

Aktenzeichen: 8 AZR 139/97
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 19. März 1998
- 8 AZR 139/97 -

I. Arbeitsgericht
Köln

Urteil vom 24. Januar 1996
- 9 Ca 792/95 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Urteil vom 28. November 1996
- 10 Sa 637/96 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Widerspruch bei Betriebsübergang

Gesetz:

BGB §§ 242, 293 ff., 613 a, 615

Leitsätze:

1. Der Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses gem. § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB ist im Regelfall bis zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs zeitlich unbefristet zulässig (Bestätigung des BAG Urteils vom 17. November 1977 - 5 AZR 618/76 - AP Nr. 10 zu § 613 a BGB, zu I 2 der Gründe).

2. Ein böswilliges Unterlassen des Erwerbs beim neuen Betriebsinhaber (§ 615 Satz 2 BGB) ist nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil der Arbeitnehmer das Widerspruchsrecht wirksam ausgeübt hat.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

8 AZR 139/97

10 Sa 637/96 Köln

Verkündet am
19. März 1998

Klapp,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. März 1998 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ascheid, die Richter Dr. Müller-Glöge und Dr. Mikosch sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Haible und Brückmann für Recht erkannt:



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 28. November 1996 - 10 Sa 637/96 - aufgehoben, soweit es über den Feststellungsantrag entschieden hat.

Insoweit wird die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 24. Januar 1996 - 9 Ca 792/95 - zurückgewiesen.

Die weitergehende Revision der Klägerin wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin 7/8, der Beklagte 1/8 zu tragen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über den Bestand ihres Arbeitsverhältnisses im Anschluß an einen Betriebsübergang sowie über Vergütungsansprüche.

Der Beklagte war Inhaber der R -Apotheke in K -

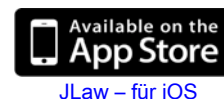
. Die Klägerin arbeitete dort seit dem 1. September 1991 als Apothekerin. Ihr Monatsgehalt betrug zuletzt 4.350,00 DM brutto zuzüglich 78,00 DM vermögenswirksame Leistungen.

Am 14. November 1994 teilte der Beklagte seinen Arbeitnehmern mit, er werde die Apotheke zum Jahresende veräußern, Erwerber sei wahrscheinlich der Apotheker F , dieser sei jedenfalls der aussichtsreichste Kandidat.

Im November und Dezember 1994 kam es dann zu verschiedenen Gesprächen zwischen der Klägerin und Herrn F . Spätestens



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



am 14. Dezember 1994 erfuhr die Klägerin endgültig von dem Erwerb der Apotheke durch Herrn F mit Wirkung ab 1. Januar 1995. In einem Telefongespräch vom 23. Dezember 1994 ging es u.a. um die Vertragsbedingungen der Klägerin. Herr F schickte der Klägerin hierzu am 27. Dezember 1994 folgendes Telefax:

"Wunschgemäß bestätige ich Ihnen die arbeitsvertragsrelevanten Daten, wie ich sie von Ihnen und Herrn B aufgenommen habe. Selbstverständlich können wir diese Angaben in einen Dienstvertrag übernehmen und eventuell, sofern ich jetzt etwas vergessen haben sollte, ergänzen.

Das Gehalt beträgt 4.500,00 DM.

Die Arbeitszeit ist:

Montag, Dienstag, Donnerstag, Freitag von 8.30 - 13.00 Uhr und von 15.00 - 18.30 Uhr
Mittwoch und Samstag von 8.30 - 13.00 Uhr.

Für Sie gilt eine Sondervereinbarung bezüglich der Samstage. Sie arbeiten nur an 10 Samstagen im Jahr. Wegen der Apothekenübernahme durch mich, fallen diese Samstage voraussichtlich in den ersten Wochen des Jahres 1995 an.

Daraus errechnet sich eine Wochenarbeitszeit von 36,5 Stunden + 10 Samstage á 4,5 Stunden = 45 Stunden, also durchschnittlich nicht ganz 37,5 Stunden.

Der Urlaub beträgt 4,5 Wochen zuzüglich der "volkstümlichen und rheinischen Feiertage", also ca. 5 Wochen.

Die Apotheke übernimmt auf Wunsch die Kittelreinigung.

Die Apotheke stellt während der Arbeitszeit Kaffee und Mineralwasser als Getränk bereit.

Sollte ich einen Punkt vergessen haben, bitte ich um Nachricht, damit ich ihn ergänzen kann."

Daraufhin erklärte die Klägerin am 27. Dezember 1994 gegenüber dem Beklagten und gegenüber Herrn F, sie widerspreche der Übernahme des Arbeitsverhältnisses durch Herrn



F . Noch am selben Tage teilte der Beklagte der Klägerin mit, deren Widerspruch sei verspätet, das Arbeitsverhältnis gehe auf den Erwerber F über. Weiter heißt es in dem Schreiben:

"Nur äußerst vorsorglich für den Fall, daß der Widerspruch noch als rechtzeitig angesehen wird, kündige ich Ihnen hiermit das Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 31.03.1995.

Ich weise in jedem Fall darauf hin, daß Sie die Möglichkeit haben, Ihre Tätigkeit bei Herrn F durchzuführen, so daß in keinem Falle Zahlungsansprüche gegen mich geltend gemacht werden können."

Mit Anwaltsschreiben vom 2. Januar 1995 ließ die Klägerin dem Beklagten mitteilen, sie sei mit der Kündigung zum 31. März 1995 einverstanden und biete ihre Arbeitskraft bis dahin ausdrücklich an; jedoch sei die Fortsetzung ihrer Tätigkeit für den Beklagten an ihrer bisherigen Wirkungsstätte nicht möglich.

Die Klägerin hat behauptet, sie habe erst am 14. Dezember 1994 hinreichende Kenntnis von dem Betriebsübergang erlangt. Aufgrund des Telefongesprächs vom 23. Dezember 1994 und des Telefaxes vom 27. Dezember 1994 habe sie die Erkenntnis gewonnen, daß ihre Arbeitsbedingungen, insbesondere die Pflicht zur Samstagsarbeit und der Urlaubsanspruch, zu ihrem Nachteil verändert werden sollten. Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, ihr Widerspruch sei rechtzeitig erfolgt. Das Arbeitsverhältnis habe mit dem Beklagten über den 31. Dezember 1994 hinaus bis zum 31. März 1995 fortbestanden. Der Beklagte schulde für diesen Zeitraum die vereinbarte Vergütung einschließlich des anteiligen 13. Monatsge-



halts wegen Annahmeverzugs unter Berücksichtigung des Arbeitslo-
sengeldes von 297,50 DM. Eine weitere Arbeitsleistung in der
R -Apotheke sei ihr nicht mehr zumutbar gewesen.

Die Klägerin hat beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien bis zum 31. März 1995 fortbestanden habe,
2. den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin zu zahlen:
 - a) 13.050,00 DM brutto abzüglich 297,50 DM netto nebst 4 % Zinsen aus dem Nettobetrag seit dem 28. Februar 1995,
 - b) 234,00 DM als vermögenswirksame Leistung auf das Konto der Klägerin bei der LBS Hannover, Kto-Nr.: 500/881/4779,
 - c) 1087,50 DM brutto nebst 4 % Zinsen aus dem Nettobetrag seit dem 31. März 1995.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat behauptet, Herr F habe der Klägerin schon am 19. und 26. November 1994 ausdrücklich und abschließend bestätigt, er werde die Apotheke übernehmen. Herr F habe mehrfach seine Bereitschaft ausgedrückt, die Arbeitsbedingungen der Klägerin unverändert zu lassen, er habe sogar ein höheres Gehalt angeboten. Demgegenüber habe die Klägerin versucht, durch teilweise unrichtige Darstellung ihrer Arbeitsbedingungen dieselben zu verbessern; die arbeitsvertragliche Geltung des Tarifvertrags habe sie nicht erwähnt. Der Betriebserwerber habe auf die weitere Zusammenarbeit mit der Klägerin vertraut und sei darauf angewiesen gewesen. Der Widerspruch sei nach dem Verhalten der Klägerin völlig überraschend und verspätet erfolgt. Das Widerspruchsrecht sei



auch nach Treu und Glauben verwirkt gewesen. Aber selbst dann, wenn ein rechtzeitiger und wirksamer Widerspruch angenommen werde, bestehe keine Zahlungspflicht; der Klägerin sei es nämlich zumutbar gewesen, ihre Tätigkeit für die Dauer der Kündigungsfrist zu den unveränderten Bedingungen fortzusetzen. Auf die entsprechende Bereitschaft des Erwerbers sei sie wiederholt hingewiesen worden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

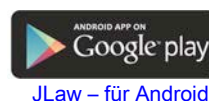
Die Revision ist nur hinsichtlich des Feststellungsantrags begründet, hinsichtlich des Zahlungsantrags dagegen unbegründet.

I. Der Klagantrag Ziff. 1 ist begründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht ab dem 1. Januar 1995 gem. § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Erwerber der R -Apotheke übergegangen. Vielmehr hat es aufgrund des Widerspruchs der Klägerin über den 31. Dezember 1994 hinaus zwischen den Parteien fortbestanden und aufgrund der Kündigung vom 27. Dezember 1994 erst zum 31. März 1995 geendet.

1. Die Voraussetzungen des § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB für einen Betriebsübergang liegen vor, wie zwischen den Parteien nicht



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



streitig ist. Die R -Apotheke stellte einen Betrieb dar. Der Beklagte als bisheriger Inhaber hat diesen Betrieb mit Wirkung vom 1. Januar 1995 in Erfüllung eines Kaufvertrags auf den neuen Inhaber übertragen. Das Arbeitsverhältnis der Parteien bezog sich auf diesen Betrieb, da die Klägerin in der R Apotheke beschäftigt war. Die Entscheidung über den Feststellungsantrag hängt damit ausschließlich von der Bedeutung des Widerspruchs vom 27. Dezember 1994 ab. Allein hierdurch konnte die Rechtsfolge des § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB - Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwischen der Klägerin und dem Beklagten und Eintritt des Betriebserwerbers F auf Arbeitgeberseite in das Arbeitsverhältnis - verhindert werden.

2. Der Arbeitnehmer kann dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses im Rahmen eines Betriebsübergangs widersprechen.

a) Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers ist in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seit langem anerkannt und mehrfach ausführlich begründet worden. Es steht in Einklang mit übergeordnetem europäischen Recht. Einer erneuten Auseinandersetzung mit kritischen Stimmen bedarf es nicht (vgl. nur BAG Urteil vom 21. Mai 1992 - 2 AZR 449/91 - BAGE 70, 238, 250 ff. = AP Nr. 96 zu § 613 a BGB, zu B II 4 b bb der Gründe; BAG Urteil vom 7. April 1993 - 2 AZR 449/91 (B) - AP Nr. 22 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, zu II 3 der Gründe; BAG Urteil vom 22. April 1993 - 2 AZR 313/92 - AP Nr. 102 zu § 613 a BGB, zu B III, IV der Gründe; BAG Urteil vom 22. April 1993 - 2 AZR 50/92 - AP Nr. 103 zu § 613 a BGB mit Anm. Moll, zu II 2, 3 der Gründe; Senatsurteil vom 21. November 1996 - 8 AZR 265/95 -, n.v., zu I 1 der Gründe).



b) Die Ausübung des Widerspruchsrechts im Einzelfall bedarf nicht eines irgendwie gearteten sachlichen Grundes. Ob der Arbeitnehmer sich einem gesetzlichen Schuldnerwechsel unterwerfen will, liegt allein in seiner Beurteilung. Die in der Rechtsprechung für das Widerspruchsrecht angeführten Gründe würden entwertet, wenn der Widerspruch auf sachliche und damit objektivierbare Gründe hin überprüft würde. Allerdings ist der widersprechende Arbeitnehmer nicht ohne weiteres vor faktischen und rechtlichen Nachteilen geschützt, die mit dem Widerspruch verbunden sein können. Nachteilige Folgen ergeben sich regelmäßig insbesondere daraus, daß der bisherige Arbeitgeber nach dem Betriebsübergang keine oder nur noch eine eingeschränkte Beschäftigungsmöglichkeit für den widersprechenden Arbeitnehmer hat (vgl. § 1 Abs. 2 KSchG). Derartige Nachteile muß der Arbeitnehmer grundsätzlich in Kauf nehmen (vgl. BAG Urteil vom 15. Februar 1984 - 5 AZR 123/82 - BAGE 45, 140, 143 f. = AP Nr. 37 zu § 613 a BGB, zu II 3 der Gründe; BAG Urteil vom 7. April 1993, aaO, zu II 4, 5 der Gründe; Senatsurteil vom 21. November 1996, aaO, zu I 3 a der Gründe).

c) Rechtsfolge des wirksam erklärten Widerspruchs ist der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zum bisherigen Arbeitgeber. Die in § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB angeordnete Rechtsfolge des Betriebsübergangs für das Arbeitsverhältnis 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 - aufzuzwingen.



3. Der Widerspruch der Klägerin vom 27. Dezember 1994 war wirksam.

a) Der Widerspruch des Arbeitnehmers kann kraft Vertrages ausgeschlossen sein. Der Arbeitnehmer kann sich etwa verpflichten, keinen Widerspruch zu erklären. Dann ist der gleichwohl ausgesprochene Widerspruch nicht nur vertragswidrig, sondern auch unwirksam und unbeachtlich. Dasselbe gilt, wenn der Arbeitnehmer mit dem bisherigen Arbeitgeber oder mit dem neuen Arbeitgeber den Übergang des Arbeitsverhältnisses vereinbart hat (vgl. BAG Urteil vom 15. Februar 1984, aaO, zu III 2 a der Gründe). Ein Vertrag zu Lasten Dritter liegt entgegen Herschel (Anm. zu BAG, aaO, AP Nr. 37 zu § 613 a BGB) nicht vor, da der Betriebserwerber ohnehin an § 613 a BGB gebunden ist. Ist mit dem Betriebserwerber ein neues Arbeitsverhältnis vereinbart worden, kann das Widerspruchsrecht des sich nunmehr auf § 613 a BGB berufenden Arbeitnehmers zweifelhaft sein. Schließlich kann der Widerspruch nach der allgemeinen Vorschrift des § 242 BGB ausgeschlossen sein, etwa wegen Verwirkung oder widersprüchlichen Verhaltens.

b) Diese Voraussetzungen für den Ausschluß des Widerspruchsrechts liegen im Streitfalle nicht vor. Die Klägerin hat weder ausdrücklich noch konkludent eine Erklärung dahingehend abgegeben, sie werde dem Übergang des Arbeitsverhältnisses nicht widersprechen, sie werde das Arbeitsverhältnis bei Herrn F fortsetzen oder sie werde weiter in der R -Apotheke arbeiten. Auch ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist nicht ersichtlich. Wenn die Klägerin nach Kenntnis von dem bevorstehenden



Betriebsübergang mit dem Erwerber über Arbeitsbedingungen verhandelt hat, so hat das keinen entsprechenden rechtsgeschäftlichen Erklärungswert und begründet auch kein berechtigtes Vertrauen des Erwerbers. Dem Vortrag beider Parteien läßt sich gerade nicht entnehmen, daß eine Willenseinigung über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen Bedingungen zustande gekommen sei und es nur noch um die beiderseitige Feststellung des bisherigen Vertragsinhalts gegangen sei. Das Verhalten der Klägerin mag für die übrigen Beteiligten überraschend gewesen sein, widersprüchlich oder treuwidrig war es nicht. Schließlich hat es keine Schädigung des Beklagten bewirkt; dieser hätte mit der dreimonatigen Kündigungsfrist zum Quartalsende des § 14 BRTV für Apothekenmitarbeiter in jedem Falle erst zum 31. März 1995 kündigen können.

c) Der Widerspruch war nicht wegen Zeitablaufs unwirksam, sondern rechtzeitig.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der Arbeitnehmer grundsätzlich bis zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs widersprechen. Er muß sich nicht ab Kenntnis von dem bevorstehenden Betriebsübergang innerhalb eines bestimmten Zeitraumes erklären, wenn er dazu nicht aufgefordert wird. Nach dem Betriebsübergang kann nur noch unverzüglich widersprochen werden. Solange der Arbeitnehmer von dem Betriebsübergang nichts weiß, bleibt es jedoch in der Regel bei dem Widerspruchsrecht. Ab Kenntniserlangung, etwa durch Unterrichtung seitens des Arbeitgebers, bedarf es der unverzüglichen Ausübung; dabei wird im Anschluß an die §§ 4, 7 KSchG eine Erklärungsfrist von höchstens



drei Wochen angenommen (vgl. BAG Urteil vom 17. November 1977 - 5 AZR 618/76 - AP Nr. 10 zu § 613 a BGB, zu I 2 der Gründe; BAG Urteil vom 15. Februar 1984, aaO, zu III 1 der Gründe; BAG Urteil vom 22. April 1993 - 2 AZR 313/92 - AP Nr. 102 zu § 613 a BGB, zu B V der Gründe; BAG Urteil vom 22. April 1993 - 2 AZR 50/92 - AP Nr. 103 zu § 613 a BGB, zu II 4 der Gründe). Diese Rechtsprechung hat in der Literatur überwiegend Zustimmung gefunden (vgl. nur KR-Pfeiffer, 4. Aufl., § 613 a BGB Rz 63; Kasseler Handbuch/Hattesen, 1.7 Rz 102; Kittner/Trittin, KSchR, 3. Aufl., § 613 a BGB Rz 123 ff.; MünchArbR/Wank, § 120 Rz 96; Erman/Hanau, BGB, 9. Aufl., § 613 a Rz 54 ff.).

bb) Im Streitfall geht es nur um den Widerspruch vor Betriebsübergang. Der Senat hält entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts daran fest, daß dieser nicht fristgebunden ist. Dafür sprechen die Gründe, die zur Einräumung des Widerspruchsrechts überhaupt führen. Längere Zeit vor dem Betriebsübergang hat der Arbeitnehmer häufig keinen Anlaß, dem Betriebsübergang zu widersprechen, auch wenn er dessen Zeitpunkt und den Betriebserwerber kennt. Gründe für den Widerspruch können sich dann aber noch bis zum Betriebsübergang ergeben. Die entscheidende Zäsur für den Arbeitnehmer tritt erst mit dem Übergang des Betriebs ein. Die Übertragung der Grundsätze über den Widerspruch nach Betriebsübergang auf den Widerspruch vor Betriebsübergang würde schon deshalb der unterschiedlichen Situation nicht gerecht. Es bedarf im Streitfall keiner Klärung, inwieweit etwa der Arbeitgeber eine vorzeitige Entscheidung herbeiführen kann. Insbesondere mag dahinstehen, ob er dem Arbeitnehmer eine vor dem Betriebsübergang ablaufende Frist mit der Folge setzen kann, daß der Ar-



beitnehmer nur noch innerhalb dieser Frist widersprechen kann; denn der Klägerin ist eine Frist nicht, auch nicht konkludent, gesetzt worden. Den Interessen des bisherigen Arbeitgebers wird durch die Möglichkeit zur Kündigung in Zweifelsfällen ausreichend Rechnung getragen. Der Übernehmer dürfte regelmäßig in der Lage sein, rechtzeitig eine bindende Erklärung des Arbeitnehmers herbeizuführen.

cc) Da die Klägerin dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses vor dem Betriebsübergang widersprochen hat, kommt es nicht darauf an, ob sie erst seit dem 14. Dezember 1994 oder schon seit November 1994 von dem bevorstehenden Betriebsübergang Kenntnis hatte.

d) Der Widerspruch war auch im übrigen ordnungsgemäß. Die Klägerin hat ihn zutreffend gegenüber dem Beklagten und zusätzlich noch gegenüber dem Betriebserwerber erklärt.

II. Die geltend gemachten Zahlungsansprüche stehen der Klägerin nicht zu.

1. Allerdings liegen die Voraussetzungen des § 615 Satz 1 BGB vor. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestand, wie dargelegt, fort. Der Beklagte befand sich während des gesamten Zeitraums von Januar bis März 1995 mit der Annahme der Arbeit in Verzug. Er nahm die ihm angebotene Arbeitsleistung nicht an (§ 293 BGB). Nach § 295 Satz 1 BGB genügte das wörtliche Angebot der Klägerin im Schreiben vom 2. Januar 1995, da der Beklagte die Annahme der Leistung abgelehnt und auf den Betriebserwerber verwiesen hatte. Ob das Angebot der Klägerin darüber hinaus nach



§ 296 Satz 1 BGB überflüssig war, bedarf keiner Entscheidung (vgl. für den Fall der unwirksamen Arbeitgeberkündigung zuletzt BAG Urteil vom 24. November 1994 - 2 AZR 179/94 - BAGE 78, 333, 336 ff. = AP Nr. 60 zu § 615 BGB, zu II der Gründe). Die Klägerin konnte daher für die infolge des Annahmeverzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein.

2. Die Klägerin hat jedoch anderweitigen Erwerb in der R
-Apotheke im Sinne von § 615 Satz 2 BGB böswillig unterlassen.
Dessen Wert muß sie sich anrechnen lassen, so daß ihre Vergütungsansprüche im Ergebnis entfallen.

a) Die Anwendung aller drei Alternativen des § 615 Satz 2 BGB kommt in Betracht, wenn der bisherige Betriebsinhaber im Anschluß an den Betriebsübergang gegenüber einem widersprechenden Arbeitnehmer in Annahmeverzug gerät. Ein böswilliges Unterlassen des Erwerbs beim neuen Betriebsinhaber ist nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil das Widerspruchsrecht zulässigerweise ausgeübt wurde; denn der Widerspruch ist nicht an sachliche Gründe gebunden, sondern stellt lediglich die Erklärung dar, bei dem Betriebserwerber nicht arbeiten zu wollen. Die Rechtsordnung akzeptiert diese Erklärung, ohne daß damit ein positives oder negatives Werturteil verbunden ist. Wertungen in anderen Vorschriften, z.B. in § 615 Satz 2 BGB, bleiben unberührt. Ein besonderer Schutz für den Arbeitnehmer, der das Widerspruchsrecht ausübt und damit eine der außerordentlichen Kündigung ähnliche Gestaltung bewirkt, ist nicht unabhängig von dem jeweiligen Grund des Widerspruchs geboten. So kann der Widerspruch zum Verlust eines Sozi-



alplananspruchs (BAG Urteil vom 5. Februar 1997 - 10 AZR 553/96 - AP Nr. 112 zu § 112 BetrVG 1972, zu II 1, 2 der Gründe, m.w.N.) oder im Ergebnis zur Minderung eines Nachteilsausgleichsanspruchs (vgl. BAG Urteil vom 10. Dezember 1996 - 1 AZR 290/96 - AP Nr. 32 zu § 113 BetrVG 1972, zu B II der Gründe) führen.

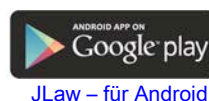
b) Der Arbeitnehmer handelt böswillig, wenn ihm ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, daß er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände (Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit der Arbeit, nachteilige Folgen für den Arbeitgeber) vorsätzlich untätig bleibt oder die Aufnahme der Arbeit bewußt verhindert (BAG Urteil vom 18. Oktober 1958 - 2 AZR 291/58 - AP Nr. 1 zu § 615 BGB Böswilligkeit, zu II der Gründe; BAG Urteil vom 18. Januar 1963 - 5 AZR 200/62 - AP Nr. 22 zu § 615 BGB, zu II 4 a, b der Gründe; BAG Urteil vom 18. Juni 1965 - 5 AZR 351/64 - AP Nr. 2 zu § 615 BGB Böswilligkeit, zu 1 b der Gründe; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 8. Aufl., § 95 II 4 = S. 803 f., m.w.N.; Erman/Hanau, BGB, 9. Aufl., § 615 Rz 42 f., 45 f.; für den Fall des Widerspruchs bei Betriebsübergang vgl. BAG Urteil vom 17. November 1977 - 5 AZR 618/76 - AP Nr. 10 zu § 613 a BGB, zu II der Gründe).

c) Die genannten Voraussetzungen des § 615 Satz 2, 3. Altern. BGB liegen im Streitfalle vor. Der Senat kann diese vom Landesarbeitsgericht ausdrücklich offengelassene Frage selbst abschließend entscheiden. Die Parteien haben von Anfang an gerade auch hierüber gestritten und entsprechenden Vortrag geleistet. Der Sachverhalt ist hinreichend geklärt.



Die Klägerin wußte, daß sie - unabhängig von dem Widerspruch gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses - weiterhin in der R -Apotheke arbeiten konnte, und zwar auch nur für drei Monate. Der Unternehmer war in der ersten Zeit nach dem Betriebsübergang geradezu auf ihre Weiterarbeit angewiesen. Er hatte, jedenfalls aus seiner Sicht, unveränderte Arbeitsbedingungen angeboten. Der Klägerin wäre es ohne weiteres zumutbar gewesen, etwaige Mißverständnisse des Unternehmers auszuräumen. Sie hatte keinen berechtigten Anlaß anzunehmen, daß ihre Arbeitsbedingungen nachteilig geändert werden sollten. Ein Streit über die zutreffenden Arbeitsbedingungen war nach ihrem Vortrag nicht zu erwarten. § 615 Satz 2 BGB erklärt die Aufnahme der Arbeit bei einem anderen Arbeitgeber gerade nicht für grundsätzlich unzumutbar. Vielmehr müssen konkrete Umstände, z.B. aus der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen, die Unzumutbarkeit der anderweitigen Arbeit ergeben. Das ist nach dem unstreitigen Sachverhalt und dem streitigen Sachvortrag der Klägerin nicht der Fall. Die Klägerin wäre an demselben Arbeitsplatz mit derselben Tätigkeit und zu denselben Arbeitsbedingungen tätig geblieben. Bedenken aus der Person des neuen Arbeitgebers hat sie nicht vorgebracht.

Die Klägerin hatte demnach eine Obliegenheit, ab dem 1. Januar 1995 die Arbeit bei Herrn F aufzunehmen. Dazu brauchte sie nicht auf den Widerspruch zu verzichten. Deshalb kann dahinstehen, ob gerade dies in Verbindung mit einer fristgerechten Kündigung gegenüber Herrn F von ihr verlangt werden konnte. Vielmehr stand einem befristeten Arbeitsverhältnis bei diesem auch im Anschluß an ihren Widerspruch nichts entgegen.



Die Klägerin hat die Aufnahme der Arbeit ohne ausreichenden Grund bewußt abgelehnt, obwohl sie die Folgen kannte. Sie wußte, daß der Beklagte, der keine andere Apotheke in K betrieb, ihr ab dem 1. Januar 1995 keine vertragsgemäße Arbeit mehr anbieten konnte.

d) Der anderweitige Erwerb hätte genau dem Einkommen entsprechen, das die Klägerin mit der Klage geltend macht. Die volle Anrechnung führt zur Abweisung der Zahlungsklage als unbegründet.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Der Feststellungsantrag tritt hinter den Zahlungsantrag deutlich, aber nicht vollständig zurück.

Ascheid

Müller-Glöße

Mikosch

Dr. Haible

Brückmann



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)

