

Aktenzeichen: 8 AZR 176/08
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 19. Februar 2009
- 8 AZR 176/08 -

I. Arbeitsgericht
Leipzig

Urteil vom 24. Januar 2007
- 17 Ca 4381/06 -

II. Sächsisches
Landesarbeitsgericht

Urteil vom 10. Januar 2008
- 8 Sa 181/07 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Betriebsübergang - Rechtsmissbräuchlichkeit des Widerspruchs gegen
den Übergang des Arbeitsverhältnisses

Gesetz:

§§ 242, 613a Abs. 6 BGB

Leitsatz:

Die Ausübung des Widerspruchsrechts des § 613a Abs. 6 BGB kann im
Einzelfall rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB) sein.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDEsarbeitsgericht



8 AZR 176/08
8 Sa 181/07
Sächsisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. Februar 2009

URTEIL

Diederich, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Februar 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Schuster und Schulz für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 10. Januar 2008 - 8 Sa 181/07 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen über den 1. August 2006 hinaus ein Arbeitsverhältnis bis jedenfalls zum 30. September 2007 bestanden hat oder ob dieses aufgrund eines Betriebsteilübergangs am 1. August 2006 auf die P Immobilien Vertriebsgesellschaft mbH (*P GmbH*) übergegangen ist. 1

Der Kläger war bei der Beklagten, die ca. 1.800 Mitarbeiter beschäftigt, seit dem 1. September 1991 als Angestellter vollzeitbeschäftigt. Er ist schwerbehinderter Mensch mit einem Grad der Behinderung von 50 und Mitglied des Personalrats; seine Vergütung betrug zuletzt 2.849,56 Euro brutto. 2

Für das Immobiliengeschäft (*Vermittlung und Finanzierung*) unterhielt die Beklagte vier Immobiliencenter, in deren Bereich auch der Kläger arbeitete. Am 13. April 2006 beschloss die Beklagte, das Immobilienvermittlungsgeschäft nicht mehr selbst zu betreiben, sondern es aus den Immobiliencentern herauszulösen und auf ihre Tochtergesellschaft P GmbH zu übertragen. Davon unterrichtete die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 11. Juli 2006 und informierte ihn, dass die Übertragung des Immobilienmaklergeschäfts auf die P GmbH einen Betriebsübergang darstelle, der für den 1. August 2006 geplant sei. Infolge des Betriebsübergangs gehe das Arbeitsverhältnis des Klägers auf die P GmbH am 1. August 2006 über; der Kläger könne dem widersprechen. 3



Mit Schreiben vom 26. Juli 2006 legte der Kläger „ausdrücklich Widerspruch gegen den Betriebsübergang nach § 613a Abs. 6 BGB ein“. Er verwies vorsorglich auf seine Tätigkeit als Personalrat und erklärte seine Bereitschaft, im Wege der Personalgestellung seine Tätigkeit als Beschäftigter der Beklagten „auch für die P Immobilien Vertriebsgesellschaft mbH auszuüben“.

4

Mit Schreiben vom 1. August 2006 bestätigte die Beklagte, dass sie mit Bedauern den Widerspruch des Klägers zur Kenntnis genommen habe. Eine Prüfung habe ergeben, dass eine Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger bei ihr nicht bestehe. Die vom Kläger vorgeschlagene Beschäftigung bei der P GmbH im Wege der Personalgestellung sei rechtlich nicht möglich. Es werde daher eine betriebsbedingte Kündigung vorbereitet. Außerdem kündigte die Beklagte eine schriftliche Freistellung des Klägers an, die mit gesondertem Schreiben vom selben Tage unter Fortzahlung der vertragsgemäßen Vergütung ausgesprochen wurde.

5

Am 1. August 2006 übernahm die P GmbH von der Beklagten das klassische Maklergeschäft sowie von der Gruppe Immobilien Development deren Vertrieb. Neben den zu verkaufenden Immobilien wurden die Kundendateien, Betriebsmittel sowie die als Fachberater Immobilien tätigen Beschäftigten sowie ihre Assistenten übernommen. Der Kläger nahm mit dem Geschäftsführer Pr der P GmbH Verhandlungen über einen Arbeitsvertrag auf und teilte diesem mit E-Mail vom 3. August 2006 seine Gehaltsvorstellungen mit. Eine Einigung kam nicht zustande. Am 11. August 2006 erläuterte der Kläger der Beklagten mündlich die Bedingungen seiner Bereitschaft zum Wechsel. Diese wies daraufhin mit Schreiben vom selben Tag den Widerspruch des Klägers wegen Rechtsmissbräuchlichkeit zurück. Damit bestehe das Arbeitsverhältnis des Klägers ausschließlich mit der P GmbH; die Beklagte gehe selbstverständlich davon aus, dass der Kläger dieser Gesellschaft als seiner Arbeitgeberin unverzüglich seine Arbeitsleistung anbieten werde. Mit Schreiben vom 14. August 2006 stellte die P GmbH den Kläger bis auf Weiteres wegen der ungeklärten Rechtslage unter Fortzahlung des Gehalts von der Arbeitsleistung frei. Sie lud ihn ferner für den 17. August 2006 zu einem Abstimmungsgespräch ein. Ab dem 18. August 2006 erbrachte der Kläger sodann

6



für die P GmbH Arbeitsleistungen an seinem bisherigen Arbeitsplatz. Mit Schreiben vom 21. August 2006 teilte die Beklagte dem Kläger mit, die von ihr für August 2006 bereits erteilte Gehaltsabrechnung müsse korrigiert werden, da der Kläger seit 1. August 2006 nicht mehr ihr Mitarbeiter sei. Dem widersprach der Kläger mit Schreiben vom 7. September 2006, indem er darauf beharrte, nach wie vor Arbeitnehmer der Beklagten zu sein und lediglich im Wege einer Personalgestellung bei der P GmbH eingesetzt zu sein. Weder habe er seinen Widerspruch zurückgenommen noch sei er mit einer vertraglichen Überleitung einverstanden. Demgegenüber wiederholte die Beklagte mit Schreiben vom 11. September 2006 ihre Auffassung, der Widerspruch des Klägers sei rechtsmissbräuchlich. Nach Erhalt des entsprechenden Schreibens vom 11. August 2006 habe der Kläger sowohl gegenüber der Beklagten als auch gegenüber der P GmbH erklärt, dass er bei der P GmbH jetzt uneingeschränkt tätig sei und dies so akzeptiere. Darauf hat der Kläger mit Eingang am 19. September 2006 beim Arbeitsgericht Klage auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten und Weiterbeschäftigung durch diese erhoben. Widerklagend hat die Beklagte erstinstanzlich die Feststellung begehrt, das Arbeitsverhältnis des Klägers habe aufgrund der als Kündigung zu wertenden Schreiben vom 11. August 2006 bzw. 21. August 2006 geendet. Nach dem erstinstanzlichen Urteil hat die Beklagte unter dem 29. März 2007 das Arbeitsverhältnis zum 30. September 2007 gekündigt. Die Kündigungsschutzklage des Klägers ist vom Arbeitsgericht im Hinblick auf den vorliegenden Rechtsstreit ausgesetzt worden.

Der Kläger hat seinen Widerspruch für wirksam und nicht rechtsmissbräuchlich gehalten. Zwar sei er nur bereit gewesen, mit der P GmbH ein Arbeitsverhältnis zu günstigeren Konditionen zu begründen. Dabei sei aber zu berücksichtigen, dass er aufgrund seiner Schwerbehinderung und der Mitgliedschaft im Personalrat bei der Beklagten einen besseren Kündigungsschutz und eine weitergehende Sozialabsicherung genieße. Die Beklagte habe auch Beschäftigungsmöglichkeiten für ihn. Im Gespräch vom 11. August 2006 habe die Beklagte ihm erklärt, er müsse seine Arbeitskraft der P GmbH anbieten, was er dann getan habe. Darin liege keine konkludente Rücknahme des Wider-

7



spruchs, sein Einsatz sei im Rahmen einer Personalgestellung erfolgt. Zweitinstanzlich hat der Kläger zudem in Abrede gestellt, dass überhaupt ein Betriebs(-teil)übergang vorliege, es handele sich allenfalls um eine Funktionsnachfolge.

Der Kläger hat zuletzt beantragt

8

festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht auf die P Immobilien Vertriebsgesellschaft mbH übergegangen ist, sondern über den 1. August 2006 hinaus jedenfalls bis zum 30. September 2007 mit der Beklagten fortbestanden hat.

Die Beklagte hat die Abweisung dieser Klage beantragt und die Auffassung vertreten, der Betriebsteil Immobilienvermittlung sei zum 1. August 2006 auf die P GmbH übergegangen. Diesem sei der Kläger zuzuordnen, da er jedenfalls ab dem 1. Februar 2003 wieder seine ursprüngliche Aufgabe als Immobilienvermittler wahrgenommen habe. Der Widerspruch des Klägers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses sei rechtsmissbräuchlich und nur erfolgt, um persönliche Vergünstigungen in Form einer Gehaltserhöhung oder eine Abfindung zu erlangen. Jedenfalls sei danach Einvernehmen zu der Überleitung des Arbeitsverhältnisses auf die P GmbH erzielt worden. Den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses zur Beklagten habe der Kläger zudem verspätet geltend gemacht. Insoweit sei § 4 KSchG analog anzuwenden. Schließlich habe der Kläger das Recht, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu verlangen, verwirkt. Außerdem seien die Schreiben vom 11. und vom 21. August 2006 als Kündigungen auszulegen. Beschäftigungsmöglichkeiten für den Kläger gebe es bei der Beklagten nicht.

9

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg, wobei das Landesarbeitsgericht klarstellend eine Feststellung gemäß dem vom Kläger in der Berufungsinstanz gestellten Antrag ausgeurteilt hat. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Ziel einer Abweisung der Feststellungsklage weiter.

10



Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist unbegründet. Da der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die P GmbH widersprochen hat, besteht sein Arbeitsverhältnis zur Beklagten jedenfalls bis zum 30. September 2007 fort. Weder der Widerspruch des Klägers noch sein Beharren auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses sind rechtsmissbräuchlich. Eine vertragliche Vereinbarung über den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die P GmbH wurde nicht getroffen. Die Beklagte hat das Arbeitsverhältnis im August 2006 auch nicht gekündigt.

11

A. Das Landesarbeitsgericht hat es als zweifelhaft angesehen, ob der Bereich der Immobilienvermittlung, dem der Kläger zuzuordnen sei, überhaupt als Betriebsteil iSd. § 613a BGB angesehen werden könne. Jedoch bestehe auch bei Annahme eines Betriebsteilübergangs ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien. Denn der Kläger habe dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses nach § 613a Abs. 6 BGB frist- und formgerecht widersprochen. Der Widerspruch verstoße nicht gegen Treu und Glauben, § 242 BGB. Im Rahmen seiner Vertragsfreiheit habe der Kläger versuchen dürfen, eine Beendigung seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten und den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages mit der P GmbH auszuhandeln. Dabei sei ihm ein vorrangiger Wille, das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fortzusetzen, nicht abzusprechen. Die Beklagte habe das Zustandekommen eines die Wirkung des Widerspruchs aufhebenden dreiseitigen Vertrags nicht darlegen können. Bei Berücksichtigung aller Umstände könne die Tätigkeit des Klägers für die P GmbH ab dem 18. August 2006 nicht als konkludente Zustimmung zu einem Arbeitgeberwechsel verstanden werden. Dem Kläger sei es auch nicht nach § 242 BGB verwehrt, sich auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu berufen. Für die Geltendmachung des Fortbestandes nach erklärtem Widerspruch gelte nicht die Frist nach § 4 KSchG analog.

12



- B. Die dagegen gerichteten Angriffe der zulässigen Revision bleiben ohne Erfolg. 13
- I. Die Feststellungsklage ist zulässig. 14
- Die Umformulierung des Feststellungsantrags in der Berufungsinstanz ist keine Klageänderung iSd. § 263 ZPO, da sich an dem von Anfang an verfolgten Klageziel, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses des Klägers zu der Beklagten über den 1. August 2006 hinaus gerichtlich feststellen zu lassen, nichts geändert hat. Auch die wegen der zwischenzeitlich ausgesprochenen Kündigung des Arbeitsverhältnisses erfolgte Beschränkung des Klageantrags auf die Zeit bis zum 30. September 2007 stellt keine Änderung der Klage dar, § 264 Nr. 2 ZPO. Für den ausschließlichen Streitgegenstand eines bestehenden Arbeitsverhältnisses kann der Kläger ein Feststellungsinteresse iSd. § 256 Abs. 1 ZPO in Anbetracht des Streits zwischen den Parteien und des weiteren, ausgesetzten Kündigungsschutzprozesses geltend machen. 15
- II. Der Kläger hat sein Klagerecht nicht verwirkt. 16
1. Das Recht, eine Klage zu erheben, kann verwirkt werden mit der Folge, dass eine gleichwohl erhobene Klage unzulässig ist (*BAG 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 20 mwN, EzAÜG AÜG § 10 Fiktion Nr. 114; 18. Dezember 2003 - 8 AZR 621/02 - BAGE 109, 136 = AP BGB § 613a Nr. 263 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 20*). Vorliegend ist aber bereits das erforderliche Zeitmoment nicht verwirklicht, da die Klage nicht erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums erhoben wurde. Die Beklagte hat erstmals mit Schreiben vom 11. August 2006 die Rechtsauffassung geäußert, zu ihr bestünde ein Arbeitsverhältnis nicht mehr. Die dagegen gerichtete Feststellungsklage ging am 19. September 2006 beim Arbeitsgericht ein und wurde der Beklagten am 5. Oktober 2006 zugestellt. Bei einem derart kurzen zeitlichen Verlauf kommt Prozessverwirkung nicht in Betracht. 17
2. Bei den in § 4 KSchG, § 17 Satz 1 TzBfG normierten Klagefristen für die Erhebung von Kündigungsschutzklagen und Befristungskontrollklagen handelt es sich um materiell-rechtliche Ausschlussfristen, deren Nichteinhaltung 18



zur Abweisung der Klage als unbegründet führt, nicht um prozessuale Fristen, deren Versäumung die Unzulässigkeit der Klage zur Folge hätte. § 4 KSchG und § 17 Satz 1 TzBfG regeln nicht Tatbestände der Prozessverwirkung (*BAG 10. Oktober 2007 - 7 AZR 487/06 - Rn. 13*). Als gesetzliche Ausnahmeregelungen über einen materiellen Rechtsverlust sind sie zudem nur in den durch den Norminhalt festgelegten Fällen anzuwenden.

III. Die Feststellungsklage ist begründet. Das Arbeitsverhältnis des Klägers bestand mit der Beklagten über den 1. August 2006 hinaus jedenfalls bis zum 30. September 2007 fort. 19

1. Das Landesarbeitsgericht hat nicht abschließend festgestellt, ob der Bereich „Immobilienvermittlung“ einen Betriebsteil iSd. des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB bei der Beklagten darstellte und ob dieser auf die P GmbH übergegangen ist. Es hat aber bei der weiteren Prüfung im Sinne des Vortrags der Beklagten und zu ihren Gunsten unterstellt, ein Betriebsteilübergang habe stattgefunden und der Kläger sei grundsätzlich dem übergegangenen Betriebsteil zuzuordnen gewesen. Daher kommt es auf die von der Revision in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen nicht an; das angefochtene Urteil kann in der Frage des Betriebsteilübergangs gerade nicht auf einer Verletzung von Verfahrensrecht beruhen, § 73 Abs. 1 Satz 1 ArbGG. 20

2. Der Kläger hat den Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die P GmbH form- und fristgerecht erklärt. 21

a) Das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (*24. Juli 2008 - 8 AZR 1020/06 - Rn. 43; 13. Juli 2006 - 8 AZR 382/05 - Rn. 21 mwN, AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 57*) sowie der herrschenden Auffassung im Schrifttum (*MünchKommBGB/Müller-Glöge 5. Aufl. § 613a Rn. 115; ErfK/Preis 9. Aufl. § 613a BGB Rn. 97; Franzen RdA 2002, 258, 263*) ein Gestaltungsrecht in der Form eines Rechtsfolgenverweigerungsrechts, das durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt wird. Der Widerspruch wirkt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeits- 22



gerichts auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück (24. Juli 2008 - 8 AZR 1020/06 - Rn. 44; 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - Rn. 41, BAGE 119, 91 = AP BGB § 613a Nr. 312 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 56; 13. Juli 2006 - 8 AZR 382/05 - Rn. 37 mwN, aaO).

b) Ob die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 11. Juli 2006 den ihr nach § 613a Abs. 5 BGB obliegenden Unterrichtungspflichten genügt hat, kann dahinstehen. Denn der Kläger hat unter dem 26. Juli 2006, also innerhalb eines Monats nach Erhalt der Information, den Widerspruch gegenüber der Beklagten erklärt. Die gesetzlich verlangte Schriftform hat er gewahrt (§ 613a Abs. 6 BGB in Verb. mit § 126 Abs. 1 BGB). Dass der Kläger Widerspruch „gegen den Betriebsübergang“ eingelegt hat, ist unschädlich, zumal er im Widerspruchsschreiben ausdrücklich formuliert, Beschäftigter der Beklagten zu sein und zu bleiben.

c) Einer Begründung des Widerspruchs bedurfte es ebenso wenig wie es für die wirksame Ausübung des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB eines sachlichen Grundes bedurfte. Bereits vor Kodifizierung des § 613a Abs. 6 BGB war die Angabe eines Grundes für die Ausübung des Widerspruchsrechts ebenso wenig von Belang wie das zugrunde liegende Motiv des Widersprechenden (BAG 30. Oktober 2003 - 8 AZR 491/02 - mwN, BAGE 108, 199 = AP BGB § 613a Nr. 262 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 16). Dem Gesetzgeber war die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Widerspruchsrecht bekannt (BT-Drucks. 14/7760 S. 20), gleichwohl hat er bei der Einfügung von § 613a Abs. 6 BGB außer dem Schriftformerfordernis und der Frist keine weiteren Voraussetzungen genannt. Auch nach der zum 1. April 2002 in Kraft getretenen gesetzlichen Regelung bedarf es daher keines sachlichen Grundes für die Ausübung des Widerspruchs (BAG 15. Februar 2007 - 8 AZR 310/06 - Rn. 17 mwN, AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 66).

3. Der Widerspruch vom 26. Juli 2006 ist nicht nach § 242 BGB unwirksam, da er weder treuwidrig noch rechtsmissbräuchlich ist.



a) Der Vorschrift des § 242 BGB, nach der der Schuldner verpflichtet ist, eine Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, ist der das gesamte Rechtsleben beherrschende Grundsatz zu entnehmen, dass jedermann in Ausübung seiner Rechte und Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln hat. Auch das durch § 613a Abs. 6 BGB normierte Widerspruchsrecht unterliegt den allgemeinen Schranken der Rechtsordnung und somit einer Rechtsmissbrauchskontrolle nach § 242 BGB (*BAG 30. September 2004 - 8 AZR 462/03 - mwN, BAGE 112, 124 = AP BGB § 613a Nr. 275 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 28*). Welche Anforderungen sich aus Treu und Glauben ergeben, lässt sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls entscheiden, bei einem institutionellen Rechtsmissbrauch bestimmen sich die Voraussetzungen und Grenzen im Wesentlichen durch das betroffene Rechtsinstitut (*BAG 30. September 2004 - 8 AZR 462/03 - aaO*).

26

b) Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten liegt nicht bereits dann vor, wenn der Arbeitnehmer keine sachlichen Gründe für den Widerspruch hat. Die Motive, die den Gesetzgeber zur Kodifizierung des Widerspruchsrechts bewogen haben, können zur Auslegung der Gesetzesnorm nur insoweit herangezogen werden, als sie im Gesetz erkennbaren Ausdruck gefunden haben (*vgl. auch BAG 17. Januar 2008 - 2 AZR 902/06 - Rn. 22, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 40 = EzA KSchG § 23 Nr. 31*). Wie ausgeführt hat der Gesetzgeber bei der Bestimmung des § 613a Abs. 6 BGB bewusst davon abgesehen, die Ausübung des Widerspruchsrechts von bestimmten Motiven oder Sachgründen abhängig zu machen. Daher kann ein Rechtsmissbrauch auch nicht damit begründet werden, der Arbeitnehmer sei - ggf. im Rahmen eines neu abgeschlossenen Arbeitsverhältnisses - grundsätzlich bereit, auch für den Betriebserwerber Arbeitsleistungen zu erbringen und werde daher durch den Übergang des Arbeitsverhältnisses weder in seiner Menschenwürde noch in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt. Es müssen zusätzliche Umstände vorliegen, um die Ausübung des Widerspruchsrechts als treuwidrig erscheinen zu lassen, etwa die Verfolgung unlauterer Zwecke oder eine Schädigungsabsicht, § 226 BGB (*BAG 30. September 2004 - 8 AZR 462/03 - Rn. 43, BAGE 112, 124 = AP*

27



BGB § 613a Nr. 275 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 28). Ein unlauteres Ziel wird dagegen mit dem Widerspruch nicht schon dann verfolgt, wenn es dem Arbeitnehmer nicht ausschließlich darum geht, den endgültigen Arbeitgeberwechsel als solchen zu verhindern, sondern er in Erwägung zieht, dem Betriebserwerber den Abschluss eines Arbeitsvertrages zu für ihn günstigeren Bedingungen anzubieten. Der individuellen Arbeitgeberwahlfreiheit als Zielsetzung des Widerspruchsrechts iSd. § 613a Abs. 6 BGB entspricht es sowohl, über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses entweder mit dem bisherigen Arbeitgeber oder dem Betriebserwerber zu entscheiden, als auch, ein neues Arbeitsverhältnis mit einem anderen Arbeitgeber, der auch der Betriebserwerber sein kann, zu begründen. Die Entscheidungsfreiheit für eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit oder ein bestimmtes Arbeitsverhältnis gehört zu der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufs- und Arbeitsplatzfreiheit (BVerfG 24. April 1991 - 1 BvR 1341/90 - BVerfGE 84, 133).

c) Nach den bindenden und nicht mit einer Verfahrensrüge angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat der Kläger erst nach der Ausübung des Widerspruchsrechts gegenüber der Beklagten seine Bereitschaft geäußert, gegen Zahlung einer Abfindung das Arbeitsverhältnis zu beenden, und mit der P GmbH Verhandlungen über den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages aufgenommen sowie die Beklagte darüber informiert. Auch wenn - wovon die Revision ausgeht, wozu aber das Landesarbeitsgericht keine Feststellungen getroffen hat - der Kläger entsprechende Absichten schon bei Ausübung seines Widerspruchsrechts gehegt hätte, wäre der Widerspruch nicht rechtsmissbräuchlich erfolgt. Der Kläger hätte nur von einer durch § 613a Abs. 6 BGB in Verbindung mit der Vertragsfreiheit eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht. Unzulässige Ziele hätte er nicht verfolgt. Im Rahmen seiner Vertrags- und Arbeitgeberwahlfreiheit durfte er nach seinem Widerspruch der Beklagten einen Aufhebungsvertrag und der Betriebserwerberin den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages anbieten. Im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit konnten Veräußerer und Erwerber es ablehnen, auf die Vorstellungen des Klägers einzugehen. Dieses Risiko hatte der Kläger zu tragen, letztlich in

28



Gestalt einer von der Beklagten schon in Aussicht gestellten betriebsbedingten Kündigung.

- d) Der Kläger hat sich auch nicht widersprüchlich verhalten, als er mit der P GmbH Verhandlungen über den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages aufnahm. Denn dieser sollte nur zu für ihn günstigeren Arbeitsbedingungen zustande kommen. Bei einem Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB wäre jedoch das Arbeitsverhältnis des Klägers zu unveränderten Bedingungen auf die P GmbH übergegangen. Ebenso wenig lässt sich aus der Bereitschaft des Klägers, im Wege der Personalgestellung für die Betriebserwerberin zu arbeiten, ein treuwidriges Verhalten ableiten. Denn in diesem Fall ändert sich nichts an dem Arbeitsvertrag mit dem bisherigen Arbeitgeber und seinen Bedingungen. 29
- e) Entgegen der mit der Revision erhobenen Rüge hat das Landesarbeitsgericht keine Umstände berücksichtigt, die für die Prüfung der Wirksamkeit der Widerspruchsausübung nicht relevant sind. Das Landesarbeitsgericht hat keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Kläger bei der Beklagten festgestellt, sondern lediglich darauf hingewiesen, es erscheine nicht ausgeschlossen, dass die Beklagte über anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten verfüge, weswegen man dem Kläger den Willen, sein Arbeitsverhältnis bei der Beklagten fortzusetzen, nicht absprechen könne. Im Übrigen müsste ein solcher Wille, selbst wenn es auf ihn ankäme, im Hinblick auf die bei der Beklagten offensichtlich verschlechterte Beschäftigungssituation immer relativiert verstanden werden. Die Beklagte hat bereits in ihrem Informationsschreiben vom 11. Juli 2006 erklärt, alle eigenen Aktivitäten im Immobilienmaklergeschäft einzustellen und hat in der ersten Reaktion auf den Widerspruch des Klägers am 1. August 2006 angekündigt, „in den nächsten Tagen mit der Vorbereitung Ihrer betriebsbedingten Kündigung“ zu beginnen. 30
- f) Ohne Erfolg bleibt auch die von der Revision weiter geltend gemachte Verfahrensrüge, das Landesarbeitsgericht hätte die Beklagte darauf hinweisen müssen, dass es für die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit auf die Einsatzmöglichkeit des Klägers in anderen Bereichen von ihr ankomme. Wie aus 31



geführt, hat das Landesarbeitsgericht nicht auf das tatsächliche Vorhandensein von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten abgestellt. Zudem erfordert eine Aufklärungsrüge nach § 551 Abs. 3 Nr. 2b ZPO, § 72 Abs. 5 ArbGG die Darlegung, welche Angaben auf den gerichtlichen Hinweis erfolgt wären (*BAG 26. Juli 2007 - 8 AZR 769/06 - mwN, AP BGB § 613a Nr. 324*). Die Beklagte hat insoweit nur pauschal darauf verwiesen, vergleichbare freie Arbeitsplätze seien nicht vorhanden. Dies reicht nicht aus.

4. Ohne Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, der Widerspruch sei nicht im Rahmen eines dreiseitigen Vertrages zwischen dem Kläger, der Beklagten und der P GmbH „zurückgenommen“ worden. 32

a) Als einseitige Willenserklärung kann ein einmal erklärter und dem Betriebsveräußerer zugedachter Widerspruch weder frei widerrufen noch einseitig vom Arbeitnehmer zurückgenommen werden. Eine entsprechende Rechtsfolge kann aber einvernehmlich zwischen den beiden Parteien auf Arbeitgeberseite und dem Arbeitnehmer vereinbart werden. Im Rahmen der Vertragsfreiheit kann eine Vereinbarung geschlossen werden, dass der Erwerber nunmehr doch in die Rechte und Pflichten des beim Veräußerer verbliebenen Arbeitsverhältnisses eintreten soll und die weiteren in § 613a BGB geregelten Rechtsfolgen zwischen den neuen Parteien des Arbeitsverhältnisses gültig sein sollen, der Veräußerer hingegen nicht mehr Arbeitgeber sein soll. 33

b) Ohne dass dies von der Revision angegriffen wurde, hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, dass eine ausdrückliche Einigung zwischen den Parteien und der P GmbH in diesem Sinne nicht erzielt wurde. 34

c) Ohne Rechtsfehler ist das Landesarbeitsgericht auch zu dem Ergebnis gekommen, dem Vorbringen der Beklagten könne nicht entnommen werden, die Parteien hätten durch konkludentes Verhalten eine entsprechende Einigung erzielt. 35

Zu Recht ist nach allgemeinen Grundsätzen das Landesarbeitsgericht von einer Darlegungs- und Beweislast der Beklagten für die Tatsachen ausgegangen, aus denen sich eine Beendigung des mit ihr bestehenden Arbeits- 36



verhältnisses vor Ablauf des 30. September 2007 ergeben soll. Rechtsver-
nichtende Tatsachen muss derjenige, der die aus ihnen abzuleitende für ihn
günstige Rechtsfolge in Anspruch nehmen will, darlegen und beweisen (*BAG*
25. Oktober 2007 - 8 AZR 917/06 - Rn. 47 mwN, AP BGB § 613a Nr. 333 = EzA
BGB 2002 § 613a Nr. 82).

Bei der Würdigung eines bestimmten Verhaltens der Parteien als
konkludente Erklärung eines Vertragswillens und bei der Bestimmung des
jeweiligen Erklärungsinhaltes handelt es sich um die Auslegung nichttypischer
Willenserklärungen, die in erster Linie Aufgabe der Tatsachengerichte ist. Sie
ist nur beschränkt revisibel. Das Revisionsgericht kann lediglich überprüfen, ob
die Rechtsvorschriften über die Auslegung von Willenserklärungen (§§ 133, 157
BGB) richtig angewandt, ob gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze ver-
stoßen oder wesentliche Umstände nicht berücksichtigt wurden und ob die
Auslegung rechtlich möglich ist (*BAG 13. Juli 2006 - 8 AZR 382/05 - Rn. 24, AP*
BGB § 613a Widerspruch Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 57; 14. August
2007 - 9 AZR 934/06 - Rn. 19 mwN, EzA BUrlG § 7 Nr. 119). Das Revisions-
gericht hat nur zu prüfen, ob die vom Berufungsgericht vorgenommene Aus-
legung möglich, nicht aber, ob sie tatsächlich richtig ist.

Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält die Würdigung des
Landesarbeitsgerichts stand.

Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht zunächst darauf verwiesen,
dass weder erst- noch zweitinstanzlich zum Inhalt des Gesprächs am
17. August 2006 vorgetragen wurde, ebenso wie auch im Zusammenhang mit
der Arbeitsaufnahme vom 18. August 2006 abgegebene konkrete Erklärungen
nicht dargelegt worden sind. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht weiter
ausgeführt, wegen der rechtlich ungeklärten Situation und in Anbetracht der
Gesamtumstände könne in der Arbeitsaufnahme des Klägers am 18. August
2006 keine konkludente Erklärung des Einverständnisses mit einem Arbeit-
geberwechsel gesehen werden. Der Kläger hat durchgängig bei allen seinen
ausdrücklichen Erklärungen darauf beharrt, mit dem Übergang seines Arbeits-
verhältnisses auf die P GmbH zu den bisherigen Arbeitsbedingungen nicht



einverstanden, jedoch bereit zu sein, im Wege der Personalgestellung bei der P GmbH zu arbeiten. Dagegen hat die Beklagte, anders als die Revision meint, mit ihrem Schreiben vom 11. August 2006 nicht einen rechtsgeschäftlichen Willen bekundet, das mit ihr bestehende Arbeitsverhältnis des Klägers einvernehmlich auf die P GmbH überzuleiten. Sie hat damals lediglich ihre - unzutreffende - Rechtsansicht bekundet, der Kläger stehe bereits in einem Arbeitsverhältnis mit der P GmbH, weil sein Widerspruch rechtsmissbräuchlich gewesen sei. In der weiteren Formulierung

„Selbstverständlich gehen wir davon aus, dass Sie gegenüber dieser Gesellschaft und damit Ihrem Arbeitgeber unverzüglich Ihre Arbeitsleistung anbieten und erbringen werden.“,

die die Beklagte gewählt hat, deutet sie Rechtsnachteile für den Kläger an, sollte sich dieser nicht „selbstverständlich“ verhalten. Aus der Arbeitsaufnahme des Klägers bei der P GmbH einen konkludent erklärten Vertragswillen des Klägers zu folgern, sein Arbeitsverhältnis einvernehmlich auf die Betriebs-erwerberin überzuleiten, hat das Landesarbeitsgericht ohne Verstoß gegen Denkgesetze als zu weitgehend abgelehnt. Die Aufnahme einer solchen Tätigkeit kann schon deshalb geboten sein, um Vergütungsansprüche zu wahren, weil unter Umständen ein passives Verhalten als böswilliges Unterlassen iSd. § 615 Satz 2 BGB zu verstehen ist (*BAG 19. März 1998 - 8 AZR 139/97 - BAGE 88, 196 = AP BGB § 613a Nr. 177 = EzA BGB § 613a Nr. 163*). Auch mit dem nachfolgenden Schreiben vom 21. August 2006 hat die Beklagte lediglich auf einem Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB beharrt, nicht jedoch auf eine vertragliche Überleitung am oder nach dem 11. August 2006 abgestellt.

5. Da der Kläger seinen Standpunkt, er habe wirksam widersprochen, nie aufgegeben, ihn vielmehr mit seinem Schreiben vom 7. September 2006 erneut bekräftigt hat, die Verhandlungen zwischen den Parteien nur einen kurzen Zeitraum beanspruchten und die Beklagte nicht vorgebracht hat, dass durch die Tätigkeit des Klägers für die P GmbH ein Vertrauenstatbestand geschaffen wurde, der eine Geltendmachung des Fortsetzungsanspruchs des Klägers für

40



die Beklagte unzumutbar mache, hat der Kläger auch sein Recht, sich auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu berufen, nicht verwirkt.

6. Ohne Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht es abgelehnt, die 41
Schreiben der Beklagten vom 11. August 2006 und vom 21. August 2006 als
Kündigungserklärungen auszulegen. Ihnen ist ein rechtsgeschäftlicher Wille,
das Arbeitsverhältnis zu beenden, nicht zu entnehmen. Die Schreiben geben
lediglich die Rechtsauffassung der Beklagten wieder, derzufolge das Arbeits-
verhältnis zu ihr bereits nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und wegen der Unwirk-
samkeit des Widerspruchs des Klägers beendet sein soll.

C. Die Beklagte hat nach § 97 ZPO die Kosten ihres erfolglosen Rechts- 42
mittels zu tragen.

Hauck

Böck

Breinlinger

N. Schuster

Schulz



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)