

Information über einen Betriebsübergang nach § 613 a Abs. 5 BGB und Widerspruch nach § 613 a Abs. 6 BGB

Gliederung:

1. Einleitung
2. Information nach § 613 a Abs. 5 BGB
3. Informationsverpflichtete
4. Informationsadressaten
5. Form und Zugang der Information
6. Zeitpunkt der Information
7. Zweck der Information
8. Inhalt der Information
9. Konsequenzen der Information
10. Widerspruch nach § 613 a Abs. 6 BGB

1. Einleitung

Nachdem in der Vergangenheit in der Regel die Voraussetzungen - Wann liegt überhaupt ein Betriebsübergang vor? - und die Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs - Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse, auf Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen, Kündigungsrecht und Haftungssystem - diskutiert wurden, hat die Regelung der Abs. 5 und 6 des § 613 a BGB im „Gesetz zur Änderung des Seemannsgesetzes und anderer Gesetze“¹ vom 23. 3. 2002, in Kraft getreten zum 1. 4. 2002, zwei andere Fragen des Betriebsübergangs in den Vordergrund gerückt: Die Information der Arbeitnehmer von dem Betriebsübergang nach § 613 a Abs. 5 BGB n.F. und das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber nach § 613 a Abs. 6 BGB n.F..

Mit Wirkung zum 1.4.2002 ist mit § 613 a Abs. 5 BGB eine gesetzliche Grundlage für die Information der Arbeitnehmer über den Betriebsübergang gegeben. Nach § 613 a Abs. 5 BGB muss der bisherige Arbeitgeber oder der neue Betriebsinhaber die von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang in Textform über den Betriebsübergang unterrichten. Abs. 5 des § 613 a BGB regelt damit erstmals die Informationspflicht des bisherigen Arbeitgebers oder des neuen Betriebsinhabers gegenüber den vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmern. Im Unterschied zur Europäischen

¹ BGBl. I 2002, 1163.

Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG vom 12.3.2001 sieht das nationale Gesetz die Unterrichtung der einzelnen Arbeitnehmer (und nicht der Arbeitnehmervertretung) vor.

2. Information nach § 613 a Abs. 5 BGB

Vorliegen eines Betriebsübergangs: Nach Abs. 5 des § 613 a sind die Arbeitnehmer nur und immer dann zu informieren, wenn ein Betriebsübergang iSd. § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegt, dh. ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen Betriebserwerber übergeht. Die Erfüllung der Unterrichtungspflicht ist aber nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Betriebsübergangs. Zeitlich liegt ein Betriebsübergang dann vor, wenn der Betriebserwerber die arbeitstechnische Führungs- und Leitungsmacht übernimmt.²

Eine Unterrichtung nach § 613 a Abs. 5 BGB hat gemäß § 324 UmwG auch im Falle eines Betriebsübergangs durch Gesamtrechtsnachfolge nach dem UmwG (Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübertragung) zu erfolgen.

Die Unterrichtungspflicht nach § 613 a Abs. 5 BGB ist eine Rechtspflicht (ihre Verletzung kann Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen). Der Arbeitnehmer, der sich auf die nicht vollständige Unterrichtung beruft, kann verlangen, so gestellt zu werden, wie er gestanden hätte, wenn er richtig und vollständig informiert worden wäre³. Dafür muss er vortragen und beweisen, dass ihm infolge der mangelhaften Unterrichtung der geltend gemachte Schaden entstanden ist.

Die Informationspflicht nach § 613 a Abs. 5 BGB gibt nach hM einen echten Auskunftsanspruch, der auch in Form eines Erfüllungsanspruchs eingeklagt werden kann. Als individueller Auskunftsanspruch besteht der Unterrichtungsanspruch des einzelnen Arbeitnehmers unabhängig davon, ob der Betriebsrat - daneben - einen Anspruch auf Information nach §§ 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG oder im Rahmen einer geplanten Betriebsänderung nach § 111 BetrVG - bzw. der Wirtschaftsausschuss nach § 106 BetrVG - hat.

3. Informationsverpflichtete

² EuGH, Urt. v. 26.5.2005, NZA 2005, 681.

³ BAG 31.1.2008 - 8 AZR 1116/09 - ZIP 2008, 987

Die Informationspflicht trifft den bisherigen Arbeitgeber oder den neuen Betriebsinhaber.⁴ Sie kann von jedem der beiden erfüllt werden und wirkt dann auch gegenüber dem anderen; somit liegt ein Fall der Gesamtschuldnerschaft iSd. §§ 421 ff. BGB vor (daher kann sich der eine nicht mit ausschließlicher Kenntnis des anderen entschuldigen). Nach der Gesetzesbegründung sollen sich der Betriebsveräußerer und der Betriebserwerber untereinander verständigen, in welcher Weise sie ihre Informationspflicht erfüllen. Praktische Probleme hinsichtlich der Erbringung der vollständigen und richtigen Informationen können somit dadurch vermieden werden, dass zwischen dem Betriebsveräußerer und dem Betriebserwerber eine Vereinbarung getroffen wird (s. Art 3 Nr. 2 der Betriebsübergangsrichtlinie), wer die Unterrichtung vornimmt, sowie in welcher Weise und mit welchem Inhalt. Unter Umständen ergeben sich auch Schadensersatzansprüche der beteiligten Arbeitgeber gegeneinander; z. B. wenn der intern zur Unterrichtung Verpflichtete die Informationspflicht nicht oder fehlerhaft erfüllt. Es steht auch nichts dagegen, daß die Information gemeinsam erbracht wird.

4. Informationsadressaten

Zu informieren sind die Arbeitnehmer, die vom Betriebs- oder Betriebsteilübergang betroffen sind. Welche Arbeitnehmer dem übergehenden Betriebsteil zuzuordnen sind, kann sich aus dem Übernahmevertrag ergeben. Der Gesetzgeber hat damit einen anderen Weg gewählt als die Europäische Betriebsübergangsrichtlinie, die die Unterrichtung der Arbeitnehmervertretung vorsieht und nur für den Fall, dass bereits nach dem Gesetz - unabhängig vom Willen der Arbeitnehmer - eine Arbeitnehmervertretung nicht besteht, die Information der Arbeitnehmer vorschreibt. Allerdings ist - im Gegensatz zur Betriebsübergangsrichtlinie - nur die Unterrichtung der von einem Übergang „betroffenen“ Arbeitnehmer vorgesehen, nicht aber die Information der Arbeitnehmer oder Arbeitnehmervertretungen im verbleibenden „Rest“betrieb oder im aufnehmenden Betrieb.

5. Form und Zugang der Information

Die Unterrichtung muss nach § 613 a Abs. 5 BGB in Textform erfolgen. Schriftform wird nicht verlangt, da nach der Gesetzesbegründung nicht die Warnfunktion - wie beim

⁴ Staudinger/Richardi/Annuß aaO § 613 a Rn 151.

Widerspruch - sondern die Informations- und Dokumentationsfunktion im Vordergrund steht. Textform ist nach § 126 b BGB gegeben, wenn die Erklärung in einer „Urkunde oder einer zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise“ erfolgt, die die Person des Erklärenden nennt und den Abschluss der Erklärung kenntlich macht. Es genügt somit auch eine Kopie, ein Telefax oder eine E-Mail (allerdings nur, wenn der Arbeitnehmer seine E-Mail-Adresse zur Teilnahme am E-Mail-Verkehr bekanntgegeben hat). Der Empfänger soll die Möglichkeit haben, sich gegebenenfalls weitergehend zu erkundigen und beraten zu lassen; eine mündliche Unterrichtung - evtl. auf einer Betriebsversammlung - genügt nicht. Damit sind andere Formen der Unterrichtung ausgeschlossen.

Das Risiko der Unterrichtung trägt der Arbeitgeber oder der Erwerber des Betriebes/Betriebsteils, der die Darlegungs- und Beweislast für die ordnungsgemäße Unterrichtung hat.

Die Information muss dem Arbeitnehmer zugehen; sie ist erst mit dem Zugang bewirkt. Daher sind alle Formen der Unterrichtung, bei denen der Nachweis des Zugangs beim Arbeitnehmer schwierig ist - z.B. Aushang am Schwarzen Brett, aber auch E-Mail - problematisch. Für den Zugang der Unterrichtungsschrift bei dem Arbeitnehmer ist der Arbeitgeber (Betriebsveräußerer oder Betriebserwerber) darlegungs- und beweispflichtig; er trägt daher das Zugangsrisiko.

6. Zeitpunkt der Information

Die Unterrichtung der Arbeitnehmer nach Abs. 6 des § 613 a BGB hat grundsätzlich vor dem Betriebsübergang zu erfolgen; aber auch eine Unterrichtung nach dem Betriebsübergang setzt nach der hM die Widerspruchsfrist in Gang. Ein Betrieb geht auf den Erwerber über, wenn dieser die Leitungs- und Organisationsmacht übernimmt.⁵ Erfolgt die Unterrichtung nach dem Betriebsübergang, können Schadensersatzansprüche entstehen.

Wird bereits einen Monat vor dem Betriebsübergang oder noch früher ordnungsgemäß informiert, können Betriebsveräußerer oder Betriebserwerber sicherstellen, dass bis zum Betriebsübergang Klarheit und Planungssicherheit hergestellt wird, welche Arbeitsverhältnisse auf Grund des Betriebsübergangs auf den Betriebserwerber übergehen und welche Arbeitnehmer bei dem Betriebsveräußerer verbleiben.

⁵ ErfK/Preis aaO § 613 a BGB Rdnr. 85.

7. Zweck der Information

Zweck der Unterrichtung ist es, dem Arbeitnehmer eine ausreichende Wissensgrundlage für die Entscheidung zu geben, ob er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang widerspricht oder nicht⁶ (bei der Auslegung, welchen Inhalt eine ordnungsgemäße Unterrichtung haben muss, ist stets der Zweck der Unterrichtung zu berücksichtigen). Durch die Unterrichtung soll den Arbeitnehmern - nach der Gesetzesbegründung - bereits vor dem Betriebsübergang eine ausreichende Entscheidungsgrundlage für die Ausübung oder Nichtausübung des Widerspruchsrechts zur Verfügung stehen; sie sollen in die Lage versetzt werden, die Folgen des Betriebsübergangs für sich abschätzen zu können. Außerdem soll dem Betriebsveräußerer Klarheit verschafft werden, welche Arbeitnehmer bei ihm verbleiben, und dem Betriebserwerber, welche Mitarbeiter bei ihm tätig werden. Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer im Rahmen des § 613 a Abs. 5 BGB so zu informieren, dass dieser sich über die Person des Übernehmers und über die in § 613 a Abs. 5 BGB genannten Umstände ein Bild machen kann.

8. Inhalt der Information

Das Gesetz sieht gemäß § 613 a Abs. 5 Nr. 1 - 4 BGB folgende Inhalte für die Unterrichtung vor (insoweit übereinstimmend mit Art. 7 Abs. 6 der Betriebsübergangsrichtlinie),⁷ wobei es sich nahezu von selbst versteht, dass bisheriger Betriebsinhaber und Übernehmer angegeben werden müssen:

aa) Den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Betriebsübergangs (§ 613 a Abs. 5 Nr. 1 BGB).

Damit ist der kalendermäßige Stichtag des Betriebsübergangs gemeint. Falls dieser - wie häufig - nicht genau benannt werden kann, genügt der geplante Zeitpunkt. Ist der Zeitpunkt von einer Eintragung, z. B. Handelsregister (Umwandlungsgesetz), abhängig, muss über diesen Umstand und die voraussichtliche Eintragung unterrichtet werden.

bb) Den Grund für den Betriebsübergang (§ 613 a Abs. 5 Nr. 2 BGB).

Damit ist in erster Linie der Rechtsgrund für den Betriebsübergang gemeint (z.B. Kaufvertrag, Pachtvertrag, Mietvertrag, Umwandlung o.ä.); im Hinblick auf den Sinn und Zweck der

⁶ BAG 13.7.2006 – 8 AZR 303 und 305/05 – AP BGB § 613 a Nrn. 311 und 312 – und BAG 14.12.2006 – 8 AZR 763/05 - AP BGB § 613 a Nr. 318

⁷ Staudinger/Richardi/Annunzi *aaO* § 613 a Rn 155 ff.

Unterrichtung, dem vom Betriebsübergang eine ausreichende Wissensgrundlage für seine Entscheidung über die Ausübung oder Nichtausübung des Widerspruchsrechts zu geben, sind nach der Rechtsprechung die zum Betriebsübergang führenden unternehmerischen Erwägungen, soweit sie sich auf den Arbeitsplatz auswirken können, zumindest schlagwortartig anzugeben⁸, da der Rechtsgrund allein oft nicht aussagekräftig sein wird und nicht geeignet ist, eine Entscheidungsgrundlage für die Ausübung des Widerspruchsrechts zu geben.

cc) Die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Betriebsübergangs für die Arbeitnehmer (§ 613 a Abs. 5 Nr. 3 BGB).

Hier müssen die Arbeitnehmer über die Auswirkungen des Betriebsübergangs auf ihre Rechte und Pflichten informiert werden. Das betrifft einmal die individualrechtlichen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB, aber auch das Schicksal von Rechten und Pflichten, die kollektivrechtlich, z. B. in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen geregelt sind (§ 613 a Abs. 1 Satz 2, 3, 4 BGB) sowie das Haftungssystem des § 613 a Abs. 2 und Abs. 3 BGB und das Kündungsverbot bzw. das Kündigungsrecht des § 613 a Abs. 4 BGB. Insofern können die Absätze 1 bis 4 des § 613 a BGB Anhaltspunkte sein. Ein pauschaler Hinweis auf den Gesetzeswortlaut bzw. dessen Wiedergabe reicht aber nicht aus. Nach überwiegender Auffassung im Schrifttum ist ferner über das Widerspruchsrecht und die Widerspruchsfrist des § 613 a Abs. 6 BGB zu informieren.

Zu unterrichten ist daher über das Weiterbestehen oder die Änderung der bisherigen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag und die einjährige Veränderungssperre, die normative Fortgeltung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen oder die Transformation der in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen geregelten Rechte in das Individualrecht bzw. die Ablösung von Kollektivvereinbarungen wie Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen durch beim Betriebserwerber geltende Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen, die Haftung des bisherigen Arbeitgebers und des neuen Inhabers gegenüber dem Arbeitnehmer und das Verbot der Kündigung wegen eines Betriebsübergangs.

Als wirtschaftliche und soziale Folgen kommen beispielsweise die Auswirkungen auf das Bestehen des Betriebsrats, der auf Grund der Betriebszugehörigkeit erworbene soziale Besitzstand oder evtl. Altersversorgungsanswartschaften sowie Informationen über räumliche (Arbeitsort) und funktionale (Stellung der Betriebsabteilung in der Unternehmenshierarchie)

⁸ BAG 13.7.2006 – 8 AZR 305/05 - aaO

Änderungen in Betracht. Zu denken ist aber auch an ein mit dem Betriebsübergang verbundenes unternehmerisches Konzept zum Personalabbau.

Trotz des individualrechtlichen Charakters der Unterrichtungspflicht ist nicht erforderlich, dass die Information jeweils bezogen auf den Einzelfall erfolgt; es reicht aus, die Folgen für die Gruppe der übergelenden Arbeitnehmer generell zu beschreiben.

Wegen des Zwecks der Unterrichtung ist der Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des BAG auch über die Folgen zu informieren, die im Falle eines Widerspruchs zur Anwendung kommen⁹, wie zB einen Sozialplan beim Betriebsveräußerer¹⁰ (Über einen freiwilligen Sozialplan muss nicht informiert werden, aber über einen im Zeitpunkt der Betriebsveräußerung bestehenden Sozialplan) oder die Kündigung durch den Betriebsveräußer (sog. Sekundärfolgen des Betriebsübergangs).

Eine Unterrichtung über komplexe Rechtsfragen ist nach der Rechtsprechung dann nicht fehlerhaft, wenn sie nach angemessener Prüfung der Rechtslage – ggf. nach Einholung von Rechtsrat – eine vertretbare Rechtsposition wiedergibt¹¹.

dd) Die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen (§ 613 a Abs. 5 Nr. 4 BGB).

Nach der Gesetzesbegründung werden hier Informationen speziell über in Aussicht genommene Weiterbildungsmaßnahmen im Zusammenhang mit der Betriebsübernahme, Produktionsänderungen, Umstrukturierungen und andere Maßnahmen, die die berufliche Entwicklung der Arbeitnehmer betreffen, erwartet, wie beabsichtigte Personalentwicklungs- und Beschäftigungssicherungsmaßnahmen. Zu denken ist auch an die Information über evtl. Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen.

Nach § 613 a Abs. 5 Nr. 4 BGB sind Maßnahmen erst dann in Aussicht genommen, wenn ein Stadium konkreter Planung erreicht ist¹².

Fraglich ist, ob auch der notwendige Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung durch den Betriebsveräußerer im Falle des Widerspruchs gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber zu den „hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen gehört. Im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Unterrichtung, dem Arbeitnehmer eine Entscheidungsgrundlage zu geben, ob er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber widersprechen soll oder nicht, ist die Frage zu bejahen.

⁹ BAG 13.7.2006 – 8 AZR 305/05 - aaO

¹⁰ BAG 13.7.2006 – 8 AZR 303/05 - aaO

¹¹ BAG 13.7.2006 – 8 AZR 303/05 - aaO

¹² BAG 13.7.2006 – 8 AZR 303/05 - aaO

Eine individuelle Unterrichtung der einzelnen vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer ist aber nicht erforderlich, insofern ist eine standardisierte Information (Standardschreiben) zulässig¹³, wobei aber eine reine Wiederholung des Gesetzeswortlauts nicht genügt. Gleichlautende Schreiben können ausreichend sein, da nicht jeder Arbeitnehmer individuell unterrichtet werden muß.¹⁴

Nach der Rechtsprechung muss eine konkrete betriebsbezogene Darstellung erfolgen, die die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses in einer auch für den juristischen Laien möglichst verständlichen Sprache¹⁵ erfasst. Notwendig ist also eine verständliche, arbeitsplatzbezogene und vor allem zutreffende Information.

Maßgebend ist der Kenntnisstand des Unterrichtungspflichtigen (Betriebsveräußerer und Betriebserwerber als Gesamtschuldner) zum Zeitpunkt der Unterrichtung¹⁶.

Genannt werden muss nach der Rechtsprechung der Gegenstand des Betriebsübergangs¹⁷.

Der Betriebserwerber muss identifizierbar bezeichnet werden, d.h. nach Firmenbezeichnung und Anschrift (zustellfähig)¹⁸.

§ 613 a Abs. 5 Nr. 3 BGB erfordert eine sorgfältige¹⁹ Information über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer.

Betriebsveräußerer und –erwerber sind für eine ordnungsgemäße Unterrichtung darlegungs- und beweispflichtig²⁰.

Genügt eine Unterrichtung zunächst formal den Anforderungen und ist sie nicht offensichtlich fehlerhaft, ist es nach der Rechtsprechung²¹ dann Sache des Arbeitnehmers, im Wege der abgestuften Darlegungslast einen Mangel näher darzulegen; die Unterrichtungsverpflichteten müssen sodann die Einwände des Arbeitnehmers mit entsprechenden Darlegungen und Beweisanträgen entkräften.

Die Unterrichtung ergänzt die Nachweispflicht des § 2 NachwG.

Es hat eine Gesamtschau stattzufinden.

Die erteilten Informationen müssen zutreffend sein.

Grundsätzlich ist der bisherige Arbeitgeber jedoch nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer über die wirtschaftliche und finanzielle Lage des Betriebsübernehmers im Einzelnen zu

¹³ BAG 13.7.2006 – 8 AZR 305/05 - aaO

¹⁴ ErfK/Preis aaO § 613 a BGB Rdnr. 85

¹⁵ BAG 13.7.2006 – 8 AZR 305/05 - aaO

¹⁶ BAG 13.7.2006 – 8 AZR 305/05 - aaO

¹⁷ BAG 13.7.2006 – 8 AZR 305/05 - aaO

¹⁸ BAG 13.7.2006 – 8 AZR 305/05 - aaO

¹⁹ BAG 14.12.2006 – 8 AZR 763/05 - aaO

²⁰ BAG 13.7.2006 – 8 AZR 305/05 - aaO

²¹ BAG 13.7.2006 - 8 AZR 305/05 - aaO

informieren. Allerdings ist der Arbeitnehmer über eine erhebliche Verringerung der Haftungsgrundlage zu unterrichten²². Bei einem Betriebsübergang muss der bisherige Arbeitgeber oder der neue Betriebsinhaber daher darüber informieren, dass der Betriebserwerber nur die beweglichen Anlageteile des Betriebes, nicht aber das Betriebsgrundstück übernimmt²³.

Eine widersprüchliche Informationen hindert den Lauf der Informationsfrist²⁴.

Es findet eine gerichtliche Überprüfung statt, ob die Unterrichtung ordnungsgemäß ist und die Tatsachen korrekt dargestellt sind²⁵.

9. Konsequenzen der Information

Nur eine ordnungsgemäße Unterrichtung setzt die Widerspruchsfrist in Gang. Unterbleibt die Unterrichtung oder ist sie nicht ordnungsgemäß, läuft die Widerspruchsfrist nicht²⁶.

Eine Unterrichtung, die den Arbeitnehmer fehlerhaft über die Haftung des bisherigen Arbeitgebers und des neuen Betriebsinhabers gem. § 613 a Abs. 2 BGB informiert, ist nach der Rechtsprechung nicht ordnungsgemäß, so dass sie die einmonatige Frist des Arbeitnehmers, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses nach § 613 a Abs. 6 BGB zu widersprechen nicht auslöst²⁷.

Eine fehlerhafte Unterrichtung über Rechtsfragen ist aber dann nicht unwirksam, wenn der Unterrichtungspflichtige die Rechtslage gewissenhaft geprüft hat und einen vertretbaren Standpunkt einnimmt²⁸.

Legitime Geheimhaltungsinteressen des Betriebserwerbers sind zu beachten. Vertrauliche Geschäftsinhalte wie der Kaufpreis oder die unternehmensinterne Kalkulation sollen nicht mitgeteilt werden müssen, da dafür kein schutzwürdiges Interesse besteht.

Ist die Information nicht ordnungsgemäß, bleibt die Unterrichtungspflicht bestehen, bis sie erfüllt wird. Die Widerspruchsfrist beginnt nicht zu laufen. Möglicherweise ergeben sich durch inhaltlich unzutreffende Informationen Anfechtungsrechte im Hinblick auf abgegebene Willenserklärungen gemäß § 123 Abs. 2 BGB.

Eine erneute Information ist erforderlich, wenn sich der Betriebsübergang der - früheren - Unterrichtung nicht verwirklicht und es stattdessen zu einem neuen Betriebsübergang kommt. Die ursprüngliche Unterrichtung nach Abs. 5 läuft dann ins Leere, es muss aber über den

²² BAG 31.1.2008 - 8 AZR 1116/06 - ZIP 2008, 987

²³ BAG 31.1.2008 - 8 AZR 1116/06 - aaO

²⁴ Rupp Das Problem widersprüchlicher Unterrichtung bei § 613 a V BGB - NZA 2007, 301

²⁵ BAG 13.7.2006 - 8 AZR 305/05 - aaO

²⁶ BAG 13.7.2006 - 8 AZR 305/05 und BAG 14.12.2006 - 8 AZR 763/05 - aaO

²⁷ BAG 14.12.2006 - 8 AZR 763/05 - aaO

²⁸ BAG 13.7.2006 - 8 AZR 303/05 - aaO

neuen Betriebsübergang unterrichtet werden. Das kann z. B. der Fall sein, wenn der Betriebsübergang zu einem ganz anderen Zeitpunkt stattfindet.

Bereits in der Entscheidung vom 24. 5. 2005²⁹ hat der Senat ausgeführt, dass eine fehlerhafte Unterrichtung nicht zur Unwirksamkeit einer Kündigung führt. Als Sanktion für die fehlerhafte Unterrichtung sieht das Gesetz vor, dass die Widerspruchsfrist des § 613 a Abs. 6 nicht läuft, der Arbeitnehmer also nach wie vor dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechen kann. Daneben kommt ein Anfechtungsrecht des Arbeitnehmers im Hinblick auf den von ihm erklärten Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses und Schadensersatzansprüche in Betracht:

Die Unterrichtung nach § 613 a Abs. 5 ist unabhängig von der Betriebsgröße und davon, ob eine Arbeitnehmervertretung existiert. Daneben steht die Unterrichtungspflicht gegenüber dem Betriebsrat nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG bzw. nach § 111 BetrVG, wenn eine Betriebsänderung vorliegt. Ein bestehender Wirtschaftsausschuss ist nach § 106 BetrVG zu informieren. Die Unterrichtung des Betriebsrats oder Wirtschaftsausschusses ersetzt die Unterrichtung der Arbeitnehmer nach § 613 a Abs. 5 nicht.

10. Widerspruch

Bereits vor der gesetzlichen Neuregelung in § 613 a Abs. 6 BGB war das Widerspruchsrecht in der ständigen Rechtsprechung des BAG³⁰ und im Schrifttum³¹ grundsätzlich anerkannt: Der Arbeitnehmer sollte davor geschützt werden, einen anderen Vertragspartner aufgezwungen zu bekommen;³² im Hinblick auf die Höchstpersönlichkeit und Nichtübertragbarkeit seiner Dienste (§ 613 BGB), den Rechtsgedanken des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB sowie die Verfassungsrechtsgüter der Menschenwürde, des Persönlichkeitsrechts und des Rechts auf freie Wahl des Arbeitsplatzes (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 und § 2 Abs. 1 GG) soll der AN keinen Arbeitgeber haben müssen, den er nicht frei gewählt hat. Dem Arbeitnehmer wurde damit ein Wahlrecht eingeräumt, entweder das Arbeitsverhältnis beim bisherigen Arbeitgeber

²⁹ BAG 24.5.2005 – 8 AZR 398/04 – BGB § 613 a Nr. 284

³⁰ vgl. z.B. BAG, Urt. v. 25.1.2001, AP BGB § 613 a Nr. 215 = NZA 2001, 840; BAG, Urt. v. 18.3.1999, AP KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 41 = NZA 1999, 870; BAG, Urt. v. 19.3.1998, BAGE 88, 196 = AP BGB § 613 a Nr. 177 = NZA 1998, 750; BAG, Urt. v. 21.5.1992, BAGE 93, 351 = AP BGB § 613 a Nr. 96; BAG, Urt. v. 30.10.1986, BAGE 87, 884 = AP BGB § 613 a Nr. 55 = NZA 1987, 524.

³¹ ErfK/Preis aaO § 613 a Rn 84 ff.; KR/Pfeiffer § 613 a Rn 163; Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 2003, Rn G 170 ff.

³² BAG, Urt. v. 17.11.1977, BAGE 79, 792 = AP BGB § 613 a Nr. 10.

(Betriebsveräußerer) beizubehalten oder zum Betriebserwerber als neuem Arbeitgeber überzugehen.

Der Widerspruch ist als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung eingeordnet worden.³³ Als Gestaltungsrecht ist er bedingungsfeindlich.³⁴ Gemäß der Neuregelung in § 613 a Abs. 6 BGB muss der Widerspruch schriftlich erfolgen, dh. eigenhändig unterschrieben sein (§ 126 BGB). Nach der Gesetzesbegründung dient die Schriftform der Warnung für den Arbeitnehmer und dem Schutz vor voreiligen Erklärungen. Eine Begründung des Widerspruchs ist nicht erforderlich.

Soweit die Rechtsprechung - früher - die Möglichkeit eines konkludenten Widerspruchs anerkannt hatte³⁵, ist das durch das Schriftformerfordernis des § 613 a Abs. 6 überholt. Ein konkludenter Widerspruch – etwa durch Weiterarbeit beim bisherigen Betriebsinhaber³⁶ – ist nicht mehr möglich.

Das Widerspruchsrecht steht dem von einem Betriebsübergang betroffenen AN zu.

Der Widerspruch kann form- und fristgerecht gegenüber dem früheren oder dem neuen Betriebsinhaber erklärt werden.³⁷ Nach der Gesetzesbegründung soll „der Arbeitgeber, dem gegenüber der Widerspruch erklärt wurde, den jeweils anderen Arbeitgeber hierüber unterrichten“.

Die kollektive Erklärung des Widerspruchs durch mehrere Arbeitnehmer ist zulässig³⁸; es kann aber rechtsmißbräuchlich sein, wenn mehrere Arbeitnehmer das Widerspruchsrecht ausüben, um von der Rechtsordnung nicht gedeckte Ziele zu erreichen³⁹. Allerdings ist die Ausübung des Widerspruchsrechts durch den Betriebsrat oder die Tarifvertragsparteien nicht möglich, da es sich um ein individuelles Recht des Arbeitnehmers handelt.

Hat der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses ordnungsgemäß widersprochen, so verhindert er die Rechtsfolge des § 613 a BGB, sein Arbeitsverhältnis zu dem bisherigen Betriebsinhaber besteht weiter. Widerspricht der Arbeitnehmer später einem Übergang seines Arbeitsverhältnisses, so wirkt das nach hM auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück.

Die Frage, ob ein Betriebsübergang vorliegt oder nicht, bleibt von dem Widerspruch grundsätzlich unberührt. Bedeutung kann die Ausübung des Widerspruchs aber dann

³³ BAG 27.4.1995 - 8 AZR 197/94 - AP BGB § 613 a Nr. 128 = NZA 1995, 1155; jetzt: BAG 30.10.2003 - 8 AZR 491/02 - ; Staudinger/Richardi/*Annuß* aaO § 613 a Rn 179.

³⁴ ErfK/*Preis* aaO § 613 a Rdnr. 92

³⁵ BAG, Urt. v. 27.4.1995, BAGE 80, 74 = AP BGB § 613 a Nr. 128 = NZA 1995, 1155.

³⁶ BAG, Urt. v. 19.3.1998, BAGE 88, 196 = AP BGB § 613 a Nr. 177 = NZA 1998, 750.

³⁷ so bereits bisher BAG 22.4.1993 - 2 AZR 50/92 - AP Nr. 103 = NZA 1994, 360.

³⁸ ErfK/*Preis* aaO § 613 a BGB Rdnr. 106.

erlangen, wenn der Betriebsübergang durch die Übernahme der Hauptbelegschaft herbeigeführt werden soll.

Bei dem Widerspruch ist dabei das Risiko zu bedenken, daß dem Arbeitnehmer vom Betriebsveräußerer betriebsbedingt gekündigt werden kann, wenn sein Arbeitsplatz - durch den Übergang auf den Betriebserwerber - weggefallen ist, also das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung entfallen ist. Bei der evtl. anzustellenden sozialen Auswahl spielt die Ausübung des Widerspruchsrechts keine Rolle mehr⁴⁰.

Ein Verzicht auf das Widerspruchsrecht ist möglich⁴¹. Er darf aber nicht im Voraus oder durch eine kollektive Regelung bzw. bereits abstrakt-generell im Arbeitsvertrag erfolgen, kann aber im Einzelfall anlässlich eines konkreten Betriebsübergangs erklärt werden.

Voraussetzung ist ferner eine ordnungsgemäße Unterrichtung nach Abs. 5. Zulässig dürfte z.B. eine schriftliche Vereinbarung zwischen dem betroffenen Arbeitnehmer, dem bisherigen Arbeitgeber (Betriebsveräußerer) und dem neuen Arbeitgeber (Betriebserwerber) sein zur Überleitung des Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber. Ein konkludenter Verzicht auf den Widerspruch ist wegen des Schriftformerfordernisses für den Widerspruch ausgeschlossen.

Unter Umständen, kann das Widerspruchsrecht auch verirken (§ 242 BGB), Voraussetzung hierfür ist zum einen das Zeitmoment und zum anderen das Umstandsmoment. Streitig ist dabei im einzelnen, wieviel Zeit vergangen sein muß und welche Umstände vorliegen müssen, dass von einer Verwirkung des Widerspruchsrechts ausgegangen werden kann. Der Arbeitnehmer erweckt auch dann den Eindruck, den Widerspruch nicht mehr geltend machen zu wollen (Zumutbarkeitsmoment), wenn er trotz Kenntnis des Betriebsübergangs sein Arbeitsverhältnis beim Betriebserwerber fortsetzt. In Betracht kommt die Verwirkung auch dann, wenn der Arbeitnehmer die Kenntnis anders, als durch eine Unterrichtung nach § 613 a Abs. 5 BGB erlangt.

Da das Widerspruchsrecht des Abs. 6 an die Unterrichtung des Abs. 5 anknüpft, hat insbesondere die Frage der richtigen und vollständigen Information der von dem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer neue Bedeutung erlangt. Weder eine unterbliebene noch eine nicht ordnungsgemäße Unterrichtung setzen die Widerspruchsfrist des § 613 a Abs. 6 BGB in Gang. Falls derjenige, der vereinbarungsgemäß die Unterrichtung vornehmen soll, dies nicht tut, läuft die Widerspruchsfrist auch nicht gegenüber dem anderen

³⁹ BAG 30.9.2004 – 8 AZR 462/03.

⁴⁰ BAG 31.5.2007 – 2 AZR 276/06

⁴¹ BAG 19.3.1998 - 8 AZR 139/97 - AP Nr. 177 = NZA 1998, 750

am Betriebsübergang beteiligten Arbeitgeber. Für die Praxis von Umstrukturierungen und Outsourcing ist die vollständige Unterrichtung nach Abs. 5 des § 613 a BGB von ganz wesentlicher Bedeutung, da nur die ordnungsgemäße Information die Widerspruchsfrist des Abs. 6 in Gang setzt. Die Widerspruchsfrist beginnt erst mit vollständiger und ordnungsgemäßer Unterrichtung. Nur wenn die Widerspruchsfrist läuft, kann aber die vom Gesetzgeber herausgestellte Klärung und Planungssicherheit für die beteiligten Arbeitgeber herbeigeführt werden, welche Arbeitnehmer bei dem Betriebsveräußerer bleiben und welche Arbeitnehmer vom Betriebserwerber übernommen werden müssen. Daher kann das eine nicht ohne das andere erörtert werden. Auch nach der Gesetzesbegründung⁴² gehören Widerspruchsrecht und Unterrichtung zusammen, sie stehen in wechselseitigem Bezug. Nach § 613 a Abs. 6 BGB kann der Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach § 613 a Abs. 5 BGB schriftlich widersprechen. Auch wenn die Unterrichtung erst nach dem Betriebsübergang erfolgt, kann dem Übergang des Arbeitsverhältnisses noch widersprochen werden⁴³; auch nach schon eingetretener Beendigung des Arbeitsverhältnisses⁴⁴.

Der Widerspruch wirkt auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück⁴⁵.

Der Fehler der Unterrichtung muss nicht kausal für den Widerspruch sein, aber maßgeblich für die Entscheidung zu widersprechen.

Das Widerspruchsrecht kann nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ausgeschlossen sein oder verwirken⁴⁶.

Der Widerspruch muss schriftlich erklärt werden (§ 613 a Abs. 6 BGB). Durch Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB ist zunächst durch Ermittlung des Erklärungsinhalts festzustellen, ob die Erklärung einen Widerspruch beinhaltet; sodann ist zu klären, ob die Erklärung frist- und formgemäß ist⁴⁷.

Auch nach Aufnahme des Schriftformerfordernisses in § 613 a Abs. 6 BGB muss der Widerspruch nicht ausdrücklich erklärt werden: Es reicht aus, wenn die formgerechte Erklärung den entsprechenden Rechtsgeschäftswillen des Widersprechenden andeutet (konkludenter Widerspruch)⁴⁸.

⁴² BT-Drucksache 14/7760 S. 20

⁴³ BAG 13.7.2006 – 8 AZR 305/05 - aaO

⁴⁴ BAG 20.3.2008 – 8 AZR 1016/06

⁴⁵ BAG 13.7.2006 – 8 AZR 305/05 + 8 AZR 382/05 – AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 1

⁴⁶ BAG 14.12.2006 – 8 AZR 763/05 -; BAG 13.7.2006 – 8 AZR 382/05 - aaO; BAG 15.2.2007 - 8 AZR 449/06 -

⁴⁷ BAG 13.7.2006 – 8 AZR 382/05 - aaO

⁴⁸ BAG 13.7.2006 – 8 AZR 382/05

Nach der Entscheidung vom 30.9.2005⁴⁹ kann das Widerspruchsrecht – soweit ein Rechtsmissbrauch nicht vorliegt – kollektiv ausgeübt werden⁵⁰. Rechtsmissbräuchlich ist der kollektive Widerspruch gemäß § 242 BGB dann, wenn er dazu eingesetzt wird, andere Zwecke als die Sicherung der arbeitsvertraglichen Rechte und die Beibehaltung des bisherigen Arbeitgebers herbeizuführen.

Ein sachlicher Grund ist für den Widerspruch ebenso wenig erforderlich wie eine Begründung.

Eine einseitige Rücknahme der Widerspruchserklärung ist nicht möglich⁵¹.

Der Widerspruch ist ein Gestaltungsrecht in der Form eines Rechtsfolgenverweigerungsrechts. Er ist darauf gerichtet, die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge, den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber nicht eintreten zu lassen. Seine Ausübung durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ist bedingungsfeindlich. Er ist weder frei widerruflich noch kann er nach dem Zugang beim Erklärungsadressaten zurückgenommen werden (§ 130 BGB).

Unbeachtlicher Widerspruch: Der Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses geht ins Leere, wenn die Maßnahme, über die der Arbeitnehmer informiert wurde, nicht durchgeführt wird⁵².

Bei einem gesetzlichen Übergang der Arbeitsverhältnisse greift das Widerspruchsrecht des § 613 a Abs. 6 BGB nicht ein⁵³.

⁴⁹ BAG 30.9.2005 – 8 AZR 462/03 – AP BGB § 613 a Nr.275

⁵⁰ BAG 30.9.2004 – 8 AZR 462/03 – AP BGB § 613 a Nr. 275

⁵¹ BAG 30.10.2003 – 8 AZR 491/02 – AP BGB § 613 a Nr. 262

⁵² BAG 25.10.2007 - 8 AZR 989/06 - NZA 2008, 357

⁵³ BAG 2.3.2006 – 8 AZR 124/05 – AP BGB § 419 Funktionsnachfolge Nr. 25