

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 2: §§ 611 - 1296, AGG, ErbbauRG, WEG

von

Dr. Heinz Georg Bamberger, Prof. Dr. Herbert Roth, Prof. Dr. Hans-Werner Eckert, Dr. Detlev Fischer, Dr. Rudolf Fischer, Prof. Dr. Jörg Fritzsche, Prof. Dr. Maximilian Fuchs, Prof. Dr. Markus Gehrlein, Stefan A. Geib, Dr. Dr. Beate Grün, Prof. Dr. Stefan Hügel, Dr. Christian Janoschek, Prof. Dr. Johann Kindl, Karl Kotzian-Marggraf, Dr. Wolfgang Litzenburger, Eckart Maaß, Prof. Dr. Cosima Möller, Dr. Patrick Reinert, Prof. Dr. Mathias Rohe, Prof. Dr. Tobias Scheel, Dr. Dirk Schmalenbach, Prof. Dr. Torsten Schöne, Prof. Dr. Olaf Sosnitza, Prof. Dr. Gerald Spindler, Prof. Dr. Wolfgang Voit, Prof. Dr. Bernd Wegmann, Prof. Dr. Christiane Wendehorst, Dr. Holger Wendtland

3. Auflage

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 2: §§ 611 - 1296, AGG, ErbbauRG, WEG – Bamberger / Roth / Eckert / et al.

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Gesamtdarstellungen zum BGB, allgemeine Fragen zum Zivilrecht



Verlag C.H. Beck München 2012

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 60932 9

Inhaltsverzeichnis: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 2: §§ 611 - 1296, AGG, ErbbauRG, WEG – Bamberger / Roth / Eckert / et al.

nach Ausspruch der Kündigung folgt²³². Zur Begründung dieses Ergebnisses greift das BAG auf die Grundsätze für den Beurteilungszeitpunkt für eine Kündigung zurück²³³. Die Notwendigkeit, die Prüfung auf den Kündigungszeitpunkt zu beziehen, schließt es nicht aus, zu diesem Zeitpunkt bereits feststehende künftige Entwicklungen zu berücksichtigen. Es genügt bei einer Kündigung, die mit einer demnächst erfolgenden Stilllegung begründet wird, wenn die beabsichtigte Maßnahme bereits greifbare Formen angenommen hat. Grds brauchen betriebliche Gründe noch nicht tatsächlich eingetreten zu sein, sondern es genügt, wenn sie sich konkret und greifbar abzeichnen. Sie liegen dann vor, wenn im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung auf Grund einer vernünftigen und betriebswirtschaftlichen Betrachtung davon auszugehen ist, zum Zeitpunkt des Kündigungstermins sei mit einiger Sicherheit der Eintritt eines die Entlassung erforderlichen machenden betrieblichen Grundes gegeben. Später eintretende Gründe können an der Unwirksamkeit der Kündigung grds nichts mehr ändern.

Strittig ist, ob und unter welchen Voraussetzungen der Betriebsveräußerer kündigen darf, weil der potenzielle Erwerber zugleich mit der Betriebsübernahme die Belegschaft aus dringenden betrieblichen Erfordernissen verringern will (sog **Veräußererkündigung mit Erwerberkonzept**)²³⁴. Der 8. Senat des BAG hat entschieden, dass die Kündigung des Betriebsveräußerers auf Grund eines Erwerberkonzepts dann nicht gegen Abs 4 verstößt, wenn ein verbindliches Konzept oder ein Sanierungsplan des Erwerbers vorliegt, dessen Durchführung im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung bereits greifbare Formen angenommen hat²³⁵. Abgelehnt hat der 8. Senat die Auffassung des 2. Senats²³⁶, wonach das Konzept des Erwerbers nur anzuerkennen sei, wenn dieses auch der bisherige Arbeitgeber bei eigener Fortführung des Betriebs hätte durchführen können. Nach Auffassung des 8. Senats kommt es darauf – jedenfalls in der Insolvenz – nicht an²³⁷. Ausgehend von dieser Rspr verstößt die Kündigung auf Grund eines eigenen Sanierungskonzeptes des Veräußerers (Insolvenzverwalters) erst recht nicht gegen Abs 4²³⁸.

4. Betriebsübergang nach wirksamer Kündigung des Veräußerers. Kündigt der Veräußerer wirksam betriebsbedingt und kommt es danach zu einem Betriebsübergang, so kann dieser die einmal gegebene Wirksamkeit der Kündigung nicht mehr beseitigen²³⁹. Dem Arbeitnehmer steht aber ein **Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Übernehmer** zu, wenn die betriebsbedingte Kündigung des bisherigen Arbeitgebers auf der Prognose beruht, bei Ablauf der Kündigungsfrist den Arbeitnehmer (zB wegen Betriebsstilllegung) nicht mehr weiterbeschäftigen zu können und sich diese Prognose noch während des Laufs der Kündigungsfrist als falsch erweist (etwa weil es doch zu einem Betriebsübergang kommt) und der Arbeitgeber mit Rücksicht auf die Wirksamkeit der Kündigung noch keine Dispositionen getroffen hat und ihm die unveränderte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist²⁴⁰. Dies gilt auch dann, wenn der Betriebsübergang erst am Tage nach Ablauf der Kündigungsfrist stattfindet²⁴¹. Ein Wiedereinstellungsanspruch besteht dann nicht, wenn berechnete Interessen des Arbeitgebers der Wiedereinstellung entgegenstehen. Solche entgegenstehenden Interessen des Arbeitgebers können insbes dann vorliegen, wenn er bereits anderweitige Dispositionen getroffen hat, zB den frei gewordenen Arbeitsplatz schon wieder mit einem anderen Arbeitnehmer besetzt hat. Dadurch erlischt grds ein etwa entstandener Wiedereinstellungsanspruch. Etwas anderes kann nur gelten, wenn der Arbeitgeber den Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit treuwidrig herbeigeführt hat (§ 162)²⁴². Für den Fall einer durch die willentliche **Übernahme der Hauptbelegschaft** und nicht durch die Übernahme materieller und/oder immaterieller Betriebsmittel begründeten Übernahme des Betriebs oder Betriebsteils ist diese Rspr dahingehend zu ergänzen, dass eine im Anschluss an den Wechsel der beauftragten Unternehmen erfolgende willentliche Übernahme der Hauptbelegschaft den Fortsetzungsanspruch der Arbeitnehmer auslöst. Während die vom bisherigen Auftragnehmer nicht gekündigten Arbeitsverhältnisse kraft Gesetzes (Abs 1) auf den Nachfolger übergehen, wenn dieser die Hauptbelegschaft willentlich übernimmt, haben die gekündigten Arbeitnehmer einen **Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrags zu unveränderten Arbeitsbedingungen** und unter Wahrung ihres Besitzstands²⁴³. Dieser Anspruch kann nicht nur während der Kündigungsfrist, sondern auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht werden²⁴⁴. Ob die so berechtigten Arbeitnehmer von ihrem Anspruch auf Fortsetzung der Beschäftigung Gebrauch machen, unterliegt allein ihrer rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit. Nach Auffassung des 8. Senats des BAG besteht kein Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruch des wirksam gekündigten Arbeitnehmers, wenn die **Kündigung** im Rahmen eines **Insolvenzverfahrens** stattfin-

²³² BAG NZA 1989, 461 in Bestätigung von BAG NZA 1989, 265.

²³³ Vgl BAG NZA 1989, 461, 463.

²³⁴ Bejahend ErfK/Preis Rn 169; Soergel/Raab Rn 189; Staudinger/Annuß Rn 380 ff; offen gelassen in BAG NZA 1997, 148, 150.

²³⁵ BAG NZA 2003, 1027; s dazu auch Annuß/Stamer NZA 2003, 1247; Gaul/Bonanni/Naumann DB 2003, 1902.

²³⁶ BAGE 43, 13 = NJW 1984, 627.

²³⁷ BAG NZA 2003, 1027, 1029.

²³⁸ BAG NZA 2007, 387.

²³⁹ BAG NZA 1998, 251, 252.

²⁴⁰ BAG NZA 1997, 757; NZA 2000, 480, 481, NZA 2008, 357, 358 f; ausf Bonanni/Niklas DB 2010, 1826.

²⁴¹ BAG NZA 2009, 29, 34.

²⁴² BAG NZA 2006, 1096, 1101.

²⁴³ BAG NZA 1998, 251, 252.

²⁴⁴ ErfK/Preis Rn 165.

§ 613a

Buch 2. Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse

det und der Betriebsübergang nach Ablauf der Kündigungsfrist erfolgt²⁴⁵. Zu gleichem Ergebnis kommt das LAG Köln²⁴⁶ in dem Falle, dass der Insolvenzverwalter kündigt, weil er den Betrieb stilllegt und auflöst und später – ohne sein Zutun – ein Dritter den Betrieb durch verschiedene Transaktionen wiederherstellt („rekonstruiert“).

66 Umstritten ist, inwieweit ein solcher Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruch des Arbeitnehmers besteht, wenn sich die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit erst nach Ablauf der Kündigungsfrist ergibt. Der 7. Senat hat einen Wiedereinstellungsanspruch verneint, wenn eine betriebsbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt ist und eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit erst nach Ablauf der Kündigungsfrist entsteht. Dies gelte auch, wenn zu diesem Zeitpunkt noch ein Kündigungsschutzverfahren andauere²⁴⁷. Offen gelassen hat der 2. Senat die Frage, ob und ggf unter welchen Voraussetzungen auch bei einer Aufhebung oder Änderung der Unternehmerentscheidung nach Ablauf der Kündigungsfrist ein Wiedereinstellungsanspruch des betroffenen Arbeitnehmers entstehen kann²⁴⁸.

67 Der Zweck des Bestandsschutzes rechtfertigt keine Phasen vermeidbarer Ungewissheit über das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Betriebserber. Nicht zuletzt im Interesse seiner eigenen Beschäftigungs- und Vergütungsansprüche ist deshalb vom Arbeitnehmer zu verlangen, dass er **unverzüglich nach Kenntniserlangung** von den den Betriebsübergang ausmachenden tatsächlichen Umständen sein Fortsetzungsverlangen gegenüber dem Betriebserber äußert. Erfährt der Arbeitnehmer von der willentlichen Übernahme der Hauptbelegschaft, ist es ihm zumutbar, ohne schuldhaftes Zögern (§ 121) seinen Antrag auf Abschluss eines Fortsetzungsarbeitsvertrags zu unveränderten Arbeitsbedingungen unter Anrechnung der früheren Beschäftigungsdauer an den Betriebserber zu richten²⁴⁹. Damit besteht ein Gleichklang zum Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers (Rn 81 ff). Entspr. der Frist zur Ausübung des Widerspruchsrechts muss auch das Wiedereinstellungs- oder Fortsetzungsverlangen binnen einer Frist von einem Monat geltend gemacht werden²⁵⁰. Die Grundsätze unverzüglicher Geltendmachung gelten nicht beim Übergang eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses, für dessen Nichtgeltendmachung nur Verwirkung in Betracht kommt²⁵¹. Haben der Betriebsveräußerer oder der Betriebserber die betroffenen Arbeitnehmer nicht vom Betriebsübergang iSd § 613 a Abs 5 unterrichtet, beginnt weder die Monatsfrist des § 613 a Abs 6 für den Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses zu laufen, noch eine Frist, binnen derer der Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Betriebserber geltend gemacht werden muss. Es kommen jedoch die Grundsätze der Verwirkung in Betracht²⁵².

68 **5. Aufhebungsverträge.** Nach der Rspr des BAG kann ein Aufhebungsvertrag gemäß § 134 nichtig sein, wenn er objektiv der **Umgehung der zwingenden Rechtsfolgen** des § 613 a Abs 1 S 1 dient²⁵³. Dies kann anzunehmen sein, wenn Arbeitnehmer mit dem Hinweis auf eine geplante Betriebsveräußerung und bestehende Arbeitsplatzangebote des Betriebserber veranlasst werden, ihre Arbeitsverhältnisse mit dem Betriebsveräußerer selbst fristlos zu kündigen oder Auflösungsverträgen zuzustimmen, um dann mit dem Betriebserber neue Arbeitsverträge abschließen zu können²⁵⁴. Jedenfalls werden mit einer solchen Vertragsgestaltung verbundene Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen noch nicht ohne weitere Prüfung ihrer Berechtigung hinzunehmen sein²⁵⁵.

69 Hiervon **zu unterscheiden sind jedoch** Vereinbarungen, die zwischen dem Arbeitnehmer und dem alten oder dem neuen Betriebsinhaber geschlossen werden und auf ein endgültiges Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet sind. Solche Verträge werden von der Rspr des BAG ohne Rücksicht auf ihre sachliche Berechtigung als wirksam angesehen²⁵⁶. Damit trägt die Rspr dem Umstand Rechnung, dass der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserber widersprechen und damit den Eintritt der Rechtsfolgen des § 613 a verhindern kann²⁵⁷. Ein Arbeitsverhältnis kann im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang auch dann wirksam durch Aufhebungsvertrag beendet werden, wenn die Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet ist und gleichzeitig ein Übertritt des Arbeitnehmers in eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft vereinbart wird²⁵⁸. Ein Arbeitnehmer, der mit dem kündigenden Veräußerer des Betriebs im Kündigungsschutzprozess die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zu einem nach dem Betriebsübergang liegenden Zeitpunkt vereinbart, ist gehindert, gegenüber dem Erwerber einen Fortbestand über diesen Tag hinaus geltend zu machen²⁵⁹.

²⁴⁵ BAG DB 2004, 2107; NZA 2005, 405.

²⁴⁶ ZIP 2005, 1433.

²⁴⁷ BAG NZA 1998, 254; zust BAG (2. Senat) NZA 1998, 701, 703, weil nach Ablauf der Kündigungsfrist ein neuer Kausalverlauf in Gang gesetzt worden sei.

²⁴⁸ BAG NZA 1998, 701, 703.

²⁴⁹ BAG NZA 1999, 311, 313.

²⁵⁰ BAG NZA 2008, 357, 360; NZA 2009, 29, 34.

²⁵¹ BAG NZA 2004, 791, 793.

²⁵² Urt BAG v 27. 1. 2011, 8 AZR 326/09, BAG Pressemitteilung 9/11.

²⁵³ Vgl BAG NZA 1996, 207.

²⁵⁴ BAG NZA 1993, 20.

²⁵⁵ BAG NZA 1992, 1080.

²⁵⁶ BAGE 27, 291; BAG NZA 1996, 207; NZA-RR 2008, 367, 370.

²⁵⁷ BAG NZA 1999, 262, 263.

²⁵⁸ BAG BB 2007, 1054 m Anm Müller.

²⁵⁹ LAG Berlin BeckRS 2006, 41023.

Ein Aufhebungsvertrag ist aber wegen **objektiver Gesetzesumgehung** nichtig, wenn er lediglich die Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes bezweckt, wenn die mit einer solchen Vertragsgestaltung verbundenen Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen sachlich unberechtigt sind²⁶⁰. Wird jedoch zwischen dem Arbeitnehmer und dem Betriebsübernehmer weder ein neues Arbeitsverhältnis begründet noch ein solches verbindlich in Aussicht gestellt, sondern besteht lediglich die Erwartung, in ein Arbeitsverhältnis zu dem Betriebsübernehmer treten zu können, dient der Aufhebungsvertrag nicht der Unterbrechung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses, da die Fortsetzung jedenfalls für den Arbeitnehmer nicht abzusehen ist²⁶¹. Die Rspr des 3. Senats²⁶² soll keinen Schutz vor einvernehmlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne sachlichen Grund, sondern lediglich vor Veränderungen des Vertragsinhalts ohne sachlichen Grund bewirken²⁶³.

Die Rspr des BAG zum **Fortsetzungsanspruch des Arbeitnehmers**, wenn es nach erfolgter Kündigung zu einem bei Ausspruch der Kündigung noch nicht abzusehenden Betriebsübergang kommt (Rn 66), ist **nicht auf Aufhebungsverträge** anzuwenden. Nach Auffassung des BAG besteht für Arbeitnehmer, die auf Grund eigenen Willensentschlusses ihr Arbeitsverhältnis aufgeben, keine Notwendigkeit, diesen aus europarechtlichen Gründen einen Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gegen den Betriebserber einzuräumen. Die RL 2001/23/EG und § 613a Abs 4 schützen den Arbeitnehmer vor einer Kündigung wegen Betriebsübergangs. Hingegen werden Aufhebungsverträge weder untersagt noch in ihrer Wirkung eingeschränkt²⁶⁴.

6. Eigenständiges Kündigungsverbot des Abs 4. Das Kündigungsverbot des Abs 4, das sich sowohl gegen den bisherigen Inhaber wie den Erwerber richtet, stellt ein eigenständiges Kündigungsverbot dar, das deshalb unabhängig von der Dauer des Arbeitsverhältnisses (§ 1 Abs 1 KSchG) und der Größe des Betriebs (§ 23 Abs 1 S 2 KSchG) gilt.

7. Kündigung bei Insolvenz. Abs 4 gilt auch für die Veräußerung des Betriebes durch den Insolvenzverwalter. Insoweit kann auf die zum früheren Konkursrecht ergangene Rspr zurückgegriffen werden²⁶⁵. Das BAG greift zur Begründung der Anwendbarkeit des Abs 4 auf die gleichen Argumente zurück, die es zur Geltung des Abs 1 bei Veräußerungen eines Betriebs durch den Insolvenzverwalter verwendet hatte (Rn 23). Die **Bestandsschutzfunktion** des § 613a verlangt, dass Abs 4 auch im Insolvenzverfahren Anwendung findet. Denn besonders bei diesem ist der Erwerber oftmals an einer Verringerung der Belegschaft interessiert, sie mag vielfach auch erforderlich sein. Dann soll sich der Insolvenzverwalter aber nicht, ohne § 1 Abs 3 KSchG berücksichtigen zu müssen, für die jungen, unverbrauchten gegen die langjährig und verschlissenen Beschäftigten, kurzum die besonders schutzbedürftigen Arbeitnehmer entscheiden dürfen²⁶⁶.

Für die Kündigung des Insolvenzverwalters gelten zahlreiche **insolvenzrechtliche Besonderheiten** (vgl §§ 113, 120 bis 122, 125 bis 128 InsO)²⁶⁷. Besonders zu beachten ist bei Kündigungen, die im Umfeld von Betriebsübergängen ausgesprochen werden, § 113 Abs 2 InsO. Nach dieser Vorschrift muss ein Arbeitnehmer, der geltend machen will, dass die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses durch den Insolvenzverwalter unwirksam ist, auch dann **innerhalb von drei Wochen** nach Zugang der Kündigung Klage beim ArbG erheben, wenn er sich für die Unwirksamkeit der Kündigung auf andere als die in § 1 Abs 2 und 3 KSchG bezeichneten Gründe beruft.

§ 125 Abs 1 S 1 Nr 1 InsO enthält die Vermutung, dass die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, wenn der **Name des Arbeitnehmers** in einem zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat vereinbarten **Interessenausgleich** enthalten ist. Kommt ein solcher Interessenausgleich nicht zustande, kann der Insolvenzverwalter beim Arbeitsgericht die Feststellung beantragen, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist (§ 126 InsO). § 128 Abs 2 InsO bestimmt, dass sich die **Vermutung** nach § 125 Abs 1 S 1 Nr 1 InsO und die gerichtliche Feststellung nach § 126 Abs 1 S 1 InsO auch darauf erstrecken, dass die Kündigung der Arbeitsverhältnisse nicht wegen des Betriebsübergangs erfolgt ist²⁶⁸.

IX. Unterrichtungspflicht (Abs 5)

Abs 5 ist durch das Gesetz zur Änderung des Seemannsgesetzes und anderer Gesetze vom 23. 3. 2002 (BGBl I S 1163) eingefügt worden. Damit sollte Art 7 Nr 6 der RL 2001/23/EG des Rates vom 12. 3. 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen (ABl EG Nr L 82 S 16) umgesetzt werden. Danach sind die Mitgliedstaaten ver-

²⁶⁰ BAGE 55, 228; BAG AP TVG Tarifverträge: Einzelhandel Nr 56.

²⁶¹ BAG NZA 1999, 422.

²⁶² BAG NZA 1988, 198.

²⁶³ BAG NZA 1999, 422, 424 f; NZA 2006, 145; NZA 2009, 144; Hanau ZIP 1998, 1817, 1821.

²⁶⁴ BAG NZA 1999, 422, 425.

²⁶⁵ BAG NJW 1984, 627.

²⁶⁶ BAG NJW 1984, 624, 629.

²⁶⁷ Zu einer knappen Darstellung der kündigungsrechtlichen Besonderheiten ErfK/Preis Rn 151.

²⁶⁸ Vgl zu diesen insolvenzrechtlichen Kündigungsregelungen Lakies RdA 1997, 145.

pflichtet worden, eine Regelung zur Information der von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer über den Zeitpunkt bzw den geplanten Zeitpunkt eines Betriebsübergangs sowie dessen Grund und Folgen zu treffen, wenn unabhängig vom Willen der Arbeitnehmer in dem Betrieb oder Unternehmen keine Arbeitnehmervertretung besteht. Die Bundesregierung hat in ihrer Begründung darauf hingewiesen²⁶⁹, dass sich diese Rechtsfolge bereits auf Grund der Rspr des BAG ergibt, wonach der Arbeitgeber die Arbeitnehmer über einen bevorstehenden Betriebsübergang zu unterrichten hat, wobei dieses rechtliche Gebot aus dem Recht des Arbeitnehmers abgeleitet wird, einem Betriebsübergang zu widersprechen²⁷⁰.

77 Die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers besteht gegenüber allen von dem Betriebsübergang **betroffenen** Arbeitnehmern unabhängig von der Betriebsgröße. Auf die Frage, ob nach anderen Vorschriften, etwa dem BetrVG (vgl § 111 BetrVG), ein Beteiligungsrecht der Arbeitnehmervertretung besteht, kommt es nicht an. Der Gesetzgeber hat die Notwendigkeit der Unterrichtungspflicht auch mit dem Interesse der beteiligten Arbeitgeber begründet²⁷¹. Es liege im Interesse der beteiligten Arbeitgeber, wenn die Arbeitnehmer aus erster Hand, rechtzeitig und vollständig über einen Betriebsübergang unterrichtet würden, da die Frist für die Erklärung des Widerspruchs des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses erst nach vollständiger Unterrichtung zu laufen beginnt (Abs 6). Bei rechtzeitiger ordnungsgemäßer Unterrichtung wisse der Betriebserberber frühzeitig, mit welchen Arbeitnehmern er rechnen kann und ob er ggf Neueinstellungen vornehmen müsse. Ebenso habe der Betriebsveräußerer alsbald Klarheit, welche Arbeitnehmer er weiterbeschäftigen oder ggf unter Einhaltung der kündigungrechtlichen Regelungen entlassen muss. Auf der anderen Seite erhalten die Arbeitnehmer eine verlässliche Entscheidungsgrundlage, ob sie den Arbeitgeberwechsel akzeptieren oder ob sie beim ursprünglichen Arbeitgeber verbleiben²⁷². Konträr wird in der Lit die Frage diskutiert, ob der einzelne Arbeitnehmer einen eigenständigen durchsetzbaren Anspruch auf Information nach Abs 5 besitzt oder ob es sich lediglich um eine Obliegenheit handelt²⁷³. Die Rspr des BAG nahm vor Einführung des Abs 5 eine Obliegenheit an²⁷⁴. Für die Annahme eines Anspruchs spricht der dem Abs 5 zugrunde liegende Art 9 RL 2001/23/EG und die sich daraus ergebende Pflicht auf nationaler Ebene zu richtlinienkonformer Auslegung. Unter Zugrundelegung eines durchsetzbaren Anspruchs auf Information ergibt sich für den Arbeitnehmer bei Verletzung der Pflicht ein Schadensersatzanspruch gegen den Veräußerer aus § 280 Abs 1 und gegen den neuen Betriebsinhaber aus §§ 280 Abs 1, 311 Abs 2 Nr 3, 241 Abs 2²⁷⁵. Macht der Arbeitnehmer geltend, nicht oder nicht vollständig über den Betriebsübergang unterrichtet worden zu sein, ist er so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn er richtig und vollständig informiert gewesen wäre. Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer vortragen und beweisen muss, dass ihm in Folge der unterbliebenen Unterrichtung der geltend gemachte Schaden entstanden ist²⁷⁶. Hat der Arbeitnehmer sein Widerspruchsrecht verwirkt, so hat er im Wege des Schadensersatzes keinen Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebsveräußerer, weil dieser seiner Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs 5 nicht ordnungsgemäß nachgekommen war²⁷⁷. Die Verletzung der Unterrichtungspflicht führt auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242) nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung²⁷⁸.

78 Was den **Inhalt der Unterrichtungspflicht**²⁷⁹ anbelangt, hat sich der Gesetzgeber ganz an Art 7 Nr 6 der RL 2001/23/EG gehalten. Was die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Betriebsübergangs betrifft, müssen den Arbeitnehmern im Wesentlichen die Regelungen der Abs 1–4 mitgeteilt werden. Die Unterrichtungspflicht bezieht sich auf den (geplanten) Zeitpunkt (Nr 1), den Grund (Nr 2), die Folgen (Nr 3) und die in Aussicht genommenen Maßnahmen (Nr 4). Erforderlich ist eine verständliche, arbeitsplatzbezogene und zutreffende Information, die ua Angaben über die Identität des Erwerbers, den Gegenstand und den rechtlichen Grund des Betriebsübergangs sowie eine korrekte Darstellung der rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs für den Arbeitnehmer enthalten muss²⁸⁰. Bei der Unterrichtung muss über die Identität des Betriebserberbers so informiert werden, dass die unterrichteten Arbeitnehmer in die Lage versetzt sind, über ihren möglichen neuen Arbeitgeber Erkundigungen einzuholen²⁸¹. Es berührt die Ordnungsgemäßheit der Unterrichtung nicht, wenn darin als Betriebserberber eine im Zeitpunkt des Erwerbs noch nicht ins Handelsregister eingetragene

²⁶⁹ BT-Drucks 14/7760 S 19.

²⁷⁰ Vgl BAG NJW 1994, 2170; NZA 1994, 360.

²⁷¹ BT-Drucks 14/7760 S 19.

²⁷² BT-Drucks 14/7760 S 19.

²⁷³ Für die Annahme eines Anspruchs *Willemsen/Lembke* NJW 2002, 1159, 1161; *Widlak* FA 2001, 363; *Nehls* NZA 2003, 822, 824. Dagegen *Bauer/Steinau-Steinrück* ZIP 2002, 457, 458; *Grobys* BB 2002, 726, 727.

²⁷⁴ BAG AP Nr 103.

²⁷⁵ HM, vgl *Willemsen/Lembke* NJW 2002, 1159, 1164; *ErfK/Preis* Rn 94; BAG NZA 2006, 1406, 1411; NZA 2008, 642, 644 m Anm *Lunk* RdA 2009, 48; aA *Grobys* BB 2002, 726, 727; sehr zurückhaltend zu Schadensersatzansprüchen auch *Grau* RdA 2005, 367.

²⁷⁶ BAG NZA 2008, 1297, 1301.

²⁷⁷ BAG AP Nr 6; *BeckRS* 2010, 67 336.

²⁷⁸ BAG NZA 2005, 1302, 1304f.

²⁷⁹ Vgl *Hohenstatt/Grau* NZA 2007, 13; *Grosjean/Biester* DB 2007, 1466; *Lembke/Oberwintner* ZIP 2007, 310, 311; *Schiefer/Worzalla* NJW 2009, 558, 561.

²⁸⁰ BAG NZA 2006, 1268, 1269; krit zu einer Ausweitung des Umfangs der Unterrichtungspflicht *Lindemann/Wolter-Rofteutscher* BB 2007, 938; zu den Auswirkungen der Verletzung von Informationspflichten des Arbeitgebers vgl *Haas/Salamon/Hoppe* NZA 2011, 128.

²⁸¹ BAG NZA 2010, 89 m Anm *Dzida* DB 2010, 167.

GmbH genannt wird, diese Eintragung aber bis zur Unterrichtung erfolgt ist²⁸². Grds erfordert die Information über die Identität des Betriebsübernehmers die Angabe des Namens oder der Firma (§ 17 Abs 1 HGB) des Erwerbers nebst Anschrift²⁸³. Soweit im Zeitpunkt der Unterrichtung die erforderlichen Angaben zum Betriebserwerber nicht gemacht werden können, weil dieser erst noch zu gründen ist, muss dies bei der Unterrichtung offengelegt werden²⁸⁴. An die Angabe des **Zeitpunktes** (Nr 1) sind keine strengen Anforderungen zu stellen. Ausreichend ist die Nennung des geplanten Zeitpunktes nach dem bei der Unterrichtung vorliegenden Verhandlungsstand mit dem Erwerber²⁸⁵. Str ist, ob die Unterrichtung wiederholt werden muss, wenn sich herausstellt, dass der zunächst geplante Zeitpunkt nicht eingehalten werden kann²⁸⁶. Nimmt man eine Pflicht zur erneuten Unterrichtung an, so ist fraglich, ob die Unterrichtung noch einmal in vollem Umfang erfolgen muss oder ob man sich auf die Änderungen beschränken kann²⁸⁷. Unklar ist der Inhalt der Information über den **Grund** (Nr 2) des Betriebsübergangs. Die betroffenen Arbeitnehmer sind nach der wohl hM zumindest über das dem Betriebsübergang zugrunde liegende Rechtsgeschäft zu informieren²⁸⁸. Nach anderer Ansicht genügt die schlagwortartige Schilderung der dem Betriebsübergang zu Grunde liegenden Transaktionen²⁸⁹. Uneinheitlich wird die Frage beantwortet, ob auch Angaben über die wirtschaftlichen Beweggründe des Betriebsübergangs zu erfolgen haben²⁹⁰. In keinem Fall aber müssen vertrauliche Geschäftsinhalte offen gelegt werden²⁹¹. Wird der Grund für den Übergang zwischen dem Betriebsveräußerer und einem Dritten vereinbart, so ist darauf bei der Unterrichtung hinzuweisen²⁹². Im Hinblick auf die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen **Folgen** des Übergangs für die Arbeitnehmer (Nr 3) genügt eine allgemeine Umschreibung. Die Folgen für den einzelnen Arbeitnehmer sind nicht zu erörtern²⁹³. Als nicht ausreichend wird allgemein die bloße Mitteilung des Gesetzeswortlauts betrachtet²⁹⁴. Andererseits ist aber keine juristisch fundierte Rechtsberatung zu verlangen²⁹⁵. Eine fehlerhafte Unterrichtung über Rechtsfragen ist im Rahmen des § 613a Abs 5 nicht unwirksam, wenn der Unterrichtungspflichtige die Rechtslage gewissenhaft geprüft und einen vertretbaren Rechtsstandpunkt eingenommen hat²⁹⁶. Zu den Folgen zählt auch das in § 613a Abs 6 geregelte Widerspruchsrecht und die Frist für seine Ausübung²⁹⁷. Etwaig fortgeltende Betriebsvereinbarungen des Betriebs(teil)veräußerers müssen nicht detailliert bezeichnet werden. Erforderlich ist aber ein Hinweis darauf, ob die Normen kollektivrechtlich oder individualvertraglich fortgelten²⁹⁸. Nach Ansicht des BAG kann eine Unterrichtungspflicht auch in Bezug auf Sozialplanansprüche, die dem Arbeitnehmer bei Ausübung des Widerspruchsrechts zustehen können, gegeben sein²⁹⁹. Eine Unterrichtung, die den Arbeitnehmer fehlerhaft über die Haftung des bisherigen Arbeitgebers und des neuen Betriebsinhabers gemäß § 613a Abs 2 informiert, ist nicht ordnungsgemäß³⁰⁰. Droht auf Grund einer verschlechterten wirtschaftlichen Stellung des neuen Arbeitgebers keine unmittelbare Konsequenz für Inhalt und Bestand des Arbeitsplatzes, sind seine Bonität oder der Erwerb einzelner Aktiva keine Umstände, über die im Zuge des Betriebsübergangs informiert werden müsste³⁰¹. Bei den **Maßnahmen** (Nr 4) hat der Gesetzgeber vor allem an Weiterbildungsmaßnahmen im Zusammenhang mit geplanten Produktionsumstellungen oder Umstrukturierungen gedacht³⁰², einschließlich des Abschlusses eines Interessenausgleichs oder Sozialplans³⁰³. Die Maßnahmen müssen sich mindestens im Stadium konkreter Planung befinden³⁰⁴. Weder Nr 3 noch Nr 4 geben einen Anspruch auf Auskunft über die zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs erworbenen Anwartschaften auf betriebliche Altersversorgung. Ein derartiger Anspruch auch gegen den Veräußerer kann jedoch aus Treu und Glauben (§ 242) bestehen³⁰⁵.

Die Informationspflicht des Abs 5 ist sowohl an den bisherigen Arbeitgeber wie an den neuen Inhaber adressiert. Der Gesetzgeber erwartet, dass sich beide darüber verständigen, in welcher Weise sie ihre

79

²⁸² LAG Berlin-Brandenburg NZA-RR 2007, 626.

²⁸³ BAG NZA-RR 2009, 62.

²⁸⁴ BAG NZA 2010, 89.

²⁸⁵ Grobys BB 2002, 726, 727.

²⁸⁶ Näher Wörzalla NZA 2002, 353, 354 mwN; abl Baur/v. Steinau-Steinrück ZIP 2002, 457, 463.

²⁸⁷ Adam ArbuR 2003, 441 mwN.

²⁸⁸ Nehls NZA 2003, 822, 824; Wörzalla NZA 2002, 353, 354; Gaul/Otto DB 2002, 634, 635; Adam ArbuR 2003, 441, 442.

²⁸⁹ Willemsen/Lembke NJW 2002, 1159, 1161; Grobys BB 2002, 726, 727.

²⁹⁰ Bejahend Nehls NZA 2003, 822, 823 f; abl Willemsen/Lembke NJW 2002, 1159, 1161; Grobys BB 2002, 726, 727 mit dem Argument, dass dies angesichts der Komplexität der unternehmerischen Entscheidungen nicht verlangt werden kann; iE auch Wörzalla NZA 2002, 353, 354; Gaul/Otto 2002, 634, 635; diff Adam ArbuR 2003, 441, 442.

²⁹¹ Grobys BB 2002, 726, 728.

²⁹² BAG NZA 2010, 89.

²⁹³ Willemsen/Lembke NJW 2002, 1159, 1163; Bauer/v. Steinau-Steinrück ZIP 2002, 457, 462.

²⁹⁴ Praktische Hinweise bei Wörzalla NZA 2002, 353, 355; Grobys BB 2002, 726, 728.

²⁹⁵ Gaul/Otto DB 2002, 634, 635.

²⁹⁶ BAG NJW 2007, 244.

²⁹⁷ Adam ArbuR 2003, 441, 442 mwN.

²⁹⁸ BAG NZA 2007, 682; Mohnke/Betz BB 2008, 498; Waldenmaier/Pichler NZA-RR 2008, 1.

²⁹⁹ BAG NJW 2007, 244.

³⁰⁰ BAG NZA 2007, 682; NZA-RR 2009, 62.

³⁰¹ Reinhard NZA 2009, 63, 69.

³⁰² Zu den Einzelheiten Grobys BB 2002, 726, 728 f; Wörzalla NZA 2002, 353, 355.

³⁰³ Gaul/Otto DB 2002, 634, 635.

³⁰⁴ Adam ArbuR 2003, 441, 442 mwN.

³⁰⁵ BAG NZA 2007, 1283, 1284.

§ 613a

Buch 2. Abschnitt 8. Einzelne Schuldverhältnisse

Informationspflicht erfüllen³⁰⁶. Sie sind Gesamtschuldner iSd §§ 421 ff³⁰⁷. Unklare, unvollständige oder widersprüchliche Angaben machen die Unterrichtung fehlerhaft³⁰⁸. **Adressat** der Information und damit betroffen iS dieser Vorschrift sind diejenigen Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber übergehen, nicht jedoch auch die nur mittelbar betroffenen Arbeitnehmer³⁰⁹. Die Unterrichtung allein der Kollektivorgane (etwa nach § 80 Abs 2 S 1 BetrVG, § 106 BetrVG der § 111 BetrVG) genügt nicht³¹⁰, da der einzelne Arbeitnehmer ein Recht auf Unterrichtung hat. Die Information hat grds vor dem Betriebsübergang zu erfolgen. Der frühestmögliche **Zeitpunkt** wird dann anzunehmen sein, wenn sinnvoll über die Katalogtatbestände des § 613a Abs 5 informiert werden kann³¹¹. Umstritten ist, ob die Unterrichtung nur fristauslösende Wirkung hat, wenn sie vor dem Betriebsübergang erfolgt. Die überwiegende Auffassung, die sich auf die Gesetzesbegründung stützen kann³¹², geht davon aus, dass die Pflicht zur Unterrichtung auch noch nach dem Betriebsübergang erfüllt werden kann³¹³. Für die Bewertung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Unterrichtung ist auf das Planungsstadium im Zeitpunkt der Unterrichtung abzustellen³¹⁴. Die Unterrichtung kann – auch nach einem Betriebsübergang – vervollständigt werden; sie muss dann aber in der gesetzlich vorgeschriebenen Form durchgeführt werden und als solche bezeichnet werden, damit der Arbeitnehmer vom nunmehrigen Beginn der Widerspruchsfrist Kenntnis erlangt³¹⁵. Die Unterrichtung hat in **Textform (§ 126 b)** zu erfolgen. Die Erklärung muss in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben sein, die Person des Erklärenden muss genannt sein (zB Namensnennung oder eingescannte Unterschrift) und der Abschluss der Erklärung muss durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden³¹⁶. Da die Informations- und Dokumentationsfunktion im Vordergrund steht, kann die Mitteilung etwa auch durch E-Mail, Intranet oder im Rahmen eines Sozialplanes erfolgen³¹⁷. Das Zugangsrisiko liegt jedoch beim Arbeitgeber³¹⁸. Dieser ist im Streitfall darlegungs- und beweispflichtig³¹⁹.

X. Widerspruch des Arbeitnehmers (Abs 6)

- 80 Abs 6 ist durch das Gesetz zur Änderung des Seemannsgesetzes und anderer Gesetze vom 23. 3. 2002 (BGBl I S 1163) eingefügt worden. Damit wird das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers, das in der Rspr längst anerkannt war³²⁰, positiv-rechtlich geregelt.
- 81 Der EuGH hat klargestellt, dass Art 3 der RL 2001/23/EG einem Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht im Wege steht³²¹.
- 82 Der Widerspruch ist eine **empfangsbedürftige Willenserklärung**, für die die allgemeinen Vorschriften des BGB über Willenserklärungen gelten³²². Der Widerspruch ist ein Gestaltungsrecht³²³ und als solches bedingungsfeindlich. Wie für sonstige Willenserklärungen gilt für den Widerspruch des Arbeitnehmers, dass ein Widerruf gemäß § 130 Abs 1 S 2 nur wirksam ist, wenn er dem Erklärungsempfänger vor oder gleichzeitig mit der Widerspruchserklärung zugeht³²⁴. Umstritten ist die Frage, ob ein einmal erklärter Widerspruch nachträglich zurückgenommen werden kann³²⁵. Die Wirkung des Widerspruchs kann nicht durch eine Vereinbarung zwischen dem Arbeitnehmer und dem bisherigen Betriebsinhaber über die Rücknahme des Widerspruchs beseitigt werden. Dies wäre im Hinblick auf den Betriebserberwerber ein Vertrag zu Lasten Dritter. Die Erklärung des Widerspruchs kann sowohl gegenüber dem Veräußerer als auch gegenüber dem Erwerber erfolgen (S 2). Der Arbeitgeber, dem gegenüber der Widerspruch erklärt wurde, hat den Erwerber über den Widerspruch zu unterrichten (Nebenpflicht aus § 242)³²⁶. Die Ausübung des Widerspruchsrechts bedarf **nicht eines** irgendwie gearteten **sachlichen Grundes**³²⁷. Ob der Arbeitnehmer sich einem gesetzlichen Schuldnerwechsel

³⁰⁶ BT-Drucks 14/7760 S 19; krit dazu *Franzen RdA* 2002, 258, 264; *Mückl RdA* 2008, 343, 346 hält eine vertragliche Regelung der mit der Unterrichtungspflicht verbundenen Fragen für zweckmäßig.

³⁰⁷ Vgl BT-Drucks 14/7760 S 42; *Willemsen/Lembke NJW* 2002, 1159, 1161; *Meyer BB* 2003, 1010, 1011.

³⁰⁸ *Nehls NZA* 2003, 822; zur widersprüchlichen Unterrichtung *Rupp NZA* 2007, 301.

³⁰⁹ *Nehls NZA* 2003, 822, 823.

³¹⁰ *Nehls NZA* 2003, 822, 823; *Willemsen/Lembke NJW* 2002, 1159, 1161; *Worzalla NZA* 2002, 353.

³¹¹ *Franzen RdA* 2002, 258, 265; ausf *Nebeling/Brauch BB* 2010, 1474.

³¹² BT-Drucks 14/7740 S 19f.

³¹³ *Adam ArbuR* 2003, 441, 443; *Grobys BB* 2002, 726, 729; aA *Bauer/v. Steinau-Steinrück ZIP* 2002, 457, 462.

³¹⁴ *Willemsen/Lembke NJW* 2002, 1159, 1161.

³¹⁵ BAG NZA 2010, 89; vgl *Göpfert/Winzer ZIP* 2008, 761.

³¹⁶ BT-Drucks 14/7760 S 19; *Worzalla NZA* 2002, 353, 356; *Grobys BB* 2002, 726, 727; *Gaul/Otto DB* 2002, 634, 635; *Franzen RdA* 2002, 258, 259.

³¹⁷ *Grobys BB* 2002, 726, 727; *Franzen RdA* 2002, 258, 266.

³¹⁸ *ErfK/Preis Rn* 91; *Grobys BB* 2002, 726, 727; *Gaul/Otto DB* 2002, 634, 635; *Adam ArbuR* 2003, 441, 443.

³¹⁹ *Worzalla NZA* 2002, 353, 356.

³²⁰ BAGE 70, 238, 250 ff; BAG NZA 1993, 795.

³²¹ EuGH C-132/91, Slg 1992 I-6577, 6610 = NZA 1993, 169, 170 – Katsikas.

³²² *Worzalla NZA* 2002, 353, 356; *Franzen RdA* 2002, 258, 263, 267; zB kann der Widerspruch angefochten werden.

³²³ BAG NZA 2004, 481.

³²⁴ BAG NZA 2004, 481, 483.

³²⁵ *Nehls NZA* 2003, 822, 825; *Bauer/v. Steinau-Steinrück ZIP* 2002, 457, 465; *Grobys BB* 2002, 762, 727.

³²⁶ BT-Drucks 14/7760 S 20.

³²⁷ BAG AP Nr 2 Widerspruch.

unterwerfen will, liegt allein in seiner Hand. Dem BAG zufolge würde das Widerspruchsrecht entwertet, wenn der Widerspruch auf sachliche und damit objektivierbare Gründe hin überprüft werden könnte³²⁸. Die Entbehrlichkeit eines sachlichen Grundes für den Widerspruch ist auch bedeutsam für die Frage, ob der Widerspruch kollektiv durch mehrere Arbeitnehmer erklärt werden kann. In der Lit ist äußerst umstritten, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen ein Widerspruch kollektiv ausgeübt werden kann³²⁹. In eingehender Auseinandersetzung mit der Lit hat das BAG folgende Grundsätze entwickelt³³⁰: Die kollektive Ausübung des Widerspruchsrechts ist grds zulässig. Soweit es sich dabei – wie im Regelfall – nicht um eine Arbeitskämpfmaßnahme handelt, kommen die Grundsätze des Arbeitskämpfrechts nicht zur Anwendung. Der Widerspruch darf allerdings nicht institutionell missbraucht werden. Seine Ausübung ist deshalb einer Rechtsmissbrauchskontrolle nach § 242 zu unterziehen. Ein sachlicher Grund wird auch für die Wirksamkeit des kollektiven Widerspruchs nicht gefordert. Der Widerspruch darf aber nicht zur Erreichung unzulässiger Ziele dienen. Eine Rechtsausübung kann nämlich dann missbräuchlich sein, wenn ihr kein schutzwürdiges Eigeninteresse zugrunde liegt, sie als Vorwand für die Erreichung vertragsfremder oder unlauterer Zwecke dient oder nur den Zweck hat, einem anderen Schaden zuzufügen (§ 826). Die kollektive Ausübung des Widerspruchsrechtes kann unter diesen Voraussetzungen dann unzulässig sein, wenn die Zweckrichtung der Widerspruchsausübung weniger auf die Verhinderung des Arbeitgeberwechsels gerichtet ist, als vielmehr von der Motivation getragen wird, den Betriebsübergang als solchen zu verhindern oder aber Vergünstigungen zu erzielen, auf die die Arbeitnehmer keinen Rechtsanspruch haben. Denn dann wäre die grundgesetzlich geschützte unternehmerische Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt³³¹. Ein einzelner widersprechender Arbeitnehmer verfolgt keine unzulässigen Ziele, wenn es ihm nicht ausschließlich darum geht, den endgültigen Arbeitgeberwechsel zu verhindern, sondern wenn er nach dem Widerspruch dem Betriebserberwerber den Abschluss eines Arbeitsvertrages zu für ihn günstigeren Bedingungen anbietet oder dem Betriebsveräußerer einen Aufhebungsvertrag, verbunden mit einer Abfindungszahlung, vorschlägt. Jedenfalls dann, wenn der widersprechende Arbeitnehmer stets auf seinem Standpunkt beharrt, infolge seines Widerspruchs Arbeitnehmer des Betriebsveräußerers geblieben zu sein, verhält er sich auch nicht widersprüchlich, wenn er gleichwohl Arbeit für den Betriebserberwerber verrichtet. Dies gilt umso mehr, wenn ihn der Betriebsveräußerer unter Andeutung von Rechtsnachteilen, dazu ausdrücklich aufgefordert hat³³². Hat ein Arbeitnehmer bei der Anfertigung eines fehlerhaften Informationsschreibens iSd § 613 a Abs 5 mitgewirkt, und beruft sich dieser bei seinem Widerspruch gegen den Betriebsübergang auf die eigene vorangegangene Schlechtleistung, hat der Arbeitgeber für den Vorwurf der Treuwidrigkeit des Widerspruchs die Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers für die Schlechtleistung sowie die Weisungswidrigkeit des Arbeitnehmerverhaltens bei dessen früherer Leistung substantiiert darzulegen³³³. Die Widerspruchsfrist beginnt mit dem Zugang (§§ 130 ff) der ordnungs- und formgemäßen Unterrichtung³³⁴. Für die Fristberechnung sind die §§ 187 ff anzuwenden³³⁵. Anderweitige Kenntniserlangung vom Betriebsübergang ist für den Fristbeginn unschädlich³³⁶. Da es sich bei der Monatsfrist um eine Ausschlussfrist handelt, geht bei ihrer Nichteinhaltung das Widerspruchsrecht unter³³⁷. Fehlt eine ordnungsgemäße Unterrichtung, muss der Arbeitnehmer das Widerspruchsrecht erst dann ausüben, wenn er nachträglich vollumfänglich unterrichtet wurde. Vom Zeitpunkt der ordnungsgemäßen Unterrichtung an läuft erneut eine Monatsfrist³³⁸. Einer wirksamen Ausübung des Widerspruchsrechts steht nicht entgegen, dass im Zeitpunkt der Widerspruchserklärung das Arbeitsverhältnis bereits beendet ist. Der Wortlaut des § 613 a Abs 6 S 1, nach dem nur ein „Arbeitnehmer“ dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechen kann, ist insoweit nicht entscheidend³³⁹. Für die Ausübung des Widerspruchs gibt es keine zeitliche Höchstgrenze³⁴⁰, die ein Widerspruchsrecht unabhängig von einer ordnungs- und formgemäßen Unterrichtung erlöschen lässt. Es ist aber an Verwirkung oder widersprüchliches Verhalten zu denken³⁴¹. Eine lediglich unvollständige Unterrichtung kann eher zu einer Verwirkung führen als eine völlig unterbliebene Unterrichtung³⁴². Hat einer der beiden möglichen Adressaten eines Widerspruchs nach § 613 a Abs 6 Kenntnis von Umständen, die zur Verwirkung des Rechts auf Widerspruch führen, so kann sich der andere Wider-

³²⁸ BAG NZA 1998, 750, 751; NZA 2005, 43, 46.

³²⁹ Vgl zur Darstellung des Meinungsstandes BAG NZA 2005, 43, 46 ff; vgl ausf Rieble NZA 2005, 1; Schmalenberg ArbuR 2008, 165, 168 f.

³³⁰ BAG NZA 2005, 43, 47 ff mit Besprechung Krause RdA 2006, 228.

³³¹ Vgl zur Rspr v Koppenfels-Spies RdA 2010, 72.

³³² BAG NJW 2009, 3386.

³³³ BAG NZA 2010, 1295, 1297.

³³⁴ Worzalla NZA 2002, 353, 357; Franzen RdA 2002, 258, 259; vgl BAG NZA 2006, 1268; NJW 2007, 244.

³³⁵ Willemsen/Lembke NJW 2002, 1159, 1160; Grobys BB 2002, 726, 730.

³³⁶ Nehls NZA 2003, 822, 824; Willemsen/Lembke NJW 2002, 1159, 1160.

³³⁷ Willemsen/Lembke NJW 2002, 1159, 1160.

³³⁸ Worzalla NZA 2002, 353, 357.

³³⁹ BAG NZA 2008, 1354; AP Nr 349; ausf zu den Folgen eines Widerspruchs nach Betriebsübergang für das Arbeitsverhältnis, die betriebliche Altersversorgung und deren Insolvenzversicherung Neufeld/Beyer NZA 2008, 1157.

³⁴⁰ Entgegen der Empfehlung des Rechtsausschusses, der eine maximale Frist von drei Monaten nach Betriebsübergang vorschlug, vgl BT-Drucks 14/8128 S 3, 6; Worzalla NZA 2002, 353, 357; Franzen RdA 2002, 258, 266.

³⁴¹ BAG NZA 1998, 750, 751; Willemsen/Lembke NJW 2002, 1159, 1160; Worzalla NZA 2002, 353, 357; Gaul/Otto DB 2002, 634, 637; Franzen RdA 2002, 258, 266; Löwisch/Göpfert/Siegnist DB 2007, 2538; Rudkowski NZA 2010, 739.

³⁴² LAG München BB 2007, 502, 505.

spruchsadressat hierauf berufen. Insoweit werden Betriebsveräußerer und Betriebserberwerber als Einheit behandelt³⁴³. Allein die widerspruchslose Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebserberwerber kann das sog Umstandsmoment für eine Verwirkung nicht erfüllen. Dieses liegt nur vor, wenn der Berechtigte uU untätig geblieben ist, die den Eindruck erweckt haben, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, so etwa, wenn sich der Arbeitnehmer gegen eine vom Betriebserberwerber ausgesprochene Kündigung seines Arbeitsverhältnisses weder gerichtlich noch außergerichtlich zur Wehr gesetzt hat und wenn dies dem Betriebsveräußerer bekannt geworden ist. Bei der bloßen Weiterarbeit fehlt es an einer besonderen vertrauensbegründenden Verhaltensweise. Zudem würde bei gegenteiliger Auffassung das Ziel, falsch unterrichteten Arbeitnehmern das Widerspruchsrecht zu erhalten, unterlaufen³⁴⁴. Der Arbeitnehmer akzeptiert nicht den Betriebserberwerber als seinen neuen Arbeitgeber, wenn er sich gegen dessen Kündigung nach Betriebsübergang wehrt, so dass auch darin kein Umstandsmoment iSd Verwirkung zu sehen ist. Vielmehr tritt der Arbeitnehmer der einseitigen Disposition der Arbeitgeberseite über den Bestand seines Arbeitsverhältnisses entgegen, um gerade die Verwirkung eines Umstandsmoments zu verhindern³⁴⁵. Ein Arbeitnehmer, der eine fehlerhafte Unterrichtung rügt und eine selbst gesetzte Frist zur Entscheidung über sein Widerspruchsrecht verstreichen lässt, verwirklicht jedenfalls dann das Umstandsmoment iSd Verwirkung, wenn er danach mit dem Betriebserberwerber einen Aufhebungsvertrag und mit einem dritten Unternehmer einen neuen Arbeitsvertrag abschließt³⁴⁶. Der Widerspruch des Arbeitnehmers ist ausgeschlossen, wenn sich dieser vertraglich verpflichtet hat, keinen Widerspruch zu erheben. Ein gleichwohl ausgesprochener Widerspruch ist dann unwirksam und unbeachtlich³⁴⁷. Eine dahingehende Vereinbarung bedarf in entsprechender Anwendung des Abs 6 der Schriftform³⁴⁸. Strittig ist, ob auch ohne vorherige Unterrichtung nach Abs 5 ein Verzicht auf das Widerspruchsrecht möglich ist³⁴⁹.

- 83 Der Widerspruch des Arbeitnehmers bedarf der **Schriftform** (§ 126). Durch die erforderliche eigenhändige Unterzeichnung der Erklärung soll dem Arbeitnehmer die Bedeutung des Widerspruchs bewusst gemacht werden und er vor einer voreiligen Erklärung geschützt werden (Warnfunktion). Dies hat der Gesetzgeber im Hinblick auf die Tatsache gesehen, dass der Widerspruch uU zu einem Verlust des Arbeitsplatzes führen kann, wenn beim bisherigen Arbeitgeber keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr besteht³⁵⁰. Die Schriftform dient darüber hinaus dem Nachweis dafür, ob der Arbeitnehmer wirklich widersprochen hat, und hat deshalb auch Beweisfunktion³⁵¹. Bloßes Schweigen kann nicht als Widerspruch angesehen werden³⁵². Der Widerspruch muss jedoch nicht ausdrücklich erklärt werden. Es reicht aus, dass der einschlägige rechtsgeschäftliche Wille des Arbeitnehmers in einer formgerechten Urkunde einen andeutungsweisen Ausdruck gefunden hat³⁵³. Ein nicht formgerecht ausgeübter Widerspruch ist nichtig (§ 125 S 1).
- 84 Bezüglich der **Rechtsfolgen bei Widerspruch** des Arbeitnehmers hat der EuGH festgestellt, dass es Sache der Mitgliedstaaten sei zu bestimmen, was in einem solchen Falle mit dem Arbeitsvertrag oder dem Arbeitsverhältnis geschehe. Das nationale Recht könne insbes vorsehen, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis in diesem Falle entweder als vom Arbeitnehmer oder als vom Arbeitgeber gekündigt anzusehen sei oder aber, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis mit dem Veräußerer bestehen bleibe³⁵⁴. Nach unbestrittener Auffassung gilt für das deutsche Recht, dass Rechtsfolge des wirksam erklärten Widerspruchs der **Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zum bisherigen Arbeitgeber** ist. Die in Abs 1 S 1 angeordnete Rechtsfolge des Übergangs des Arbeitsverhältnisses tritt nicht ein. Das ergibt sich aus Sinn und Zweck des Widerspruchsrechts, dem Arbeitnehmer gegen dessen ausdrücklich erklärten Willen keinen Arbeitgeberwechsel – auch nicht für begrenzte Zeit – aufzuzwingen³⁵⁵. Der Widerspruch nach Betriebsübergang wirkt auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück³⁵⁶. Im Hinblick auf die Rückwirkung des Widerspruchs bejaht LAG Köln einen Anspruch auf Vergütung für die Zeit zwischen Betriebsübergang und Erklärung des Widerspruchs nach den Grundsätzen des faktischen Arbeitsverhältnisses³⁵⁷. Rückkehrzusagen des Veräußerers gegenüber dem Arbeitnehmer ändern an der Existenz des Widerspruchsrechts nichts³⁵⁸. Falls ein Arbeitnehmer aus dem nach § 15 KSchG geschützten Personenkreis dem Betriebsübergang widerspricht, findet § 15 Abs 4 KSchG entsprechende Anwendung³⁵⁹.

³⁴³ BAG NZA 2009, 552, 556; NZA 2009, 1149, 1151.

³⁴⁴ BAG NZA 2008, 1354, 1359; NZA 2008, 1294, 1295 f; AP Nr 347; vgl auch BAG NZA 2010, 761.

³⁴⁵ BAG AP Nr 9.

³⁴⁶ BAG NZA 2009, 1149, 1151; vgl zur Verwirkung des Widerspruchsrechts durch Aufhebungsvertrag auch BAG NZA 2010, 393.

³⁴⁷ BAG NZA 1998, 750, 751; *Gaul/Otto* DB 2002, 634, 638.

³⁴⁸ *Gaul/Otto* DB 2002, 634, 638; *Franzen* RdA 2002, 258, 268 mwN.

³⁴⁹ *ErfK/Preis* Rn 102; *Gaul/Otto* DB 2002, 634, 638; *Bauer/v. Steinau-Steinrück* ZIP 2002, 457, 464.

³⁵⁰ BT-Drucks 14/7760 S 20.

³⁵¹ *Willemsen/Lembke* NJW 2002, 1159, 1160; *Worzalla* NZA 2002, 353, 356 f; *Gaul/Otto* DB 2002, 634, 637.

³⁵² *Grobys* BB 2002, 726, 729.

³⁵³ BAG NZA 2006, 1406, 1408.

³⁵⁴ BAG NZA 1998, 750, 751.

³⁵⁵ BAG NZA 1998, 750, 751.

³⁵⁶ BAG NZA 2006, 1268, 1273; NZA 2006, 1406, 1410.

³⁵⁷ LAG Köln ZIP 2005, 591.

³⁵⁸ Vgl zu dieser Thematik *Rieble* NZA 2002, 706.

³⁵⁹ BAG NZA 2000, 1115, 1118.