

Zeitschrift: ZMR - Zeitschrift für Miet- und Raumrecht

Autor: Dr. Joachim Wichert

Rubrik: Aufsätze

Referenz: ZMR 2016, 756 - 761 (Ausgabe 10)

Mieterwechsel als Betriebsübergang

Von Dr. Joachim Wichert, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Frankfurt am Main¹⁾

I. Einführung

Der folgende Fall soll in die Problemstellung einführen:¹⁾

Es geht um eine Gaststätte in der Düsseldorfer Altstadt. Dort betreibt der Pächter seit einigen Jahren ein gutbürgerliches deutsches Speiserestaurant mit angeschlossener Kegelbahn. Er beschäftigt dort mehrere Arbeitnehmer, darunter die Serviererin (S). Aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten muss der Pächter die Gaststätte am 30.11.2015 schließen. Der Pachtvertrag wird einvernehmlich zum 30.11.2015 aufgehoben. Der Pächter räumt die Gaststätte, kündigt seinen Arbeitnehmern aus betriebsbedingten Gründen und stellt sie für die Kündigungsfrist frei. Die Kündigungsfrist der S beträgt 4 Monate und endet mit Ablauf des 31.03.2016.

Einige Zeit später schließt der Verpächter einen neuen Pachtvertrag. Der neue Pächter (P) übernimmt von der bisherigen Einrichtung die funktionstfähige Kühlung, drei Elektrogeräte und die Kegelbahn. Er eröffnet am 01.02.2016 ein arabisches Restaurant. Es wird „Essen wie aus tausend und einer Nacht mit den besten Gerichten der arabischen Küche“ serviert. Dazu wird arabische Musik gespielt, arabische Mitarbeiter bedienen die überwiegend arabischen Gäste. Jeden Samstag treten Bauchtänzerinnen auf. Die Kegelbahn wird von denselben Vereinen genutzt wie vorher.

Die S erfährt am 10.02.2016 von der Neueröffnung. Nach anwaltlicher Beratung ist sie der Ansicht, dass es sich um einen Betriebsübergang handelt und ihr Arbeitsverhältnis zu den bisherigen Bedingungen nun mit P besteht bzw. sie einen entsprechenden Einstellungsanspruch hat. Daher bietet sie ihm zum 15.02.2016 ausdrücklich ihre Arbeitskraft an. P lehnt ab, weil er nach anwaltlicher Beratung die Auffassung vertritt, es liege kein Betriebsübergang vor. Die S verklagt P vor dem Arbeitsgericht Düsseldorf und beantragt Wiedereinstellung zu den bisherigen Arbeitsbedingungen. Wie wird das Arbeitsgericht Düsseldorf entscheiden?

Eine solche Konstellation kann den (neuen) Mieter oder Pächter schwer belasten. Denn er ist plötzlich mit dem Risiko konfrontiert, dass er ungewollt Arbeitnehmer erhält, und zwar zu Konditionen, die er nicht verhandelt hat. Dieses Risiko eines ungewollten Betriebsüberganges durch Mieterwechsel tritt in der Praxis nicht besonders häufig auf; ein Blick in die Rechtsprechung zeigt aber, dass es sich keineswegs um ein bloß theoretisches Risiko handelt.²⁾ Maßgeblich ist § 613a BGB, eine der kompliziertesten Vorschriften im deutschen Arbeitsrecht, die im Hinblick auf die einschlägige europäische Richtlinie auch noch unionsrechtskonform ausgelegt werden muss.³⁾ Daher wird die Rechtsprechung nicht nur durch das BAG, sondern maßgeblich auch durch den EuGH bestimmt.

Wann ist ein Mieterwechsel ein Betriebsübergang, welche rechtlichen Konsequenzen hat dies, wie kann ein Betriebsübergang durch Gestaltung vermieden werden und ist ein ungewollter Betriebsübergang ein Mangel der Mietsache? Mit diesen Fragen befasst sich der nachfolgende Beitrag.

II. Betriebsübergang gem. § 613a BGB : Voraussetzungen und Rechtsfolgen

1. Normzweck

§ 613a BGB soll Arbeitnehmer bei bestimmten Umstrukturierungsvorgängen schützen.⁴⁾ In erster Linie betrifft dies den Schutz vor betriebsbedingten Kündigungen. Geschützt sind aber auch die bisherigen Arbeitsbedingungen, die anlässlich des Betriebsübergangs nicht verschlechtert werden dürfen. Daneben soll § 613a BGB die Kontinuität des Betriebsrats gewährleisten und die Haftung zwischen altem und neuem Betriebsinhaber regeln.

2. Voraussetzungen für einen Betriebsübergang

a) Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils

Ein Betrieb i.S.d. § 613a BGB ist eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit. Eine solche wirtschaftliche Einheit ist charakterisiert als eine hinreichend strukturierte und selbstständige Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigenem Zweck.⁵⁾

Ein Betriebsteil ist eine auf Dauer angelegte selbstständig abtrennbare organisatorische Teileinheit innerhalb des Betriebs. Einzelne Betriebsmittel stellen noch keine solche Teileinheit dar. Vielmehr bedarf es auch insofern einer hinreichend strukturierten und selbstständigen Gesamtheit von Personen und Sachen.⁶⁾ Als Beispiele für eine solche abtrennbare Einheit kommen in Betracht: Werkstatt eines KFZ-Händlers; Buchhaltung eines Unternehmens; technischer Kundendienst eines Warenhauses; Kantine eines Unternehmens; Ticket-Verkauf und Check-In einer Fluggesellschaft.⁷⁾

*)
www.aclanz.de

1)
Der Sachverhalt ist angelehnt an BAG, 11.09.1997 – 8 AZR 55/95, NZA 1998, 31 [BAG 11.09.1997 - 8 AZR 555/95].

2)
Etwa BAG, 30.10.1986 – 2 AZR 696/85, AP BGB § 613a Nr. 58; BAG, 26.02.1987 – 2 AZR 321/86, NZA 1987, 589; BAG, 02.12.1999 – 8 AZR 796/98, NJW 2000, 3226; BAG 21.08.2008 – 8 AZR 201/07, NZA 2009, 29; BAG, 17.12.2009 – 8 AZR 1019/08; BAG, 18.08.2011 – 8 AZR 230/10, ZInsO 2011, 2083; BAG, 18.09.2014 – 8 AZR 733/14, NZA 2015, 97 [BAG 18.09.2014 - 8 AZR 733/13]; LAG Düsseldorf, 29.02.2000 – 4 Ca 1313/99, NZA-RR 2000, 353; LAG Berlin, 14.12.2012 – 10 Sa 1812/11, BeckRS 2013, 65712; vgl. ferner EuGH, 20.11.2003 – C-340/01, NZA 2003, 1385; aus dem Schrifttum: Matthey/Kluth/Fröndhoff, NZM 2005, 1; Pietz/Oprée, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, 3. Aufl. 2012, Kap. 16 Rn. 61 f.; Baldus, in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummieta, 2015, § 581 BGB Rn. 30 f.; v. Seldeneck/Wichert/Fallak, Gewerbemiete, 2013, Baustein 175.

3)
Richtlinie zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen (RL 2001/23/EG ABI. EG Nr. L 82/16).

4)
Zum Schutzzweck vgl. ErfK/Preis, 16. Aufl. 2016, § 613a BGB Rn. 2; NK-GA/Breinlinger, 2016, § 613a BGB Rn. 5.

5)
EuGH, 02.12.1999 – C-48/94, NZA 2000, 587; BAG, 13.11.1997 – 8 AZR 295/95, NZA 1998, 251; HWK-Arbeitsrecht/Willemsen, 7. Aufl. 2016, § 613a BGB Rn. 13, 15.

6)
BAG, 16.02.2006 – 8 AZR 204/05, NZA 2006, 794; MüKo-BGB/Müller-Glöße, 6. Aufl. 2012, § 613a Rn. 18.

7)

Wichert: Mieterwechsel als Betriebsübergang - ZMR 2016 Ausgabe 10 - 757 >>

Der Betrieb oder Betriebsteil muss übergegangen sein. Das setzt voraus, dass die Einheit oder Teileinheit beim Erwerber im Wesentlichen unverändert fortbesteht. Die Identität der hinreichend strukturierten und selbstständigen wirtschaftlichen Einheit oder Teileinheit muss auch nach dem (Teil-) Betriebsübergang gewahrt sein. Dafür ist es nicht erforderlich, dass die Einheit oder Teileinheit ihre organisatorische Selbstständigkeit wahrt; sie kann also beim Erwerber auch in eine vorhandene Betriebsorganisation eingegliedert werden. Erforderlich ist aber, dass „(...) die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehalten wird und sie es dem Erwerber erlaubt, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen.“⁸⁾

Was ist nun eine hinreichend strukturierte und selbstständige Gesamtheit von Personen und Sachen, die identitätswahrend übergeht? Hierzu bedarf es einer Gesamtabwägung aller den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Umstände. Die Rechtsprechung hat dazu folgende Prüfkriterien entwickelt (Sieben-Punkte-Katalog):⁹⁾

- die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes,
- der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter,
- der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs,
- die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber,
- der etwaige Übergang der Kundschaft,
- der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten,
- die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit.

Häufig wird in einem ersten Schritt danach unterschieden, ob es sich um einen Produktionsbetrieb oder um einen Dienstleistungsbetrieb handelt (Art des Betriebes). Bei Produktionsbetrieben stehen eher die sächlichen Betriebsmittel im Vordergrund, etwa Gebäude und bewegliche Güter. Bei Dienstleistungsbetrieben stehen eher die immateriellen Betriebsmittel, also Geschäftsbeziehungen zu Dritten, der Kundenstamm, das Know-how der übernommenen Mitarbeiter und die Einführung des Unternehmens auf dem Markt im Vordergrund. Unabhängig von der Art des Betriebs ist ferner zu berücksichtigen, ob die übernommene Einheit eine gleichartige Tätigkeit ausübt, etwa gleichartige Produkte herstellt oder Dienstleistungen anbietet. Schließlich kann auch eine längere Betriebsunterbrechung dem identitätswahrenden Übergang entgegenstehen. Es gibt zwar keine festen Fristen für die erforderliche Dauer einer solchen Betriebsunterbrechung; maßgeblich sind auch hier die Art des Betriebs und die Umstände des Einzelfalls. In Anlehnung an § 622 Abs. 2 Nr. 7 BGB wird eine Unterbrechung von mehr als 7 Monaten aber regelmäßig als ausreichend angesehen.¹⁰⁾

Führt der neue Inhaber den Betrieb überhaupt nicht mehr fort, liegt kein Betriebsübergang vor. Die bloße Fortführungsmöglichkeit genügt also nicht.¹¹⁾

Kein Betriebsübergang ist die bloße Funktions- oder Auftragsnachfolge.¹²⁾ Darunter wird die bloße Übernahme der Tätigkeit oder des Auftrags durch ein neues Unternehmen verstanden, ohne dass irgendwelche Betriebsmittel übernommen werden.

b) Übergang auf einen neuen Betriebsinhaber

Der Betrieb oder Betriebsteil muss auf einen neuen Betriebsinhaber übergehen. Betriebliche Umstrukturierungen ohne einen Wechsel des Betriebsinhabers unterfallen nicht § 613a BGB .

Der bloße Wechsel eines Gesellschafters stellt regelmäßig keinen Betriebsübergang dar.¹³⁾ Denn der Betriebsinhaber – die Gesellschaft – ändert sich in einem solchen Fall nicht. Das gilt auch bei einem Gesellschafterwechsel in einer GbR, da diese eine verselbstständigte Rechtsperson ist.

Im Falle eines Mieters oder Pächters ist dieser regelmäßig Inhaber des Betriebs. Endet das Miet- oder Pachtverhältnis, kann ein Betriebsübergang darin liegen, dass entweder der Verpächter selbst oder ein neuer Pächter die Einheit fortführt.

c) Übergang aufgrund eines Rechtsgeschäfts

Der Betriebsübergang muss auf einem Rechtsgeschäft beruhen. Dabei ist der Begriff des Rechtsgeschäfts weit auszulegen.¹⁴⁾ Maßgeblich ist, dass der neue Inhaber die Leitungsmacht über die wirtschaftliche Einheit durch ein Rechtsgeschäft erlangt.¹⁵⁾

Bei dem Rechtsgeschäft muss es sich nicht um einen Kauf handeln, auch Pacht-, Mietvertrag, Schenkung oder Gesellschaftsvertrag sind dafür geeignet. Das Rechtsgeschäft wird in der Regel zwischen altem und neuem Betriebsinhaber geschlossen. Erforderlich ist dies aber nicht. Es reicht ein Rechtsgeschäft zwischen anderen Partnern, das auf die Übertragung des Betriebs gerichtet ist.¹⁶⁾ Beispiel: Verpachtung zwischen Verpächter und neuem Pächter ohne Mitwirkung des alten Pächters.

3. Rechtsfolgen eines Betriebsüberganges

a) Eintritt in die bestehenden Arbeitsverhältnisse

Gem. § 613a Abs. 1 BGB tritt der neue Betriebsinhaber als Arbeitgeber in die bestehenden Arbeitsverhältnis-

8)

EuGH, 12.02.2009 – C-466/07 , NZA 2009, 251; so jetzt auch BAG, 07.04.2011 – 8 AZR 730/09 , NZA 2011, 1231; BAG, 13.10.2011 – 8 AZR 455/10 , NZA 2012, 504.

9)

Vgl. BVerfG, 15.01.2015 – 1 BvR 2796/13 , BeckRS 2015, 03443; BAG, 18.09.2014 – 8 AZR 733/13 , NZA 2015, 97; LAG München, 08.07.2014 – 2 Sa 94/14 , ZIP 2014, 2255; ErfK/Preis (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 10 ff.; GK-KSchG/Treber, 11. Aufl. 2016, § 613a BGB Rn. 22 ff.

10)

BAG, 22.05.1997 – 8 AZR 101/96 , NZA 1997, 1050; HWK/Willemsen (Fn. 5), § 613a BGB Rn. 180.

11)

BAG, 18.03.1999 – 8 AZR 159/98 , NJW 1999, 2461; GK-KSchG/Treber (Fn. 9), § 613a BGB Rn. 58.

12)

EuGH, 20.11.2011 – C-463/09, NZA 2011, 148; Düwell/Wichert (Fn. 7), § 11 Rn. 113 ff.

13)

LAG Düsseldorf, 10.08.2015 – 9 Sa 421/15 , ZIP 2016, 383; GK-KSchG/Treber (Fn. 9), § 613a BGB Rn. 55; Staudinger/Annuß, BGB, 2016 , § 613a BGB Rn. 68.

14)

BAG, 20.06.2002 – 8 AZR 459/01 , NZA 2003, 318; NK-GA/Breinlinger (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 60.

15)

BAG, 18.08.2011 – 8 AZR 230/10 , NZA 2012, 267; NK-BGB/Klappstein, 3. Aufl. 2016, § 613a BGB Rn. 23.

16)

BAG, 18.08.2011 – 8 AZR 230/10 , NZA 2012, 267; ErfK-Arbeitsrecht/Preis (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 60; MüKo-BGB/Müller-Glöße (Fn. 6), § 613a BGB Rn. 66.

Wichert: Mieterwechsel als Betriebsübergang - ZMR 2016 Ausgabe 10 - 758 << >>

se ein; bei einem Teilbetriebsübergang betrifft dies die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer, die dem Teilbetrieb zuzuordnen sind. Diese Arbeitsverhältnisse werden also so fortgeführt, wie sie bei dem bisherigen Betriebsinhaber bestanden haben. Dies gilt für die finanziellen Leistungen wie Gehalt, Provision, für entstandene betriebliche Übungen und für die Dauer der Betriebszugehörigkeit. Auch Leistungen, die auf Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen beruhen, muss der neue Betriebsinhaber grundsätzlich fortführen.

Möchte der neue Betriebsinhaber den Inhalt der Arbeitsverhältnisse ändern, so geht dies nur im Einvernehmen mit den Arbeitnehmern.¹⁷⁾ Zwar ist auch eine betriebsbedingte Änderungskündigung grundsätzlich möglich, sie greift aber in der Praxis selten durch, insbesondere wenn es um die Reduzierung von finanziellen Leistungen geht.

Auf der anderen Seite hat der Erwerber Anspruch auf die Arbeitsleistung und ist Inhaber des arbeitsrechtlichen Direktionsrechts. Allerdings hat der Arbeitnehmer gem. § 613a Abs. 6 BGB ein Widerspruchsrecht, welches bewirkt, dass das Arbeitsverhältnis nicht auf den Erwerber übergeht. Dieses Widerspruchsrecht kann er binnen eines Monats nach ordnungsgemäßer Unterrichtung über den Betriebsübergang ausüben. Ohne eine solche Unterrichtung wird die Widerspruchsfrist nicht in Gang gesetzt.¹⁸⁾

b) Verbot der Kündigung wegen eines Betriebsüberganges

Wegen des Betriebsüberganges kann nicht gekündigt werden, § 613a Abs. 4 BGB. Dies gilt sowohl für Kündigungen des Veräußerers als auch für Kündigungen des Erwerbers. Solche Kündigungen sind gem. § 134 BGB unwirksam.¹⁹⁾ Das ist auch der Fall, wenn das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar ist, etwa weil der Betrieb nicht mehr als 10 Mitarbeiter beschäftigt.²⁰⁾ Allerdings müssen auch solche unwirksame Kündigungen innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 KSchG angegriffen werden.²¹⁾

Kündigungen aus anderen Gründen, etwa personenbedingt oder verhaltensbedingt, bleiben aber möglich. Aber auch betriebsbedingte Kündigungen sind möglich, wenn sich die betriebsbedingten Gründe nicht auf den Betriebsübergang beziehen.²²⁾ Allerdings dürften betriebsbedingte Kündigungen im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang für den alten oder den neuen Betriebsinhaber regelmäßig schwer zu begründen sein.²³⁾ Zudem kann in solchen Fällen nicht nur den übergegangenen Arbeitnehmern gekündigt werden; es hat vielmehr, wie bei jeder betriebsbedingten Kündigung, eine Sozialauswahl stattzufinden.

Veräußerer oder Erwerber können im Rahmen eines Betriebsüberganges Arbeitsverhältnisse betroffener Arbeitnehmer grundsätzlich mittels Aufhebungsverträgen beenden.²⁴⁾ Dies verstößt nicht gegen das Kündigungsverbot, solange nicht ein Umgehungstatbestand vorliegt. Dies ist etwa der Fall, wenn Veräußerer und Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag abschließen und der Arbeitnehmer dann bei dem Erwerber zu schlechteren Arbeitsbedingungen eingestellt wird.²⁵⁾

c) Einstellungsanspruch bei Betriebsübergang nach Kündigung

Wurde der Arbeitnehmer von dem alten Betriebsinhaber betriebsbedingt gekündigt, weil ein Betriebsübergang nicht geplant war, und findet danach doch unerwartet ein Betriebsübergang statt, so hat der Arbeitnehmer einen Wiedereinstellungsanspruch bzw. Fortsetzungsanspruch gegen den neuen Betriebsinhaber zu den bisherigen Arbeitsbedingungen. Dieser Anspruch besteht allerdings nur, wenn der Betriebsübergang innerhalb der Kündigungsfrist des jeweiligen Arbeitnehmers stattgefunden hat.²⁶⁾ Nur ausnahmsweise kann er auch bei einem Betriebsübergang danach bestehen.²⁷⁾

Erfährt der gekündigte Arbeitnehmer von dem innerhalb seiner Kündigungsfrist erfolgten Betriebsübergang, muss er den Wiedereinstellungsanspruch entsprechend § 613a Abs. 6 BGB innerhalb eines Monats geltend machen.²⁸⁾ Das kann dazu führen, dass ein Arbeitnehmer, der erst nach langer Zeit von dem Betriebsübergang erfährt, dann noch einen Einstellungsanspruch gegen den neuen Betriebsinhaber geltend machen kann.²⁹⁾ Dem kann allenfalls der Einwand der Verwirkung entgegenstehen.³⁰⁾

Allerdings kann der neue Betriebsinhaber gegen den Einstellungsanspruch ggf. einwenden, dass der Arbeitsplatz schon besetzt oder die Einstellung aus anderen Gründen unzumutbar sei.³¹⁾

Ist ein Arbeitnehmer mittels wirksamen Aufhebungsvertrags beim alten Betriebsinhaber ausgeschieden, hat er keinen Wiedereinstellungsanspruch.³²⁾ Dies gilt auch bei einem gerichtlichen Vergleich nach betriebsbedingter Kündigung und Kündigungsschutzklage.

17)

BAG, 07.11.2007 – 5 AZR 1007/06 , NZA 2008, 530; Schweibert, in: Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 5. Aufl. 2016, I Rn. 56 f.; Düwell/Wichert (Fn. 7), Kap. 11 Rn. 395 ff.

18)

BAG, 14.12.2006 – 8 AZR 763/05 , NZA 2007, 682; ErfK-Arbeitsrecht/Preis (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 93.

19)

BAG, 20.09.2006 – 6 AZR 249/05 , NZA 2007, 387; HWK-Arbeitsrecht/Willemsen (Fn. 5), § 613a BGB Rn. 305.

20)

ErfK/Preis (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 153, 156; Düwell/Wichert (Fn. 7), Kap. 11 Rn. 217.

21)

NK-GA/Breinlinger (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 137; GK-KSchG/Treber (Fn. 9), § 613a BGB Rn. 131.

22)

Düwell/Wichert (Fn. 7) Kap. 11 Rn. 221 ff; NK-BGB/Klappstein (Fn. 15), § 613a Rn. 65.

23)

NK-GA/Breinlinger (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 132 f.

24)

HWK-Arbeitsrecht/Willemsen (Fn. 5), § 613a BGB Rn. 311; GK-KSchG/Treber (Fn. 9), § 613a BGB Rn. 142 f.

25)

BAG, 27.09.2012 – 8 AZR 826/11 , NZA 2013, 961; NK-BGB/Klappstein, (Fn. 15), § 613a Rn. 65.

26)

BAG, 04.05.2006 – 8 AZR 299/05 , NZA 2006, 1096; NK-GA/Breinlinger (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 135; Krieger/Willemsen, NZA 2011, 1128 [1130].

27)

BAG, 21.08.2008 – 8 AZR 201/07 , NZA 2009, 29; Krieger/Willemsen, NZA 2011, 1128 [1130 f.]; Düwell/Wichert (Fn. 7), Kap. 11 Rn. 237; ErfK-Arbeitsrecht/Preis (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 165.

28)

BAG, 21.08.2008 – 8 AZR 201/07 , NZA 2009, 29; HWK-Arbeitsrecht/Willemsen (Fn. 5), § 613a BGB Rn. 308.

29)

Vgl. ErfK/Preis (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 165; GK-KSchG/Treber (Fn. 9), § 613a BGB Rn. 137.

30)

APS-Kündigungsrecht/Steffan, 4. Aufl. 2012, § 613a BGB Rn. 183.

31)

BAG, 27.02.1997 – 2 AZR 160/96 , NZA 1997, 757; ErfK/Preis (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 164; GK-KSchG/Treber (Fn. 9), § 613a BGB Rn. 133.

32)

BAG, 23.11.2006 – 8 AZR 349/06 , NZA 2007, 866; Düwell/Wichert (Fn. 7), Kap. 11 Rn. 239; krit. allerdings LAG Düsseldorf, 18.02.2009 – 12 Sa 1544/08 , NZA-RR 2009, 414.

III. Mieterwechsel als Betriebsübergang

Unter welchen Umständen ist ein Mieterwechsel als Betriebsübergang zu werten? Dazu lassen sich drei Grundkonstellationen unterscheiden:

1. Betriebsveräußerung des bisherigen Mieters an den neuen Mieter

Erwirbt der neue Mieter vom bisherigen Mieter dessen Betrieb, so dürfte regelmäßig ein Betriebsübergang gem. § 613a BGB vorliegen. Will etwa ein Zahnarzt eine Zahnarztpraxis erwerben oder ein Rechtsanwalt eine Rechtsanwaltskanzlei, so kommt es ihnen gerade auf die Übernahme und Fortführung des eingerichteten Betriebs – der wirtschaftlichen Einheit – einschließlich der Betriebsmittel und der Patienten oder Mandanten an.

In diesen Fällen ist die Übernahme des Mietvertrags nur ein Bestandteil des Geschäfts zwischen dem neuen und dem bisherigen Mieter. Enthält der Mietvertrag eine sog. Ersatzmieterklausel, so kann der Vermieter den Betriebsinhaberwechsel nur in Ausnahmefällen verhindern.³³⁾ Ohne eine solche Ersatzmieterklausel muss der Vermieter dem Mieterwechsel gesondert zustimmen, wozu er in der Regel nicht verpflichtet ist.

Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung ist die Übernahme des Betriebs und die damit verbundene Übernahme des Mietverhältnisses regelmäßig ein Betriebsübergang nach § 613a BGB. Der neue Mieter muss die bisherigen Mitarbeiter des alten Mieters übernehmen. Kündigungen wegen des Betriebsüberganges sind unzulässig.

2. Neuverpachtung vollständig eingerichteter Betriebsräume

Werden vollständig eingerichtete Betriebsräume neu verpachtet, so liegt ein Betriebsübergang gem. § 613a BGB nahe. So etwa bei der Neuverpachtung eines voll eingerichteten Hotels, einer Tankstelle, eines Seniorenwohnheims oder einer Gaststätte. Denn in dem Fall werden neben den Räumen die wesentlichen Betriebsmittel mit übertragen, welche die wirtschaftliche Einheit prägen und ihre Fortführung erst ermöglichen.³⁴⁾ Das wird regelmäßig als Übernahme einer wirtschaftlichen Einheit, also als Betriebsübergang gem. § 613a BGB zu werten sein. Dass der neue Pächter kein Eigentum an den Betriebsmitteln erwirbt, ist unerheblich.

Anders mag es sein, wenn die Pachträume eine längere Zeit nicht genutzt wurden, das vorangegangene Pachtverhältnis also länger zurückliegt. Dann könnte die dadurch bewirkte Betriebsunterbrechung einen Betriebsübergang gem. § 613a BGB verhindern (s.o. unter II. 2 a). Auch wenn der Neupächter ein deutlich anderes Konzept verfolgt und andere Kunden anspricht, kann dies einen Betriebsübergang nach § 613a BGB ausschließen (s.o. unter II. 2 a).

3. Neuvermietung von Räumen ohne Betriebsmittel

Die bloße Neuvermietung von Räumen stellt dagegen regelmäßig keinen Betriebsübergang gem. § 613a BGB dar. Mietet etwa ein Anwalt die Räume, die vorher ein Personalberater innehatte, so hat das nichts mit einer Übernahme des bisherigen Betriebs zu tun. Ein Branchenwechsel schließt also einen Betriebsübergang aus. Aber ganz ausgeschlossen ist das Risiko eines Betriebsübergangs bei der bloßen Vermietung von Räumen auch nicht. Dies sei verdeutlicht an der Neuvermietung von Einzelhandelsgeschäften.

In einem solchen Fall kann nach der Rechtsprechung ausnahmsweise dann ein Betriebsübergang vorliegen, wenn die folgenden Voraussetzungen vorliegen: Der neue Mieter richtet seine Waren an den gleichen Kundenkreis wie der bisherige, und dafür ist gerade die herausragende Geschäftslage der Mieträume maßgeblich.³⁵⁾ Beispiel: hervorgehobene Geschäftslage in der Mönckebergstr. in Hamburg. Weiterhin muss der neue Mieter ein gleichartiges Warensortiment führen und im Wesentlichen die bisherige Betriebsform beibehalten.³⁶⁾ Die bisherige Tätigkeit muss also in den Mieträumen gleichartig fortgeführt werden; dies gilt auch für die Fortführung einer Dienstleistung.³⁷⁾

An einem gleichartigen Warensortiment kann es etwa fehlen, wenn die bisherigen und die neuen Waren ein unterschiedliches Qualitätsniveau aufweisen.³⁸⁾ Unterschiedliche Betriebsformen wären etwa Warenhaus,

Fachgeschäft, Discounter.³⁹⁾ In diesen Fällen wird in aller Regel ein anderer Kundenkreis angesprochen, was einem Betriebsübergang entgegensteht.

Ob die oben genannten Voraussetzungen für einen Betriebsübergang ausreichen, ist allerdings strittig.⁴⁰⁾ Denn wenn der neue Mieter nur die hervorragende Geschäftslage ausnutzt, aber mit eigenen Betriebsmitteln und eigenem Personal ein gleichartiges Warensortiment in gleichartiger Betriebsform wie sein Vorgänger anbietet, so kann dies auch als eine bloße Auftrags- oder Funktionsnachfolge gewertet werden, die noch nicht die Schwelle zu einem Betriebsübergang erreicht. Wie dem auch sei: Das Risiko eines Betriebsüberganges erhöht sich jedenfalls deutlich, wenn der neue Mieter zusätzlich Personal des alten Mieters beschäftigt, in Lieferantenbeziehungen eintritt oder einzelne Betriebsmittel übernimmt, etwa Teile der Ladeneinrichtung.⁴¹⁾ All dies kann die Gleichartigkeit der Arbeitsorganisation und der betrieblichen Arbeitsmethoden verstärken.

IV. Gestaltungsmöglichkeiten bei Mieterwechsel

§ 613a BGB ist zwingend.⁴²⁾ Er kann also nicht abbedungen oder zu Lasten der geschützten Arbeitnehmer verschlechtert werden. Auf der anderen Seite ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, zum Erhalt der Arbeitsplätze einen Betriebsübergang herbeizuführen.⁴³⁾ Er kann

33)

Dazu v. Seldeneck/Wichert/Fallak (Fn. 2), Baustein 176.

34)

Matthey/Kluth/Fröndhoff, NZM 2005, 1 [3].

35)

BAG, 30.10.1986 – 2 AZR 696/85, AP BGB § 613a Nr. 58; BAG, 26.02.1987 – 2 AZR 321/86, NZA 1987, 589; LAG Mecklenburg-Vorpommern, 14.05.2013 – 5 Sa 72/12, BeckRS 2013, 71536; bestätigt durch BAG, 18.09.2014 – 8 AZR 733/13, NZA 2015, 97; Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl. 2015, § 117 Rn. 24.

36)

BAG, 30.10.1986 – 2 AZR 696/85, AP BGB § 613a Nr. 58; BAG, 26.02.1987 – 2 AZR 321/86, NZA 1987, 589; BAG, 02.12.1999 – 8 AZR 796/98, NJW 2000, 3226; Matthey/Kluth/Fröndhoff, NZM 2005, 1 [4].

37)

Hierzu auch APS/Steffan (Fn. 30), § 613a BGB Rn. 40.

38)

BAG, 26.02.1987 – 2 AZR 321/86, NZA 1987, 589.

39)

BAG, 26.02.1987 – 2 AZR 321/86, NZA 1987, 589.

40)

Krit. etwa Staudinger/Annuß (Fn. 13), § 613a BGB Rn. 72, 97.

41)

BAG, 02.12.1999 – 8 AZR 796/98, NJW 2000, 3226.

42)

MüKo-BGB/Müller-Glöge (Fn. 6), § 613a BGB Rn. 10.

43)

EuGH, 16.10.2008 – C-313/07, ArbRB 2008, 372; HWK-Arbeitsrecht/Willemsen (Fn. 7), § 613a BGB Rn. 10a.

Wichert: Mieterwechsel als Betriebsübergang - ZMR 2016 Ausgabe 10 - 760 << >>

eine Umstrukturierung so vornehmen, dass die Voraussetzungen für einen Betriebsübergang nicht vorliegen; dies stellt keine Umgehung des § 613a BGB dar.⁴⁴⁾ In begrenztem Umfang kann auch durch vorherige Regelung der betroffene Arbeitnehmerkreis gestaltet werden, etwa durch Versetzungen oder Aufhebungsvereinbarungen vor dem geplanten Betriebsübergang.

1. Vereinbarungen zwischen Vor- und Nachmieter bei Betriebsveräußerung

Handelt es sich um die Konstellation, dass der Vormieter seinen Betrieb auf den Nachmieter überträgt, sind die Gestaltungsmöglichkeiten begrenzt. Hier handelt es sich regelmäßig um einen Betriebsübergang. Einige Möglichkeiten gibt es aber doch, die sich nicht auf den Tatbestand des Betriebsüberganges, sondern auf den betroffenen Arbeitnehmerkreis beziehen oder Ausgleichszahlungen zwischen Betriebserwerber oder -veräußerer regeln.⁴⁵⁾

So kann sich der Veräußerer verpflichten, vor Übertragung des Betriebs bestimmte Arbeitsverhältnisse durch wirksame Aufhebungsvereinbarung (gegen Abfindung) zu beenden. Auch kann der Veräußerer Kosten des Erwerbers übernehmen, wenn dies scheitert und der Erwerber Arbeitnehmer übernehmen muss. Hat der Veräußerer mehrere Betriebe, so können die Parteien vereinbaren, dass der Veräußerer bestimmte Arbeitnehmer vor Betriebsveräußerung durch Versetzung einem anderen Betrieb zuordnen muss, damit diese nicht von dem Betriebsübergang erfasst werden.

2. Maßnahmen bei fehlender Beziehung zwischen Vor- und Nachmieter

Haben Vor- und Nachmieter nichts miteinander zu tun, können sie auch keine Vereinbarungen treffen. Dann geht es darum, wie der Nachmieter, der sich des Problems bewusst ist, das Risiko eines Betriebsüberganges reduziert. Dies kann durch verschiedene Maßnahmen geschehen.

An erster Stelle wäre zu erwägen, keine oder zumindest keine prägenden Betriebsmittel vom Vermieter oder Verpächter zu übernehmen, die bereits der Vorgänger genutzt hat. Auch sollte möglichst kein (Schlüssel-) Personal des Vorgängers eingestellt werden, da dies das Risiko eines Betriebsüberganges erhöht. Alternativ könnte solches Personal erst nach einer Schamfrist von 3–6 Monaten eingestellt werden.

Eine andere Überlegung ist, das Warensortiment, die Dienstleistung oder die Betriebsform deutlich zu verändern, zumindest für einen gewissen Zeitraum. Auch dies mindert das Risiko eines Betriebsüberganges. Der Aufbau neuer Lieferantenbeziehungen gehört ebenfalls zu den risikomindernden Maßnahmen.

Schließlich kann das Risiko Betriebsübergang durch den Zeitpunkt des Mietvertrags gesteuert werden. Eine spätere Anmietung könnte das Argument der wesentlichen Betriebsunterbrechung unterstützen, die einen Betriebsübergang ausschließt (s.o. unter II.2.a). Allerdings wären hier nicht zu kurze Zeiträume ins Auge zu fassen, die Betriebsunterbrechung sollte schon 3–6 Monate bestehen; auf der sicheren Seite steht man in der Regel bei einer Betriebsunterbrechung von mehr als 7 Monaten (s.o. unter II.2.a).

Schließlich kann der Mieter, der marktmächtig ist und das Risiko Betriebsübergang kennt, auf Ausgleichsregelungen im Mietvertrag bestehen, falls sich dieses Risiko realisiert. In Betracht käme etwa, dass der Vermieter bestimmte Kosten übernimmt oder sich die Miete in einem solchen Fall reduziert.

3. Vertragsgestaltung zwischen Vermieter und (Vor-) Mieter

Das Risiko Betriebsübergang trifft den Vermieter nur dann unmittelbar, wenn er den Betrieb des Vormieters fortführt. Aber selbst wenn das nicht der Fall ist, hat er zumindest ein mittelbares Interesse, dass der Nachmieter nicht gegen seinen Willen Arbeitnehmer des Vormieters übernehmen muss. Daher stellt sich die Frage, ob dieses Risiko schon im Mietvertrag ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann.

Der Anspruch der Arbeitnehmer des Vormieters auf Weiterbeschäftigung ist zu Lasten der Arbeitnehmer nicht abdingbar. Deshalb wird überlegt, ob man wenigstens die finanziellen Risiken, die sich aus dem Weiterbeschäftigungsanspruch der Arbeitnehmer des Vormieters ergeben, auf diesen übertragen kann.⁴⁶⁾ Der BGH ist allerdings zurückhaltend. In einer einschlägigen Entscheidung hat er folgende Klausel moniert:⁴⁷⁾

„Der Pächter wird zum Ende des Pachtvertrags etwaige Arbeitsverhältnisse mit seiner Ehefrau oder anderen Familienangehörigen auf eigene Kosten beenden. Sollte die Ehefrau oder ein sonst vom Pächter beschäftigtes Familienmitglied den Verpächter oder einen Nachfolgpächter aus dem Arbeitsverhältnis in Anspruch nehmen, so wird der Pächter den Verpächter oder den Nachfolgpächter von allen daraus entstehenden Kosten freihalten“.

Begründung: Die Verpflichtung des Pächters, die Arbeitsverhältnisse zu beenden, verstoße gegen § 613a BGB und sei nichtig. Zugleich enthalte diese Verpflichtung einen Verstoß gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Deshalb könne sie auch nicht mit reduziertem Inhalt – bloße Pflicht zur Kostenerstattung – aufrechterhalten werden (Verbot der geltungserhaltenden Reduktion).

Ersatzweise kommt eine ausreichend klar formulierte Klausel mit Kostendeckelung in Frage. Als Kostendeckelung käme ein Betrag von 7 Bruttomonatsmieten in Betracht; denn solange müsste der Vermieter die Räume leer stehen lassen, um einen Betriebsübergang einigermaßen sicher zu vermeiden.⁴⁸⁾ Allerdings gibt es zu solchen Klauseln bislang keine Rechtsprechung.

V. Betriebsübergang als Mangel der Mietsache?

Stellt sich nach Abschluss des Mietvertrags heraus, dass der Mieter Arbeitnehmer seines Vorgängers übernehmen muss, weil ein Betriebsübergang vorliegt, so ist dies

44)
BAG, 15.10.2011 – 8 AZR 197/11, NZA-RR 2013, 179.

45)
Vgl. Düwell/Wichert (Fn. 7), Kap. 11 Rn. 412 ff.

46)
Pietz/Oprée (Fn. 2), Kap. 16 Rn. 62; v. Seldeneck/Wichert/Fallak (Fn. 2), Baustein 175 Rn. 6 f.

47)
BGH, 23.03.2006 – III ZR 102/05, NZA 2006, 551.

48)
Vgl. den Formulierungsvorschlag bei v.Seldeneck/Wichert/Fallak (Fn. 2), Baustein 175 am Ende.

Wichert: Mieterwechsel als Betriebsübergang - ZMR 2016 Ausgabe 10 - 761 <<

grundsätzlich kein Sachmangel der Mietsache i.S.d. § 536 Abs. 1 BGB. Es handelt sich nämlich allenfalls um eine mittelbare Beeinträchtigung, die keinen konkreten Einfluss auf die Gebrauchstauglichkeit der Mieträume hat.⁴⁹⁾ Zudem beruht die erzwungene Übernahme von Arbeitnehmern auf der Weiterführung des Betriebs durch den neuen Mieter, sie haftet also nicht der Mietsache an.⁵⁰⁾ Für den Betrieb ist aber der Mieter und nicht der Vermieter verantwortlich.

Auch ein Rechtsmangel ist zu verneinen. Erforderlich dafür ist nämlich, dass ein Dritter ein Recht gerade an der Mietsache hat.⁵¹⁾ Die Rechte der Arbeitnehmer aus § 613a BGB beziehen sich nicht auf das Mietobjekt, sondern auf Übernahme der Arbeitsverhältnisse wegen Fortführung des Betriebs.⁵²⁾

Regelmäßig wird der Mieter auch keine Schadensersatzansprüche gegen den Vermieter wegen unterlassenen Aufklärungspflichten gem. §§ 311 BGB, 241 Abs. 2 BGB haben. Solche Aufklärungspflichten sind nur in Ausnahmefällen anzunehmen, denn grundsätzlich muss sich jede Vertragspartei selbst und auf eigene Kosten die erforderlichen Informationen beschaffen.⁵³⁾ Dem Vermieter obliegen insbesondere keine Aufklärungspflichten über den Vormieter und einen etwaigen Betriebsübergang. Darüber muss sich der Mieter selbst kundig machen.⁵⁴⁾ Dies auch deshalb, weil es von den betrieblichen Umständen bei dem neuen Mieter abhängt, ob sich ein etwaiges Risiko Betriebsübergang verwirklicht. Der Vermieter selbst hat aber von solchen betrieblichen Umständen in der Regel keine oder nur geringe Kenntnisse.⁵⁵⁾

VI. Lösung des Einführungsfalls

Die S wird den Rechtsstreit verlieren. Sie hätte nämlich nur dann einen Anspruch gegen P auf Wiedereinstellung bzw. Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen Bedingungen, wenn ein Betriebsübergang gem. § 613a BGB vorliegt.

Der P hat zwar die Gaststätte und einige der vorhandenen Betriebsmittel (funktionsfähige Kühlung, drei Elektrogeräte und Kegelbahn) übernommen. Es mangelt aber an einer gleichartigen Fortführung der Gaststätte. Statt gutbürgerlicher Küche in langjähriger Tradition werden nunmehr „Essen wie aus Tausend und einer Nacht“ und arabischer Bauchtanz angeboten. Dabei wird arabische Musik gespielt und durch arabisches Personal bedient. Der P offeriert nicht nur andere Speisen, sondern auch eine gänzlich andere Atmosphäre. Darüber hinaus richtet sich die neue Gaststätte an Gäste mit anderem Geschmack und anderem Interesse. Daher ist ein Betriebsübergang zu verneinen.⁵⁶⁾

49)

BGH, 16.02.2000 – XII ZR 279/97, ZIP 2000, 887; BGH, 26.09.2012 – XII ZR 121/12, GE 2012, 1553; Blank, in: Blank/Börstinghaus, Mietrecht, 4. Aufl. 2014, § 536 BGB Rn. 9; Lützenkirchen/Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl. 2015, § 536 BGB Rn. 340 f.; v. Seldeneck/Wichert/Fallak (Fn. 2), Baustein 149 Rn. 1; Ghassemi-Tabar, in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer (Fn. 2), § 536 BGB Rn. 219.

50)

Matthey/Kluth/Fröndhoff, NZM 2005, 1 [5].

51)

Blank, in: Blank/Börstinghaus (Fn. 49), § 536 BGB Rn. 212.

52)

Matthey/Kluth/Fröndhoff, NZM 2005, 1 [5 f.].

53)

Dazu v. Seldeneck/Wichert/Fallak (Fn. 2), Baustein 3 Rn. 1 ff.

54)

Matthey/Kluth/Fröndhoff, NZM 2005, 1 [6].

55)

Matthey/Kluth/Fröndhoff, NZM 2005, 1 [6].

56)

BAG, 11.09.1997 – 8 AZR 55/95, NZA 1998, 31 [BAG 11.09.1997 - 8 AZR 555/95] .