergang verstößt zwar gegen § 613a V BGB, setzt aber mit Zugang der Unterrichtung die Widerspruchsfestsetzung des AN gem. § 613a VI S. 1 BGB in Gang.

²⁸ Verwirkung unter bestimmten Umständen erst nach **sieben Jahren**, BAG, NJW 2018, 647 = **juris**byhemmer.

²⁹ Vgl. dazu ausführlicher **Hemmer/Wüst/Tyroler/Krick, Arbeitsrecht**, Rn. 269 f.

³⁰ BAG, NZA-RR 2015, 628; = **juris**byhemmer.

³¹ BAG, BeckRS 2016, 72463, Rn. 19 = **juris**byhemmer.

(1) Keine planwidrige Regelungslücke

Es fehlt bereits an einer planwidrigen Regelungslücke.

Der Gesetzgeber hat mit dem in § 613a VI BGB geregelten Widerspruchsrecht eine Möglichkeit für den Arbeitnehmer eröffnet, zu verhindern, dass er einen neuen, von ihm nicht gewollten Arbeitgeber durch den Betriebsübergang bekommt. Angesichts dessen ist schon **nicht erkennbar**, dass der Fall einer „**Zuordnungsversetzung**“ für den Betriebsübergang in § 613a IV BGB vom Gesetzgeber „vergessen“ worden sein könnte.

(2) Keine vergleichbare Interessenlage

Unabhängig davon betrifft die gesetzliche Regelung des § 613a IV BGB eine andere Interessenlage.

Mit dieser Norm – und RL 2001/23/EG – soll die **Kontinuität bereits zugeordneter Arbeitsverhältnisse** sichergestellt werden.³² Der Betriebsübergang als solcher soll nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen. Demgegenüber wird durch eine dem Betriebsübergang vorgelagerte Versetzung in den übergehenden Betrieb der Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht infrage gestellt. Vor einer vom Arbeitnehmer nicht gewünschten Auswechselung des Arbeitgebers schützt dagegen das Widerspruchsrecht des § 613a VI BGB.³³

Folglich fehlt es an den Voraussetzungen für eine analoge Anwendung der Vorschrift.

hemmer-Methode: Das BAG hat entschieden, dass eine Analogie ausnahmsweise dann möglich sein könnte, wenn ein Arbeitnehmer wegen einer vorangegangenen Zuordnungsentscheidung nicht von einem Betriebsübergang betroffen ist und in einem wirtschaftlich nicht lebensfähigen Restbetrieb verbleibt.

Beispiel: Betrieb 1 soll im Wege des Betriebsübergangs übergehen. Vor dem Betriebsübergang versetzt AG den AN in Betrieb 2 (Restbetrieb).

Dann könnte sich die Frage nach einer etwaigen **Rechtsmissbräuchlichkeit der Zuordnungsentscheidung** stellen, da den im Betrieb 2 zurückbleibenden Arbeitnehmern – anders als den übergehenden – nicht die Möglichkeit eines Widerspruchs nach § 613a VI BGB zusteht.

Dies ist vorliegend aber nicht der Fall.

³² EUGH ECLI:EU:C:2023:872 Rn. 52 = NJW 2024, 1640 – NC (Transfert d'une étude notariale espagnole) = [jurisbyhemmer](#); BAG, NJW 2023, 3311 Rn. 25 = [jurisbyhemmer](#).

³³ Vgl. BAG, NZA 2023, 1194, Rn. 21 = [jurisbyhemmer](#).

bb) Zwischenergebnis

Mangels Vorliegens der Analogievoraussetzungen steht die Versetzung wegen des Betriebsübergangs der Annahme eines Betriebsübergangs nicht entgegen.

Anmerkung: Die Versetzung ergibt sich aus dem örtlichen Weisungsrecht des Arbeitgebers nach §§ 611a I S. 2 BGB, 106 S. 1 GewO. Aufgrund des Bearbeitungsvermerks war die Rechtmäßigkeit der Versetzung zu unterstellen.

Das BAG hat die Sache insoweit an das LAG Hessen³⁴ mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass es nun zu klären hat, ob die Versetzung tatsächlich rechtswidrig war. Das LAG hat dies offengelassen, da es fälschlicherweise eine **Verwirkung des Angriffs der Versetzung** angenommen hat. Das LAG meinte, der AN habe mehr als ein Jahr verstreichen lassen, bis er sich auf die Unwirksamkeit der Versetzung berufen habe, sodass damit das **Zeitmoment** erfüllt sei. Darüber hinaus sei auch das **Umstandsmoment** erfüllt, da das Verhalten des AN widersprüchlich gewesen sei. Er habe nämlich zunächst ein gerichtliches Verfahren in Aussicht gestellt, dann aber zunächst weitergearbeitet.

Diese Begründung hielt der revisionsrechtlichen Überprüfung durch das BAG nicht stand: Das LAG habe nicht berücksichtigt, dass der AN sich bereits mit Schreiben vom 19.08.2019 – also weniger als einen Monat nach der Vorsetzungsanordnung – dem AG mitgeteilt habe, dass er sich gegen eine Versetzung wehre und dieser nur unter Vorbehalt nachkomme. Das **Zeitmoment** sei damit – so das BAG – nicht erfüllt. Zudem sei keine Widersprüchlichkeit zu erkennen, da er das gerichtliche Verfahren nicht nur in Aussicht gestellt, sondern auch betrieben habe. Somit fehle es auch am **Umstandsmoment**.

Wir haben den Sachverhalt der Einfachheit halber an dieser Stelle verkürzt, um den Fokus auf das hier wichtige Thema der analogen Anwendung des § 613a IV BGB zu lenken.

e) Zwischenergebnis

Es lag ein wirksamer Betriebsübergang nach § 613a BGB vor.

II. Ergebnis

AN hat gegen AG keinen Anspruch aus §§ 611a I, 613, 242 BGB i.V.m. Art. 2 I, 11 GG auf Beschäftigung.

³⁴ LAG Hessen, BeckRS 2022, 48267 = [jurisbyhemmer](#).

D) Kommentar

(dma). Arbeitgeber können nun einen eigenen Betriebs bzw. Betriebsteil extra zum Zweck dessen Übertragung schaffen und Arbeitnehmer in diesen Betrieb bzw. Betriebsteil versetzen.

Die Versetzung von Mitarbeitern in einen wirtschaftlich nicht lebensfähigen Restbetrieb könnte aber rechtsmissbräuchlich sein. Diese Ausdifferenzierung ist überzeugend.

Der Umstand, dass die Analogie von § 613a VI S. 1 BGB auf eine Versetzung abgelehnt wurde, ist ebenso zustimmungswürdig. Denn das Widerspruchsrecht aus § 613a VI BGB gibt dem Arbeitnehmer ausreichend Schutz.

Eine anspruchsvolle, aber spannende Klausurmatte, die überaus praxisrelevant ist.

E) Wiederholungsfragen

- **Wann liegt ein Betriebsübergang nach § 613a BGB vor?**

Ein Übergang des Betriebs nach § 613a I BGB liegt vor, wenn eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit in ihrer ursprünglichen Identität auf den Erwerber übergeht, wobei eine bloße Funktionsnachfolge nicht genügt.³⁵

- **Ist § 613a IV S. 1 BGB auf eine Versetzung wegen eines Betriebsübergangs analog anwendbar?**

Nach der Rechtsprechung des BAG fehlt es an den Analogievoraussetzungen. Es liegt keine planwidrige Regelungslücke vor, da der Gesetzgeber mit dem Widerspruchsrecht nach § 613a VI BGB bereits einen Schutzmechanismus für Arbeitnehmer geschaffen hat. Die Interessenlage bei einer Zuordnungsversetzung unterscheidet sich von derjenigen des § 613a IV BGB, da diese Vorschrift die Kontinuität bestehender Arbeitsverhältnisse beim Betriebsübergang sichern soll. Dies ist bei der dem Betriebsübergang vorgelagerten Versetzung nicht der Fall.

F) Zur Vertiefung

Zum Betriebsübergang

Hemmer/Wüst/Krick/Tyroller, Rn. 258 ff.

Arbeitsrecht,

³⁵ BAG, NZA 2006, 263, 264 = [jurisbyhemmer](#); BAG, NZA 2007, 739, 794 f. = [jurisbyhemmer](#); BAG, NZA 2010, 499, 501 = [jurisbyhemmer](#); EuGH, NZA 1997, 433 [Ayse Süzen] = [jurisbyhemmer](#).

