

Die Aufspaltung eines Arbeitsverhältnisses als Folge eines Betriebsübergangs – Diener zweier Herren

Zugleich Besprechung von EuGH, Urt. v. 26.3.2020 – C-344/18, NZA 2020, 503 – ISS Facility Services

Rechtsanwalt Dr. Hans-Peter Löw und Rechtsreferendar Hendric Stolzenberg, LL. M. Eur.*

Im Rahmen eines Betriebsübergangs iSd § 613 a I 1 BGB stellt sich regelmäßig die Frage, ob Arbeitnehmer, die in zentralen Unternehmensbereichen wie der Personalverwaltung oder Buchhaltung tätig sind („Overheadpositionen“) und für andere Einheiten tätig werden, der übergehenden wirtschaftlichen Einheit zuzuordnen sind. Gleiches gilt für Arbeitnehmer, die in zwei wirtschaftlichen Einheiten tätig sind („Doppelpositionen“). Unter welchen Voraussetzungen Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmern in Doppelpositionen auf unterschiedliche Erwerber der jeweiligen wirtschaftlichen Einheiten im Einzelfall übergehen, hat der EuGH nun erstmals in seinem Urteil vom 26.3.2020 im Rechtsstreit ISS Facility Services NV/Govaerts (C-344/18, NZA 2020, 503) festgelegt. Darin kommt er zu dem Ergebnis, dass ein Doppelpositionsarbeitsverhältnis bei einem Übergang der Betriebsteile auf unterschiedliche Erwerber grundsätzlich in mehrere Teilzeitarbeitsverhältnisse aufgespalten wird.

I. Sachverhalt und Entscheidung des EuGH

Die *ISS Facility Services NV (ISS)* war für die Reinigung verschiedener, auf drei Lose aufgeteilter Gebäude der Stadt Gent in Belgien verantwortlich (Los 1: Museen, Los 2: Bibliotheken, Los 3: Verwaltungsgebäude).¹ Frau *G* war als Projektleiterin für die den drei Losen entsprechenden Objekte auf Basis eines unbefristeten Arbeitsvertrags beschäftigt.

Im Rahmen einer Neuausschreibung erhielt nicht *ISS* den Zuschlag, sondern die Lose 1 und 3 wurden an *Atalian NV (Atalian)* vergeben, das Los 2 an *Cleaning Masters NV*. *ISS* meldete Frau *G* daraufhin arbeitslos, wogegen sich Frau *G* gerichtlich wehrte. Das vorliegende Gericht *Arbeidshof te Gent* bejahte das Vorliegen nicht nur eines, sondern mehrerer Betriebsübergänge, da jedes der Lose eine wirtschaftliche Einheit im Sinne der RL 2001/23/EG bilde und die Identität gewahrt werde. Vom *EuGH* wollte das *Arbeidshof te Gent* wissen, wie das Arbeitsverhältnis der Klägerin übergegangen sei.

Laut *EuGH* ist Art. 3 I RL 2001/23/EG dahin auszulegen, dass die Rechte und Pflichten aus einem Arbeitsvertrag auf jeden der Erwerber anteilig entsprechend der vom betreffenden Arbeitnehmer wahrgenommenen Aufgaben übergehen, sofern die daraus folgende Aufspaltung des Arbeitsvertrags möglich ist und weder eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen nach sich zieht noch die Wahrung der durch die RL 2001/23/EG gewährleisteten Ansprüche berührt ist. Die Prüfung dieser Voraussetzungen sei Sache der nationalen Gerichte. Sollte sich eine Aufspaltung als unmöglich herausstellen oder die Ansprüche des Arbeitnehmers beeinträchtigen, sei bei einer etwaigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach Art. 4 RL 2001/23/EG davon auszugehen, dass sie durch den oder die Erwerber erfolgt ist.

II. Bewertung der Entscheidung

In der Rechtssache *Watsen Rask* hat der *EuGH* bereits 1992 entschieden, dass auch solche Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber übergehen, bei denen der Arbeitnehmer dem übertragenen Betriebsteil zwar nicht formal zugeordnet ist, aber diesem zum Zeitpunkt des Übergangs *angehört*.² Diese Linie bestätigte er 1997 in der Entscheidung *Botzen*.³ Hierbei unterschied er stets danach, ob der Arbeitnehmer nicht nur *für* den übertragenen Betriebsteil tätig war, sondern in den

übergegangenen Betrieb oder Betriebsteil auch tatsächlich eingegliedert war.⁴ Dass ein Arbeitnehmer, ohne dem Betriebsteil anzugehören, lediglich bestimmte Tätigkeiten mit Betriebsmitteln des übertragenen Betriebsteiles verrichtet, wurde in der Rechtssache Botzen jedoch nicht als ausreichend erachtet.⁵

Richtigerweise ist bei der Frage, welche Arbeitsverhältnisse von einem Betriebsübergang erfasst sind, zwischen zwei ähnlich gelagerten Fallkonstellationen zu unterscheiden, nämlich zwischen Arbeitnehmern mit *Overheadfunktionen* (auch „Stabsstellen“ genannt)⁶ einerseits und solchen Arbeitnehmern andererseits, die in zwei wirtschaftlichen Einheiten tätig sind. Einen Unterfall der Doppelposition bildet die Schnittstellenposition, bei der die ausgeübte Tätigkeit gerade in der „Verbindung“ der beiden Betriebsteile besteht.⁷

Während die Zuordnung von Arbeitnehmern auf Overhead-Positionen auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung Watson Rask und Botzen zu lösen ist, hatte der *EuGH* bislang nicht geklärt, wie die Zuordnung von Arbeitnehmern auf Doppelpositionen zu erfolgen hat.⁸ Die Entscheidung *ISS Facility Services* füllt diese Lücke nunmehr.⁹

1. Keine Relevanz der Entscheidung für Overhead-Positionen

Zwar geht aus den Schlussanträgen des Generalanwalts beim *EuGH* und der Entscheidung des *EuGH* nicht ausdrücklich hervor, dass es sich um ein Doppelpositions-Arbeitsverhält-

1280 ▲
▼

Löw/Stolzenberg: Die Aufspaltung eines Arbeitsverhältnisses als Folge eines Betriebsübergangs – Diener zweier Herren (NZA 2020, 1279)

nis handelte. Der *EuGH* stellte aber – auf Grundlage des durch den *Arbeidshof te Gent* geschilderten Sachverhalts – zentral darauf ab, dass „Frau G“ Projektleiterin für die drei diesen Losen entsprechenden Objekte“ war.¹⁰ Es liegt daher nahe, dass Frau G eine Doppelpositionsstelle zwischen diesen operativen Betriebsteilen besetzte und ihre Arbeitsleistung anteilig für die im Rahmen der Lose anfallenden Tätigkeiten eingebracht. Insbesondere wird in der Entscheidung auch nicht das Gegenteil erwähnt, also dass Frau G Teil einer Leitungs- bzw. Overheadabteilung war.¹¹

Vor diesem Hintergrund erscheint es in sich schlüssig, dass sowohl der *EuGH* als auch der Generalanwalt beim *EuGH* sich nicht mit der Frage auseinandersetzen, ob die Arbeitnehmerin einem der drei operativen Betriebsteile angehörte. Stattdessen führt der *EuGH* aus, dass es für den Übergang der wirtschaftlichen Einheit, welcher „ein Arbeitnehmer angehörte“, unerheblich sei, „ob die wirtschaftliche Einheit auf einen oder mehrere Erwerber übergegangen ist“.¹² Eine dritte Option, nämlich die Zugehörigkeit zu einer übergeordneten Leitungseinheit, wird weder im Tatbestand noch in den Gründen des Urteils des *EuGH* noch in den Schlussanträgen erwähnt. Ohne diese dritte Option musste das Arbeitsverhältnis aber zwingend einem oder beiden Betriebsteil(en) zugeordnet werden.

Ob Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmern auf Overhead-Positionen auf einen Erwerber übergehen, ist anhand der bisherigen Rechtsprechung des *EuGH* zu beantworten. Beim Übergang operativer Betriebsabteilungen kommt es weiterhin grundsätzlich nicht zum Übergang von Arbeitsverhältnissen aus Abteilungen des Overheadbereichs. Etwas anderes kann nur ausnahmsweise gelten, wenn der jeweilige Arbeitnehmer – so der *EuGH* in der Entscheidung Botzen – in die übertragene wirtschaftliche Einheit tatsächlich eingegliedert ist.¹³ Das *BAG* konkretisierte dieses Erfordernis dahingehend, dass ein Arbeitsverhältnis auch dann auf den Erwerber übergeht, wenn die Tätigkeit des Arbeitnehmers dem übergehenden Betrieb oder Betriebsteil *ausschließlich oder wesentlich zugutekommt*¹⁴, worin eine weisungsrechtliche Zuordnungsentscheidung des früheren Betriebsinhabers zum Ausdruck kommt.¹⁵ Bei der Bestimmung, welchem Betriebsteil die Arbeit zugutekommt, ist in erster Linie auf den jeweiligen zeitlichen Aufwand und Arbeitseinsatz

abzustellen.¹⁶ Zudem ist der überwiegende Arbeitsort von Bedeutung.¹⁷ In einem Fall aus dem Jahr 2013 ließ das *BAG* zwei Drittel des zeitlichen Aufwands, welcher der übergegangenen wirtschaftlichen Einheit zugutekam, genügen.¹⁸ Keinen Unterschied macht es nach der Rechtsprechung des *BAG*, wenn der verbleibende Betrieb infolge der Übernahme nicht mehr sinnvoll zu führen ist¹⁹ oder vollständig stillgelegt wird.²⁰

2. Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses von Arbeitnehmern auf Doppelpositionen als Folge der *EuGH*-Entscheidung *ISS Facility Services*

Vorab: Überzeugender wäre es gewesen, statt einer Aufspaltung beispielsweise die Zugehörigkeit von Arbeitnehmern auf Doppelpositionen – sofern möglich – mittels Bestimmung eines absoluten oder jedenfalls relativen Arbeitsplatzschwerpunkts zu ermitteln.²¹ Diesen Weg sah der *EuGH* allerdings im gegenständlichen Fall als versperrt an, wenn die Interessen des Erwerbers „nicht unberücksichtigt bleiben dürften“.²² Eine ebensolche Berücksichtigung der Interessen des Erwerbers sei nicht gegeben, da die Rechte und Pflichten aus einem Vollzeitarbeitsvertrag auf den Erwerber übergangen, der betreffende Arbeitnehmer seine Aufgaben bei ihm aber nur in Teilzeitbeschäftigung wahrnehme.²³ Eine solche Argumentation überzeugt indes nicht. So ist zu entgegnen, dass nach einem Betriebsübergang auf lediglich einen Arbeitgeber diesem die vollständige Arbeitsleistung im arbeitsvertraglich vereinbarten Umfang zustehen würde. Sodann kann der Arbeitgeber – im Fall der Anwendbarkeit deutschen Rechts – auf Grundlage des Direktionsrechts des § 106 S. 1 GewO dem übergegangenen Arbeitnehmer auch andere Tätigkeiten zuweisen. Bei den Anpassungen der betrieblichen Organisation nach einem Betriebsübergang ist das ohnehin der Regelfall.

Auch hinsichtlich der Folgen können die Ausführungen des *EuGH* nicht überzeugen. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Begründung als auch im Hinblick auf die tatsächlichen Auswirkungen.

Der Gedanke, ein einheitliches Arbeitsverhältnis im Moment des Betriebsübergangs in mehrere Teilzeitarbeitsverhältnisse aufzuspalten, lässt eine Sichtweise des *EuGH* erahnen, derzufolge ein Arbeitsverhältnis die Summe einer Vielzahl von Vertragspflichten bildet.

Auch wenn der *EuGH* im Rahmen der Auslegung von Art. 2 Nr. 1 lit. d RL 2001/23/EG über die notwendige Kompetenz verfügt²⁴, überzeugt die Begründung nicht. Der *EuGH* führte hierzu im Wesentlichen aus, dass die RL 2001/23/EG gem. Art. 2 II lit. a auch Teilzeitarbeitsverhältnisse erfasse und

Löw/Stolzenberg: Die Aufspaltung eines Arbeitsverhältnisses als Folge eines Betriebsübergangs – Diener zweier Herren (NZA 2020, 1279)

1281 ▲
▼

eine „Aufspaltung nicht allein deshalb ausgeschlossen werden (könne), weil sie den Übergang eines wenige Arbeitsstunden umfassenden Arbeitsvertrags auf einen der Erwerber zur Folge hat“.

Dass dies nicht wie vom *EuGH* vorgebracht logisch zwingend ist, zeigt schon folgendes Gedankenexperiment:

Folgt daraus, dass sich auch Äpfel der Sorte Boskop im Korb befinden, dass alle Äpfel im Korb Boskop-Äpfel sind? Oder in anderen Worten: Erlaubt die Tatsache, dass der persönliche Anwendungsbereich einer Richtlinie auch Teilzeitarbeitsverhältnisse erfasst die Annahme, dass im Umkehrschluss Doppelpositionsarbeitsverhältnisse aus mehreren Teilzeitarbeitsverhältnissen bestehen? Wohl kaum. Allein daraus, dass Teilzeitarbeitsverhältnisse auch Arbeitsverhältnisse sind und nach Art. 4 der Teilzeit-RL 97/81/EG, § 4 I TzBfG nicht schlechter behandelt werden dürfen, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen, kann ein entsprechender Rückschluss jedenfalls nicht gezogen werden.

Hinzu kommt, dass die Idee einer automatischen Aufspaltung eines Arbeitsverhältnisses durch Gesetz bislang weder im europäischen noch im deutschen Recht bekannt ist. Die

Betriebsübergangsrichtlinie und § 613 a I 1 BGB sehen einen Wechsel der Vertragsparteien vor, nicht hingegen eine Verdoppelung der Vertragsverhältnisse.

Das der Entscheidung des *EuGH* zugrunde liegende Verständnis des Arbeitsverhältnisses wird dessen Singularität nicht gerecht. Bereits *Hugo Sinzheimer* erkannte: „Arbeit ist ein besonderer Saft. Wer Arbeit leistet, gibt keinen Vermögensgegenstand, sondern sich selbst hin“.²⁵ Daher muss der Übergang eines Arbeitsverhältnisses nach anderen Regeln erfolgen als die Übertragung von Gütern oder Kapital.²⁶ Im Gegenteil: Nur deshalb, weil ein Arbeitnehmer mehr als nur monotone Fließbandarbeit im Rahmen einer starren fordistischen Massenproduktion erledigt, setzt sich ein Arbeitsverhältnis gerade nicht aus einer Vielzahl an Teilzeitarbeitsverhältnissen zusammen. Auch stellt ein Arbeitsverhältnis nicht nur einen zivilrechtlichen Austauschvertrag dar. Es bildet in seiner Gesamtheit auch die Grundlage für die Gelegenheit zur persönlichen Entfaltung, der gesellschaftlichen und der demokratischen Teilhabe im Betrieb und Unternehmen.

Bevor man ein solches – im Ausgangsverfahren langjähriges – Verhältnis „granuliert“, sind daher die langfristigen Auswirkungen eines solchen Ansatzes zu bedenken. Der *EuGH* scheint sich, ebenso wie bereits das vorlegende Gericht und der Generalanwalt beim *EuGH*, bewusst gewesen zu sein, dass eine Aufspaltung weitreichende negative Folgen für den Arbeitgeber, aber insbesondere auch den Arbeitnehmer haben kann. Er versucht daher, durch die in der Entscheidung vorgesehenen Voraussetzungen die Gefahren einer Aufspaltung „einzudämmen“.²⁷

Der *EuGH* knüpft die Rechtsfolge eines anteiligen Übergangs von Arbeitsverhältnissen von Arbeitnehmern an drei Voraussetzungen: *Erstens* muss die Aufspaltung des Arbeitsvertrags möglich sein, *zweitens* darf die Aufspaltung keine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen nach sich ziehen und *drittens* darf die Aufspaltung die Wahrung der in der RL 2001/23/EG gewährleisteten Ansprüche nicht berühren.

a) Zur Möglichkeit der Aufspaltung

Wenn der *EuGH* befindet, dass eine Aufspaltung „möglich“ sein müsse, ist schon fraglich, ob der *EuGH* hiermit die *rechtliche* oder die *tatsächliche* Möglichkeit der Aufspaltung meint. Richtigerweise dürften sowohl Besonderheiten zu berücksichtigen sein, die normativ erfasst sind, als auch tatsächliche Besonderheiten, die eine Aufspaltung für die Vertragsparteien unmöglich machen.²⁸ Sodann stellen sich die Anschlussfragen, welcher Maßstab an die *rechtliche und tatsächliche Möglichkeit* zu stellen wäre und welche Partei darlegungs- und beweisbelastet ist.

Ob eine Aufspaltung tatsächlich möglich ist, ist primär von der Beantwortung der Frage abhängig, ob sich überhaupt eine prozentuale Zuordnung des Arbeitsverhältnisses zu den Betriebsteilen ausmachen lässt. Zudem ist von Relevanz, ob die Bewältigung der Arbeitsaufgaben künftig in sinnvoller Weise für jeden Betriebsteil organisiert werden kann. Bei dieser Prognose ist die bisherige Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses zugrunde zu legen. Entscheidend sind die konkreten Umstände, unter denen der Arbeitnehmer seine Arbeit leistete, die mehreren wirtschaftlichen Einheiten zugutekam. Für die Möglichkeit der Aufspaltung, also die Eigenständigkeit der jeweiligen Aufgabenbereiche spricht jedenfalls, wenn dem Arbeitnehmer bislang auf Grundlage des Direktionsrechts die jeweils andere Tätigkeit nur deshalb zugewiesen werden konnte, weil eine spätere Vertragsänderung erfolgte, um die zweite Tätigkeit zu ermöglichen.

Zu beachten ist zudem, ob der Arbeitnehmer künftig gegen seine nebenvertraglichen Treuepflichten verstoßen würde. Hierbei liegt eine Übertragung der zum Wettbewerbsverbot des § 60 I HGB entwickelten Grundsätze nahe. Die Grenzen der Möglichkeit sind etwa dann erreicht, wenn ein auf Wettbewerbsrecht spezialisierter Syndikusrechtsanwalt in Rechtsabteilungen zweier Konkurrenten tätig wäre, die regelmäßig gegeneinander prozessieren. Ebenso muss sichergestellt sein, dass der Geheimnisschutz sichergestellt wird und Informationen zB über neue Forschungsprojekte oder die Beteiligung an Vergabeverfahren nicht dem anderen Arbeitgeber zugänglich gemacht werden.

Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen liegen Darlegungs- und Beweislast grundsätzlich bei dem klagenden Arbeitnehmer. Insbesondere liegt kein Regel-Ausnahme-Verhältnis vor, sondern laut

der tenorierten Antwort des *EuGH* iSd Art. 267 AEUV sind die Möglichkeit der Aufspaltung und keine Verschlechterung echte Tatbestandsvoraussetzungen. Ein Beweis des ersten Anscheins aufgrund überlegenen Wissens des Arbeitgebers scheint eher ausgeschlossen, da der Arbeitnehmer seine bisherige Tätigkeit ausreichend kennt und ihm ein substantiierter Vortrag dazu möglich ist, ob die tatsächliche Möglichkeit zur Spaltung des Arbeitsverhältnisses besteht.

b) Keine Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen und Wahrung der in der Richtlinie 2001/23/EG gewährleisteten Rechte

Während die Wahrung der in der RL 2001/23/EG vorgesehenen Rechte keine rechtlichen, sondern lediglich organisa-

1282 ▲
▼

Löw/Stolzenberg: Die Aufspaltung eines Arbeitsverhältnisses als Folge eines Betriebsübergangs – Diener zweier Herren (NZA 2020, 1279)

torische Probleme bereiten wird²⁹, ist das Erfordernis der Verhinderung etwaiger Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen bei Aufspaltung eines Arbeitsverhältnisses in zwei Teilzeitarbeitsverhältnisse zwar nachvollziehbar, aber im Einzelfall nur schwer greifbar. Zunächst ist als *Mindestsockel* das Benachteiligungsverbot des § 4 I TzBfG zu beachten. So ist schon durch den Pro-Rata-Temporis-Grundsatz des § 4 I 2 TzBfG sichergestellt, dass der Arbeitnehmer nach der Aufspaltung des Arbeits- in zwei Teilzeitarbeitsverhältnisse in der Gesamtschau jedenfalls nicht weniger Entgelt erhält. Auch im Bereich der betrieblichen Altersversorgung gelten die gleichen Grundsätze³⁰ wie bei einer Reduzierung der Arbeitszeit ohne Betriebsübergang, also zB auf Grundlage von § 8 ff. TzBfG.

Schwieriger gestaltet es sich, wenn dem Arbeitnehmer vom ursprünglichen Betriebsinhaber beispielsweise vertraglicher Zusatzurlaub gewährt wurde. Gewährte der Veräußerer etwa fünf zusätzliche Urlaubstage und das Arbeitsverhältnis ginge auf zwei Erwerber zu je 50 Prozent über, wären dem Arbeitnehmer je 2,5 zusätzliche Urlaubstage zu gewähren. Zunächst könnte man annehmen, dass sich der Anspruch auf je drei Urlaubstage erhöht, da das BUrIG nach derzeitigem Stand keine halben Urlaubstage kennt.³¹ Da es sich jedoch um vertraglichen Zusatzurlaub handelt und eine Vereinbarung von – zusätzlichen, vertraglichen – halben Urlaubstagen grundsätzlich möglich ist, dürfte der Urlaubsanspruch tatsächlich nur in Höhe von jeweils 2,5 Urlaubstagen bestehen.

Aus Arbeitnehmersicht sollte auch beachtet werden, dass die Aufspaltung eines Arbeitsverhältnisses in zwei Teilzeitarbeitsverhältnisse nicht selten eine – auf rechtlicher Ebene kaum greifbare – erhebliche Schlechterstellung für den Arbeitnehmer darstellt.³² So sind zwei Teilzeitarbeitsverhältnisse im Vergleich zu einem Vollzeitarbeitsverhältnis mit der gleichen Gesamtstundenanzahl unvermeidbar mit mehr Aufopferungen für diesen verbunden. Er hat einen erheblich gesteigerten Aufwand dadurch, dass er die Lage der jeweiligen Arbeitszeit zu organisieren hat. Ebenfalls hat er unterschiedliche Vorgaben hinsichtlich des Arbeitsinhalts zu beachten und eine Koordination mit unterschiedlichen Vorgesetzten und Kollegen wird notwendig. Hinzu kommt, dass Teilzeitarbeitnehmer trotz gesetzlicher Diskriminierungsverbote in tatsächlicher Hinsicht dennoch häufig benachteiligt werden. Diesen Gefahren kann der Arbeitnehmer nur mit einem Widerspruch zum Betriebsübergang begegnen³³, was wiederum mit den bekannten Gefahren, wie etwa einer Kündigung aus betrieblichen Gründen, verbunden ist.

3. Folge im Ausgangsverfahren: Entschädigung nach Art. 4 RL 2001/23/EG

Mit Blick auf das Ausgangsverfahren ist dem *EuGH* zuzustimmen, wenn dieser ausführt, dass die Kündigung nach Art. 4 II RL 2001/23/EG als vom Erwerber veranlasst anzusehen ist, wenn sich herausstellt, dass die Aufspaltung des Arbeitsvertrags unmöglich ist oder die Rechte des

Arbeitnehmers beeinträchtigt.³⁴ Im Ausgangsfall hatte *ISS* jedenfalls de facto durch Ausstellung der Arbeitslosenbescheinigung mit dem 31.8.2013 als letztem Beschäftigungstag das Arbeitsverhältnis mit Frau *G* beendet. Sowohl der Generalanwalt beim EuGH als auch der *EuGH* sehen diese Kündigung als von *ISS* veranlasst an. Im Belgischen Recht³⁵ hat eine Kündigung, die gegen das Verbot der Kündigung wegen des Betriebsübergangs (Umsetzungsvorschrift zu Art. 4 RL 2001/23/EG und insoweit Äquivalent zu § 613 a IV BGB) verstößt, zur Folge, dass der Arbeitnehmer eine Kündigungsentschädigung verlangen kann.³⁶ Sollte das *Arbeidshof te Gent* feststellen, dass eine Aufspaltung unmöglich war, war die Kündigung durch den Veräußerer unwirksam. Anders als in Deutschland hat dies in Belgien nicht die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge, sondern begründete lediglich die Verpflichtung zur Zahlung einer Abfindung.

Im Hinblick auf das deutsche Recht ergibt sich hieraus die Konsequenz, dass ein nationales Gericht entscheiden müsste, ob eine Kündigung wegen der Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses als Folge des Betriebsübergangs gegen das Kündigungsverbot des § 134 iVm § 613 a IV 1 BGB verstößt und deshalb unwirksam ist.

III. Praxisfolgen

Auch wenn die Entscheidung grundsätzlich nur den überschaubaren Kreis von Doppelpositionsarbeitsverhältnissen betrifft, wird sie weitreichende Folgen haben. Zur Veranschaulichung soll folgendes Beispiel dienen:

Beispiel: Das Unternehmen *U* bietet IT-Dienstleistungen an. Im Frankfurter Betrieb der *U* besteht – neben weiteren Betriebsteilen – die wirtschaftliche Einheit *E1*, die Videokonferenzsysteme entwickelt. In der Einheit *E2* wird die Betreuung von Kunden aus der Finanzbranche zusammengefasst. Die wirtschaftliche Einheit *E3* befasst sich mit Grundlagenforschung zum maschinellen Lernen.

Arbeitnehmerin *A* war zunächst nur in der Einheit *E2* beschäftigt. Nach der Gründung der *E3* wirkt sie zu 50 % ihrer Arbeitszeit in dieser Einheit mit, zu 50 % programmiert sie weiterhin Software für Kunden im Finanzbereich in der Einheit *E1*. Sie übt eine Doppelpositionsfunktion aus.

Arbeitnehmerin *B* gehört neben vier weiteren Arbeitnehmern dem Bereich Recruitment der Personalabteilung an und wird im Rahmen dieser Tätigkeit für die Einheiten *E1*, *E2* und *E3* tätig. Sie übt eine Overheadfunktion aus. Die Personalabteilung bildet eine eigene Einheit *E4*.

Die Unternehmensleitung der *U* entschließt sich zu einer drastischen Umstrukturierung des Unternehmens. In deren Rahmen soll *E2* an die Bank *A* verkauft werden, *E3* wird an einen Konkurrenten *K* veräußert. Die Einheiten *E1* und *E4* verbleiben – neben weiteren Einheiten – bei *U*.

1283 ▲
▼

Löw/Stolzenberg: Die Aufspaltung eines Arbeitsverhältnisses als Folge eines Betriebsübergangs – Diener zweier Herren (NZA 2020, 1279)

1. Erweiterung des Kreises der über den Betriebsübergang zu unterrichtenden Personen

Die praktische Umsetzung der Entscheidung dürfte einen deutlich erweiterten Prüfauftrag für den ehemaligen und künftigen Betriebsinhaber bedeuten. So werden sämtliche Beteiligte eines Asset Deals noch genauer untersuchen müssen, welche Arbeitsverhältnisse von einem Betriebsübergang erfasst sind. Bei Arbeitnehmern, die nicht eindeutig der wirtschaftlichen Einheit angehören, ist danach zu differenzieren, ob es sich um eine Overhead- oder um eine Doppelfunktion handelt. Maßgebliches Abgrenzungskriterium zwischen Overhead- und Doppelfunktionen ist nicht die formale Zuordnung, sondern die tatsächliche Eingliederung in die Organisation des operativen Betriebsteils.

Daher genügt es nicht, sich zB auf die Durchsicht der Tätigkeitsbeschreibungen im Arbeitsvertrag zu beschränken. Vielmehr ist eine Auseinandersetzung mit dem aktuellen Tätigkeitsprofil in seiner praktischen Ausprägung notwendig. Im Beispiel wäre Arbeitnehmerin *B* nicht vom Betriebsübergang betroffen, sondern verbleibt in der Einheit *E4*. In Bezug auf die Arbeitnehmerin *A* ist zunächst zu prüfen, ob eine Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses in mehrere Teilzeitarbeitsverhältnisse entsprechend der oben beschriebenen Grundsätze möglich ist. Sollte dies nicht der Fall sein, verbleibt der Arbeitnehmer bei *U*. Es steht *A*, *U*, *B* und *K* aber offen, einvernehmlich das gesamte Arbeitsverhältnis der *A* der Veräußerin *U* oder einem der Erwerber, also *B* oder *K*, zuzuordnen.³⁷

Sofern die Möglichkeit zur Aufspaltung besteht, sind die betroffenen Arbeitnehmer nach § 613 a V BGB über den Betriebsübergang zu unterrichten. Im Beispiel ist so auch Arbeitnehmerin *A* über den bevorstehenden Übergang der Einheiten *E2* und *E3* zu unterrichten. Diese Unterrichtung hat nach § 613 a V Nr. 3 BGB auch die rechtlichen Folgen des Übergangs zu umfassen. Arbeitnehmerin *A* wäre entsprechend darüber zu unterrichten, dass ihr Arbeitsverhältnis jeweils zu 50 % auf *B* und *K* übergeht, ihr Arbeitsverhältnis also durch den Betriebsübergang aufgespalten wird.

Betroffenen Arbeitnehmern steht nach § 613 a VI BGB offen, dem Übergang ihres (Teil-)Arbeitsverhältnisses zu widersprechen. Werden die betroffenen Arbeitnehmer nicht informiert und verbleiben diese zunächst beim alten Arbeitgeber, können sie sich zu einem späteren Zeitpunkt noch auf den Betriebsübergang berufen, begrenzt lediglich durch die materielle Verwirkung.³⁸

Unwägbarkeiten könnten sich künftig auch daraus ergeben, dass ein Arbeitnehmer einem Betriebsübergang nicht vollständig, sondern teilweise widerspricht. Da nach Ansicht des *EuGH* die Anteile des Arbeitsverhältnisses an die jeweiligen Betriebsteile geknüpft sind, denen sie zugutekommen – es sich also um zwei parallele Betriebsübergänge handelt –, muss der Arbeitnehmer im deutschen Recht auch die Möglichkeit haben, einem einzelnen der beiden Betriebsübergänge zu widersprechen. Zwar sieht die RL 2001/23/EG selbst kein Widerspruchsrecht vor.³⁹ Da der nationale Gesetzgeber aber aufbauend auf den unionsrechtlichen Vorgaben ein solches geschaffen hat, wird dieses immer dann ausgelöst, wenn ein Betriebsübergang im Sinne der Richtlinie vorliegt. Arbeitnehmerin *A* kann also nur dem Betriebsübergang der *E2* von *U* auf *B* widersprechen. Hierdurch verbleibt das Arbeitsverhältnis (mit Einheit *E2*) zu 50 % bei *U* und geht (mit Einheit *E3*) zu 50 % auf *K* über.

Für den Arbeitnehmer dürfte hingegen ausgeschlossen sein, der Aufspaltung so zu widersprechen, dass das Arbeitsverhältnis vollständig auf *einen* der neuen Betriebsinhaber übergeht. Dies würde der zuvor erfolgten gedanklichen Aufspaltung in zwei Betriebsübergänge zuwiderlaufen und den Erwerber, auf den sodann das gesamte Arbeitsverhältnis übergehen würde, nach Denkart des *EuGH* unangemessen belasten. Denn ein Übergang des gesamten Arbeitsverhältnisses auf einen Erwerber in dem vorgelegten Sachverhalt scheidet – so der *EuGH* – gerade deshalb aus, um dessen Interessen zu schützen.⁴⁰ Zudem hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Zuordnung zu dem anderen Betriebsteil, der ebenfalls im Wege eines Betriebsübergangs auf einen anderen Erwerber übergehen soll.⁴¹ Arbeitnehmerin *A* kann somit nicht dem Betriebsübergang der *E2* auf *B* widersprechen, um künftig zu 100 % ihrer Arbeitszeit für *K* tätig zu sein. Diese Möglichkeit ist nur einvernehmlich möglich, wenn alle Beteiligten dieser Zuordnung zustimmen.

2. Haftungsverteilung

Sofern eine Aufspaltung möglich ist (vgl. unter II 2 a), stellt sich die Frage, ob ein neuer Betriebsinhaber für sämtliche Altverbindlichkeiten gegenüber dem Arbeitnehmer einzustehen hat oder nur in dem Umfang, in welchem das Arbeitsverhältnis auf ihn übergegangen ist. Gegen Letzteres spricht jedoch, dass es erst im Zeitpunkt des Betriebsübergangs zur Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses kommt. Der Arbeitnehmer kann sich also wegen der Altverbindlichkeiten an beide Erwerber wenden. Da hinsichtlich der Altverbindlichkeiten auch zwischen den neuen Betriebsinhabern eine Gesamtschuld besteht, hat der in Anspruch genommene neue Betriebsinhaber neben dem Regressanspruch gegen den ehemaligen Betriebsinhaber nach § 613 II

1 iVm § 426 I, II BGB auch einen anteiligen Ausgleichsanspruch gegen den anderen neuen Betriebsinhaber nach § 426 I, II BGB.

3. Probleme im Verhältnis zwischen den neuen Betriebsinhabern

Ein Betriebsübergang infolge einer Auftragsneuvergabe verursacht oft größere Probleme als ein *geplanter* Betriebsübergang, etwa im Rahmen eines Unternehmenskaufs. Bekannt ist etwa, dass sich der unterlegene ehemalige Betriebsinhaber weigert, die Personalakten der Mitarbeiter herauszugeben, deren Arbeitsverhältnisse übergegangen sind. Einen Anspruch auf Herausgabe aus §§ 613 a I 1, 412, 401 BGB analog musste der Erwerber daher teils klageweise durchsetzen.⁴²

Kommt zum Betriebsübergang nach Neuvergabe eines Auftrags noch die Problematik der Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses durch den Betriebsübergang hinzu, stellt sich die Frage, welchem der Erwerber der ehemalige Betriebsinhaber die Personalakten herauszugeben hat.

Löw/Stolzenberg: Die Aufspaltung eines Arbeitsverhältnisses als Folge eines Betriebsübergangs – Diener zweier Herren (NZA 2020, 1279)

1284 ▲▼

Der Herausgabeanspruch dürfte den neuen Betriebsinhabern als Mitgläubiger iSv § 432 I 1 BGB – und nicht als Gesamtgläubiger iSv § 428 S. 1 BGB – zustehen. Eine Mitgläubigerschaft hat nach § 432 I 1 BGB zur Folge, dass der frühere Betriebsinhaber nur an alle neuen Inhaber gemeinschaftlich leisten und jeder neue Betriebsinhaber nur die Leistung an alle neuen Betriebsinhaber fordern kann, während bei der Gesamtgläubigerschaft jeder neue Betriebsinhaber die ganze Leistung fordern kann, der alte Betriebsinhaber aber die Herausgabe der Personalakten nur einmal zu bewirken verpflichtet ist.

Eine Mitgläubigerschaft ist jedenfalls nicht allein aufgrund eines Konkurrenzverhältnisses zwischen den neuen Betriebsinhabern ausgeschlossen. So scheidet eine Mitgläubigerschaft nur dann von vornherein aus, wenn die Kenntnis von Person und Aufenthalt aller Gläubiger für den Schuldner mit Schwierigkeiten verbunden ist.⁴³ Dies ist vorliegend bei zwei neuen Betriebsinhabern, die dem ehemaligen Betriebsinhaber auch bekannt sind, gerade nicht der Fall.

Für die Mitgläubigerschaft iSd § 432 I 1 BGB spricht zudem, dass eine Personalakte nicht teilbar ist. Die Personalakte im materiellen Sinn umfasst sämtliche Urkunden und Vorgänge, die die persönlichen und dienstlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers betreffen und in einem inneren Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen.⁴⁴ Daher sind Personalakten in rechtlicher Hinsicht *unteilbar*; sie sind nur *duplicierbar*. Der ehemalige Betriebsinhaber muss daher nur einmal leisten und die unteilbare Leistung befreit nur, wenn sie allen neuen Betriebsinhabern zugutekommt.⁴⁵

Der Erwerber, der die Vervielfältigung der physischen oder elektronischen Personalakte übernimmt, hat für damit verbundene Kosten einen Regressanspruch gegen den anderen Erwerber aus §§ 741, 748 BGB. Datenschutzrechtlich ist die Vervielfältigung unbedenklich, da für beide neuen Betriebsinhaber ein Zugriff auf die Personalakte erforderlich iSv § 26 I BDSG ist.

IV. Zusammenfassung

1. Der *EuGH* geht davon aus, dass ein Arbeitsverhältnis im Fall eines Betriebsübergangs, an dem mehrere Erwerber beteiligt sind, auf jeden Erwerber anteilig übergehen kann, sofern die daraus folgende Aufspaltung des Arbeitsvertrags möglich ist, keine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen nach sich zieht und die Wahrung der durch die RL 2001/23/EG gewährleisteten Ansprüche nicht berührt ist. Eine solche Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses ist methodisch fragwürdig, da ein Arbeitsverhältnis mehr als die Summe einer Vielzahl von Vertragspflichten bildet. Im Übrigen befrachtet es die Diskussion im Zusammenhang mit Betriebsübergängen mit zusätzlichen Unsicherheiten, weil die Fragen, ob die Möglichkeit einer Aufspaltung besteht und

keine Verschlechterung nach sich zieht, geprüft werden müssen und Wertungsspielräume gegeben sind, die das Ergebnis einer späteren gerichtlichen Überprüfung noch schwerer vorhersehbar werden lassen.

2. Die praktischen Konsequenzen der Entscheidung sind erheblich, wobei jedoch abzuwarten gilt, wie das BAG die Entscheidung auf die deutsche Rechtslage übertragen wird. Der Kreis der zu unterrichtenden Arbeitnehmer dürfte sich künftig nicht nur erweitert haben, sondern auch deutlich schwerer zu ermitteln sein. Die erwartbaren Folgen, etwa hinsichtlich des Entgelt- und des Urlaubsanspruchs, dürften sich zumeist anhand der gesetzlichen und richterlichen Vorgaben zur Reduzierung der Arbeitszeit nach „allgemeinem“ Teilzeitrecht lösen lassen.

-
- * Der Autor *Löw* ist Rechtsanwalt und Partner bei *Allen & Overy* LLP Frankfurt a. M., der Autor *Stolzenberg* ist dort Rechtsreferendar.
- 1 *EuGH* v. 26.3.2020 – C-344/18, ECLI:EU:C:2020:239 = NZA 2020, 503 – ISS Facility Services.
- 2 *EuGH* v. 12.11.1992 – C-209/91, ECLI:EU:C:1992:436 = NZA 1995, 475 Ls. Rn. 16 – Watsen Rask.
- 3 *EuGH* v. 7.2.1985 – 186/83, ECLI:EU:C:1985:58 = BeckRS 2004, 72088 Rn. 15 – Botzen; auch die Entscheidung des *EuGH* v. 11.3.1997 – C-13/95, ECLI:EU:C:1997:141 = NJW 1997, 2039 – Ayse Süzen basiert auf dieser Rechtsprechungslinie, vgl. auch *Annuß*, NZA 1998, 70 (76).
- 4 Vgl. *EuGH* v. 12.11.1992 – C-209/91, ECLI:EU:C:1992:436 = NZA 1995, 475 Ls. Rn. 16 – Watson Rask; *EuGH* v. 7.2.1985 – 186/83, ECLI:EU:C:1985:58 = BeckRS 2004, 72088 Rn. 16 – Botzen.
- 5 *EuGH* v. 7.2.1985 – 186/83, ECLI:EU:C:1985:58 = BeckRS 2004, 72088 Rn. 15 f. – Botzen; sodann BAG v. 11.9.1997 – 8 AZR 555/95, BAGE 86, 271 = NZA 1998, 31.
- 6 So ErfK/Preis, 20. Aufl. 2020, BGB § 613 a Rn. 9.
- 7 Mit weiterer Definition für die Schnittstellenposition *Annuß*, NZA 1998, 70 (76).
- 8 So schon *Annuß*, NZA 1998, 70 (76).
- 9 Auch aus den Schlussanträgen des Generalanwalts beim *EuGH Szpunar* geht hervor, dass der *Gerichtshof* erstmalig in einem solchen Fall zu entscheiden hatte, wobei jedoch unklar ist, ob sich diese Aussage allein auf die Rechtsfolgenseite bezieht, vgl. *GA Szpunar, SA v. 26.11.2019 – C-344/18, ECLI:EU:C:2019:1009 = BeckRS 2019, 29157 Rn. 64–79.*
- 10 *EuGH* v. 26.3.2020 – C-344/18, ECLI:EU:C:2020:239 = NZA 2020, 503 – ISS Facility Services.
- 11 So versteht *Arnold*, FD-ArbR 2020, 429300 wohl die Entscheidung.
- 12 *EuGH* v. 26.3.2020 – C-344/18, ECLI:EU:C:2020:239 = NZA 2020, 503 Rn. 27 – ISS Facility Services; vgl. auch *GA Szpunar, SA v. 26.11.2019 – C-344/18, ECLI:EU:C:2019:1009 = BeckRS 2019, 29157 Rn. 67 f.*, der ebenfalls darauf hinweist, dass laut Vorlageentscheidung Frau *G* bei „der“ übertragenen wirtschaftlichen Einheit eingesetzt war.
- 13 *EuGH* v. 7.2.1985 – 186/83, ECLI:EU:C:1985:58 = BeckRS 2004, 72088 Rn. 16 – Botzen; *Annuß*, NZA 1998, 70 (76); vgl. auch BAG v. 8.8.2002 – 8 AZR 583/01, NZA 2003, 315 unter II 3 für den Bereich der kaufmännischen Verwaltung.
- 14 BAG v. 17.11.2013 – 8 AZR 763/12, NZA-RR 2014, 175 Rn. 35; BAG v. 24.8.2006 – 8 AZR 556/05, NJOZ 2007, 5216 Rn. 28 = NZA 2007, 1320 Os.; vgl. auch MHD ArbR/Wank, 4. Aufl. 2018, § 142 Rn. 139. Zur früheren Rechtsprechung etwa BAG v. 20.7.1982 – 3 AZR 261/80, AP BGB § 613 a Nr. 31 = BeckRS 9998, 151115, bei welcher allein auf den objektiven Tätigkeitsschwerpunkt abgestellt wurde, *Staudinger/Annuß*, Neubearbeitung 2019, BGB § 613 a Rn. 147.
- 15 BAG v. 21.2.2013 – 8 AZR 877/11, NZA 2013, 617 Rn. 35; BAG v. 17.11.2013 – 8 AZR 763/12, NZA-RR 2014, 175 Rn. 24.
- 16 BAG v. 17.11.2013 – 8 AZR 763/12, NZA-RR 2014, 175 Rn. 30.
- 17 BAG v. 17.11.2013 – 8 AZR 763/12, NZA-RR 2014, 175 Rn. 30.
- 18 BAG v. 17.11.2013 – 8 AZR 763/12, NZA-RR 2014, 175 Rn. 30 f.
- 19 BAG v. 13.11.1997 – 8 AZR 375/96, BAGE 87, 120 = NJW 1998, 1883 = NZA 1998, 249 Ls 2.
- 20 BAG v. 18.10.2012 – 6 AZR 41/11, NZA 2013, 1007 Rn. 43 f.
- 21 Vgl. hierzu *Annuß*, NZA 1998, 70 (77); *Staudinger/Annuß*, Neubearbeitung 2019, BGB § 613 a Rn. 149 mwN.
- 22 Vgl. insoweit den – grundrechtsdogmatisch interessanterweise ohne Hinweis auf Art. 16 GRCh erfolgenden – Verweis auf *EuGH* v. 18.7.2013 – C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521 = NZA 2013, 835 Rn. 25 – Alemo-Herron und *EuGH* v. 9.3.2006 – C-499/04,

- ECLI:EU:C:2006:168 = NZA 2006, 376 Rn. 31 – Werhof – in Rn. 26 der ISS Facility Services-Entscheidung.
- 23 *EuGH* v. 26.3.2020 – C-344/18, ECLI:EU:C:2020:239 = NZA 2020, 503 Rn. 31 – ISS Facility Services.
- 24 Der *EuGH* wählt bekanntlich dann einen Mittelweg zwischen autonomer Begriffsauslegung und rein nationalem Verständnis, wenn die auszulegende Richtlinie ausdrücklich auf das nationale Arbeitsrecht verweist (so genannter semi-unionsautonomer Arbeitnehmerbegriff). Entsprechend überrascht auch die Begründung nicht, dass wie bislang (*EuGH* v. 13.9.2007 – C-307/05, ECLI:EU:C:2007:509 = NZA 2007, 1223 Rn. 29 – Del Cerro Alonso; v. 1.3.2012 – C-393/10, ECLI:EU:C:2012:110 = NZA 2012, 313 Rn. 36 – O'Brian; v. 9.7.2010 – C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455 = NZA 2015, 861 Rn. 47 – Balkaya; v. 17.11.2016 – C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 = NZA 2017, 41 Rn. 36 – Betriebsrat der Ruhrlandklinik) die unionsrechtliche Beschränkung des Verweises mit der Notwendigkeit der Gewährleistung der Wirksamkeit der jeweiligen Richtlinie begründet wurde.
- 25 *Kahn-Freund/Ramm/Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Gesammelte Aufsätze und Reden, Bd. I, Das Wesen des Arbeitsrechts, 1927, 108, 110.
- 26 Vgl. auch *Weiss*, FS Rechtswissenschaftliche Fakultät der Goethe Universität, 2014, 577, 580, abrufbar unter www.hugo-sinzheimer-institut.de/data/Weiss-Festschriftbeitrag.pdf.
- 27 Dieser Versuch ist auch vor dem Hintergrund der am 17.11.2017 proklamierten Europäischen Säule sozialer Rechte zu sehen. Diese beinhaltet den Grundsatz, dass „Beschäftigungsverhältnisse, die zu prekären Arbeitsbedingungen führen, [...] unterbunden [werden müssen], unter anderem durch das Verbot des Missbrauchs atypischer Verträge“, vgl. Kapitel II (Faire Arbeitsbedingungen), Nr. 5 der Grundsätze; *Henssler/Pant*, RdA 2019, 321 (323) erinnert dies zu Recht an das Flexicurity-Modell.
- 28 Zur vergleichbaren Problematik der Auslegung des § 310 IV 2 BGB s. *BAG* v. 25.5.2005 – 5 AZR 572/04, *BAGE* 115, 19 = NZA 2005, 1111 (1113).
- 29 Zur praktischen Umsetzung s. 1.1.
- 30 Vgl. insoweit nur *BAG* v. 19.4.2016 – 3 AZR 526/14, NZA 2016, 820; zur grundsätzlichen Unionsrechtskonformität der Anwendung des Pro-Rata-Temporis-Grundsatzes auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung *EuGH* v. 10.6.2010 – C-395/08, ECLI:EU:C:2008:677 = NZA 2010, 753 Rn. 65 – Bruno.
- 31 *BAG* v. 19.6.2018 – 9 AZR 615/17, *BAGE* 163, 72 = NZA 2018, 1480.
- 32 So auch *Hlava/Höller/Klengel*, NZA 2020, 432 (433).
- 33 Hierzu unter 1.1.
- 34 *EuGH* v. 26.3.2020 – C-344/18, ECLI:EU:C:2020:239 = NZA 2020, 503 Rn. 37 f. – ISS Facility Services; s. auch *GA Szpunar*, SA v. 26.11.2019 – C-344/18, ECLI:EU:C:2019:1009 = BeckRS 2019, 29157 Rn. 79.
- 35 Art. 4 des durch Königlichen Erlass vom 25.7.1985 für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags Nr. 32bis v. 17.6.1985 idF des durch Königlichen Erlass vom 14.3.2002 für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags Nr. 32quinquies vom 13.3.2002, vgl. *Waas/Heerma van Voss/Rauws*, Restatement of Labour Law in Europe Vol. III, Dismissal Protection, im Erscheinen, Belgium, 8.2.1.
- 36 *Waas/Heerma van Voss/Rauws*, Restatement of Labour Law in Europe Vol. III, Dismissal Protection, im Erscheinen, Belgium, 4.1: „In principle, the injured party cannot claim nullity of the unlawful dismissal, nor can reinstatement be forced on either party. The only remedy envisaged in employment law is the payment of a fixed amount of severance pay“. Vgl. *BAG* v. 17.10.2013 – 8 AZR 763/12, NZA-RR 2014, 175 Rn. 24 = NZA 2014, 392 Os.; *BAG* v. 21.2.2013 – 8 AZR 877/11, NZA 2013, 617 Rn. 35; *Boigs*, jurisPR-ArbR 21/2020 Anm. 5.
- 38 Entgegengesetzter Fall zu *BAG* v. 25.1.2018 – 8 AZR 309/16, *BAGE* 161, 378 = NZA 2018, 933, in welchem der Arbeitnehmer gerade die Verhinderung des Betriebsübergangs bezweckte.
- 39 Vgl. zur Vereinbarkeit der Widerspruchslösung *EuGH* v. 12.11.1998 – C-399/96, ECLI:EU:C:1998:532 = NZA 1999, 31 Rn. 38 – Europières; v. 24.1.2002 – C-51/00, ECLI:EU:C:2002:48 = NJW 2002, 811 Rn. 35 – Temco.
- 40 *EuGH* v. 26.3.2020 – C-344/18, ECLI:EU:C:2020:239 = NZA 2020, 503 Rn. 31 – ISS Facility Services.
- 41 *BAG* v. 21.2.2013 – 8 AZR 877/11, NZA 2013, 617 Rn. 43 ff.
- 42 *OLG Jena* v. 2.5.2012 – 7 U 971/11, BeckRS 2012, 17637; *Palandt/Weidenkaff*, BGB § 613 a Rn. 18–22 („§ 412 gilt“); vgl. auch *Dimsic/Schwarz*, NZA 2016, 1436 (1437).
- 43 *Palandt/Grüneberg*, 79. Aufl. 2020, BGB § 428 Rn. 1.
- 44 *BAG* v. 16.11.2010 – 9 AZR 573/09, *BAGE* 136, 156 = NZA 2011, 452 Rn. 13 mwN.
- 45 Vgl. *MüKoBGB/Heinemeyer*, 8. Aufl. 2019, BGB § 432 Rn. 11.