

Muss der Nachpächter die Arbeitnehmer seines Vorgängers übernehmen?

Essen wie aus 1001 Nacht

Verpachtet ist eine Gaststätte in Duisburg. Der Pächter betreibt sie mit 6 Arbeitnehmern als gutbürgerliches deutsches Speiserestaurant mit Kegelbahn. Nach einigen Jahren ist er in großen wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Die Parteien heben den Pachtvertrag wegen erheblicher Zahlungsrückstände einvernehmlich auf. Der Pächter räumt am 31.3.2010 die Gaststätte und kündigt seinen Arbeitnehmern. Einige Zeit später schließt der Verpächter einen neuen Pachtvertrag. Der neue Pächter übernimmt von der bisherigen Einrichtung die funktionsfähige Kühlung, drei Elektrogeräte und die Kegelbahn. Er eröffnet am 1.8.2010 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 bedie-

nen die überwiegend arabischen Gäste. Samstags treten Bauchtänzerinnen auf. Die Kegelbahn wird weiterhin von denselben Vereinen genutzt wie vorher. Derweil sind alle sechs Arbeitnehmer des ehemaligen Pächters immer noch arbeitslos. Einer von ihnen liest in der Zeitung etwas von Arbeitnehmerrechten bei Betriebsübergang. Er lässt sich von seiner Gewerkschaft rechtlich beraten und erhält die Auskunft, dass sein Arbeitsverhältnis auf den neuen Pächter übergegangen sei. Die sechs Arbeitnehmer werden unverzüglich beim neuen Pächter vorstellig und beanspruchen einen Arbeitsplatz. Der Pächter lehnt ab. Daraufhin klagen alle 6 Arbeitnehmer beim örtlichen Arbeitsgericht auf Weiterbeschäftigung. Wie wird das Gericht entscheiden?

§ 613a BGB Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang

(1) Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein [...].

(4) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Übergangs eines Betriebs oder eines Betriebsteils ist unwirksam [...].

Normzweck und Abdingbarkeit: Der Gesetzgeber will erreichen, dass der Betrieb und seine Arbeitsverhältnisse auch dann erhalten bleiben, wenn der Betrieb veräußert wird. Dieses Ziel ist so wichtig, dass es nach ganz h.M. nicht abbedungen werden kann, Palandt (Weidenkaff), 72. Aufl. 2013, § 613a Rdn. 3; Arens/Düwell/Wichert, Umstrukturierung und Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2013, § 11 Rdn. 8.

Betrieb oder Betriebsteil: Als Betrieb gilt jede „organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung“, vgl. BAG, 11.9.1997 – 8 AZR 555/95 – NJW 1998, 1253, 1254. Auch im Rahmen von Geschäfts- und Immobilienveräußerungen sowie bei Weiterverpachtung kommen Betriebsübergänge nach § 613a BGB in Betracht, vgl. Matthey/Kluth/Fröndhoff, NZM 2005, 1. Dass es sich nicht nur um eine theoretische Frage handelt, zeigt ein Blick in die Rechtsprechung, vgl. BAG, 11.9.1997 – 8 AZR 555/95 – NJW 1998, 1253; BGH, 23.3.2006 – III ZR 102/05; BAG, 21.8.2008 – 8 AZR 201/07; BAG, 17.12.2009 – 8 AZR 1019/08; BAG, 18.8.2011 – 8 AZR 230/10. Demnach kommt ein Betriebsübergang insbesondere in folgenden Mietsituationen in Betracht:

- Gaststätte
- Betriebskantine
- Hotel
- Einzelhandelsbetrieb (Kaufhaus, Filialbetrieb, Einkaufszentrum usw.)
- Arztpraxis
- Tankstelle, Handwerksbetrieb
- Krankenhaus, Seniorenheim, Reha u.ä.

3 **Kein Betriebsübergang bei Erwerb einer verwalteten Immobilie:** Kein Betriebsübergang liegt vor, wenn ein Dritter eine verwaltete Immobilie erwirbt. Die Arbeitsverhältnisse der mit der Verwaltung beschäftigten Arbeitnehmer gehen also nicht auf den Erwerber über, BAG, 15.11.2012 – 8 AZR 683/11.

4 **Betriebsübergang „durch Rechtsgeschäft“ auch durch Vertrag mit dem Verpächter!** Der Betrieb muss „durch Rechtsgeschäft“ auf den neuen Pächter übergegangen sein. Diese Voraussetzung ist auch dann erfüllt, wenn der Pächter den Betrieb nicht vom ehemaligen Pächter, sondern vom Verpächter übernimmt! Diese Übernahme wird häufig nicht als solche erkannt, weil der Vertrag mit dem Verpächter ja regelmäßig mit „Pachtvertrag“ oder „Mietvertrag“ überschrieben ist, Matthey/Kluth/Fröndhoff, NZM 2005, 1 (2) m.w. Nachw. Auch die Kündigung des Pachtvertrags und Fortführung des Betriebs durch den Zwangsverwalter ist als Betriebsübergang anzusehen (BAG, 18.8.2011 a.a.O.).

5 **Wesentliche Betriebsmittel, gleichartige Tätigkeit, keine wesentliche Betriebsunterbrechung:** Die Rechtsprechung verlangt außerdem für einen Übergang:

- wesentliche Betriebsmittel müssen vom neuen Betreiber übernommen sein (Einrichtungsgegenstände, wichtige Mitarbeiter, Kundenstamm etc);
- gleichartige Tätigkeit des neuen Pächters (vgl. BAG, 11.9.1997, a.a.O.; BAG, 17.12.2009, a.a.O.; Wichert, Gewerbemietrecht und Pacht, 2. Aufl. 2013, 167 f.);
- keine wesentliche Betriebsunterbrechung: als unwesentliche Unterbrechung sieht man eine Pause von weniger als 7 Monaten an. Das wird aus der Kündigungsfrist gegenüber langjährigen Mitarbeitern abgeleitet, § 622 Abs. 2 Nr. 7 BGB, vgl. Nomos-Kommentar (Franzen), BGB, 2. Aufl. 2012, § 613a Rdn. 16; Arens/Düwell/Wichert, a.a.O., § 7 Rdn. 112. Eine Unterbrechung von 4 Monaten dürfte zu kurz sein, vgl. LAG Berlin-Brandenburg, 14.12.2012 – 10 Sa 1811/12.

6 **Vertragsgestaltung: Lässt sich das Weiterbeschäftigungsrisiko beherrschen?** Der Anspruch der Arbeitnehmer des Vorpächters auf Weiterbeschäftigung ist zu Lasten der Arbeitnehmer nicht abdingbar (s.o.). Deshalb wird überlegt, ob man wenigstens die finanziellen Risiken, die sich aus dem Weiterbeschäftigungsanspruch der Pächter-Arbeitnehmer ergeben, auf den weichenden Pächter übertragen kann (in diese Richtung Lindner-Figura/Oprée/Stellmann (Pietz/Oprée), Geschäftsraummieta, 3. Aufl. 2012, Kap. 16 Rdn. 62). Denkbar ist etwa folgende Klausel:

„Der Pächter verpflichtet sich, Verpächter und Nachfolgepächter von den Ansprüchen seiner Arbeitnehmer freizustellen, die aufgrund eines Betriebsübergangs gemäß § 613a BGB vom Verpächter oder Nachfolgepächter eine Weiterbeschäftigung verlangen.“

Der BGH ist allerdings zurückhaltend und moniert folgende (ähnliche) Klausel:

„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 Nachfolgepächter aus dem Arbeitsverhältnis in Anspruch nehmen, so wird der Pächter den Verpächter oder den Nachfolgepächter von allen daraus entstehenden Kosten freihalten.“

Arg.: Eine Verpflichtung des Pächters, die Arbeitsverhältnisse zu beenden, würde gegen § 613a BGB verstoßen und wäre damit nichtig. Zugleich enthielte 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 – aufrecht erhalten werden (Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, vgl. *Baustein 16*), vgl. BGH, 23.3.2006, a.a.O.

Lässt sich das Weiterbeschäftigungsrisiko teilweise abwälzen (Kostendeckelung)? Ersatzweise kommt eine ausreichend klar formulierte Klausel mit Kostendeckelung in Frage. Als Kostendeckelung käme ein Betrag von 7 Bruttomonatspachten in Betracht – solange müsste der Verpächter die Räume leerstehen lassen, um einen Betriebsübergang zu vermeiden (siehe *Formulierungsvorschlag* unten). Allerdings gibt es zu solchen Klauseln bislang keine Rechtsprechung.

7

R

Repetitorium: Führt der Neupächter in den Räumen eine gleichartige Tätigkeit wie der Altpächter aus und benutzt er dabei im Wesentlichen die gleichen Betriebsmittel (Einrichtungsgegenstände, Arbeitnehmer, Kundenstamm etc.), so gehen die Arbeitsverhältnisse der Vorpächter-Arbeitnehmer auf ihn über. Liegen Beendigung des alten und Beginn des neuen Pachtvertrags aber 7 Monate oder länger auseinander, wird im Regelfall ein Betriebsübergang zu verneinen sein. § 613a BGB kann nicht zu Lasten der Arbeitnehmer abbedungen werden. Möglicherweise ist aber eine Klausel wirksam, die den weichenden Pächter verpflichtet, das finanzielle Risiko einer Weiterbeschäftigungspflicht zu übernehmen. Eine vollständige Abwälzung ist nach der Rechtsprechung AGB-rechtlich kaum durchsetzbar, eine teilweise Überwälzung ist diskutabel.

Falllösung: Anspruchsgrundlage für die Ansprüche der Arbeitnehmer ist § 613a BGB. Dort ist ein Betriebsübergang vorausgesetzt. Für den rechtsgeschäftlichen Übergang ist es nicht erforderlich, dass ein Vertrag zwischen Vor- und Nachpächter zustande kommt. Es genügt ein Vertrag zwischen Verpächter und Nachpächter. Der neue Pächter muss aber mit den Betriebsmitteln seines

Vorgängers eine gleichartige Tätigkeit ausüben. Daran fehlt es. Der Betrieb eines arabischen Restaurants mit Bauchtanz kann nicht mit dem Betrieb eines gutbürgerlichen Restaurants gleichgesetzt werden, vgl. BAG, 11.9.1997, a.a.O. diesem Fall ist der vorliegende Sachverhalt nachgebildet). Die Arbeitnehmer werden den Arbeitsrechtsstreit also verlieren.

F

Formulierungsvorschlag:

Achtung: Über die Wirksamkeit einer solchen Klausel gibt es bislang keine Rechtsprechung.

Berufen sich nach Beendigung des Vertrags die Arbeitnehmer des Pächters darauf, dass ihr Arbeitsverhältnis gemäß § 613a BGB auf den Verpächter oder einen neuen Pächter des Objekts übergegangen sei, so trägt der Pächter die dem Verpächter oder dem neuem Pächter daraus entstehenden Kosten bis zu einer Höhe von 7 Monatspachten zzgl. Nebenkostenvorauszahlungen und Umsatzsteuer.