

Aktenzeichen: 8 AZR 201/07
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 21. August 2008
- 8 AZR 201/07 -

I. Arbeitsgericht
Ludwigshafen

Urteil vom 16. März 2006
- 1 Ca 2534/05 -

II. Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Urteil vom 9. November 2006
- 11 Sa 400/06 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Betriebsübergang - Kündigungstermin - Wiedereinstellungsanspruch

Gesetze:

BGB §§ 242, 275, 311a, 613a, 622; ZPO §§ 253, 269, 563, 894; KSchG
§§ 1, 4, 7

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 201/07

11 Sa 400/06

Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. August 2008

URTEIL

Diederich, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte zu 1), Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte und Revisions-
klägerin,

Nebenintervenientin,

gegen

Klägerin, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts am 21. August 2008 durch den Vorsitzenden Richter Hauck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Böck, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Laux sowie die ehrenamtliche Richterin Morsch und den ehrenamtlichen Richter Henniger für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten zu 1) wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 9. November 2006 - 11 Sa 400/06 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob das Arbeitsverhältnis der Klägerin auf die Beklagte im Wege eines Betriebsüberganges übergegangen ist. Hilfsweise macht die Klägerin gegen die Beklagte einen Wiedereinstellungsanspruch geltend.

1

Die Klägerin war bei der HP GmbH (im Folgenden: HP) als Hausdamenassistentin beschäftigt. Diesem Arbeitsverhältnis lag ein schriftlicher „Änderungsvertrag“ vom 2. Mai 2002 zugrunde, der als Eintrittsdatum der Klägerin den 6. September 1999 festlegte. § 2 dieses Vertrages lautet:

2

„Kündigung

Während der Probezeit beträgt die Kündigungsfrist für beide Seiten 14 Tage. Danach wird ausdrücklich eine ordentliche Kündigungsfrist von vier Wochen zum Monatsende vereinbart.

Das Arbeitsverhältnis endet, ohne daß es einer Kündigung bedarf, mit Erreichen des gesetzlichen Rentenalters.“



Die HP betrieb in L, das „R“. Den Hotelkomplex hatte die HP von der I KG (im Folgenden: I KG) gepachtet. 3

Zum Aufgabenbereich der Klägerin gehörte vor allem die Überwachung der Reinigungsarbeiten und des Zimmerservices, welche durch die Mitarbeiter der Reinigungsfirma W GmbH erledigt wurden. Daneben hatte sie das Schwimmbad und das Restaurant auf Sauberkeit zu kontrollieren, die Wäscheinventur und die Wäschebestellungen durchzuführen sowie Blumen zu bestellen. 4

Die HP kündigte den Pachtvertrag mit der I KG ordentlich zum 17. Oktober 2005 und sprach in diesem Zusammenhang mit Schreiben vom 28. Januar 2005 der Klägerin eine ordentliche Kündigung zum 17. Oktober 2005 „aus betriebsbedingten Gründen wegen der Aufgabe des Hotelbetriebes“ aus. Gegen diese Kündigung erhob die Klägerin eine Kündigungsschutzklage, welche sie mit Schriftsatz vom 31. März 2005 (Eingang beim Arbeitsgericht L am 4. April 2005) zurücknahm. 5

Die Beklagte hatte mit der I KG einen Pachtvertrag bezüglich des von HP als „R“ betriebenen Hotels geschlossen. Nachdem im Spätsommer 2005 Umbauarbeiten in dem Hotel stattgefunden hatten, betreibt die Beklagte seit dem 18. Oktober 2005 das Hotel unter dem Namen „B“. Sie hat mit der B GmbH eine Vereinbarung dahingehend getroffen, dass sie sowohl deren Reservierungssystem nutzen als auch den Namen „B“ für das von ihr betriebene Hotel führen darf. Von den ehemals bei der HP beschäftigten Arbeitnehmern arbeiten 17 bei der Beklagten. Diese hatte mit jenen neue Arbeitsverträge geschlossen. 6

Die Beklagte hatte der Klägerin einen Arbeitsvertragsentwurf vom 28. September 2005 zugesandt. Dieser sah vor, dass die Klägerin mit Wirkung vom 18. Oktober 2005 als Hausdamenassistentin in die Dienste der Beklagten treten sollte. Dieser Arbeitsvertrag wurde in der Folgezeit von der Beklagten jedoch nicht unterschrieben. Noch vor der Übernahme der Betriebstätigkeit am 18. Oktober 2005 entschloss sich die Beklagte entgegen ihren ursprünglichen Planungen, die Zimmerreinigung einschließlich der damit zusammenhängenden 7



Überwachungs- und Nebenleistungen nicht mehr in eigener Regie durchzuführen, sondern an ein Drittunternehmen zu vergeben.

Am 19. Oktober 2005 begab sich die Klägerin in das Hotel, wo ihr durch Herrn Dr. La, den Geschäftsführer der A GmbH (im Folgenden: A GmbH) erklärt wurde, dass ihrem Wunsch nach Weiterbeschäftigung nicht entsprochen werden könne. Die A GmbH war durch die Beklagte beauftragt, die Hotel-eröffnung zu organisieren. Unstreitig war deren Geschäftsführer befugt, im Namen der Beklagten die Weiterbeschäftigung der Klägerin abzulehnen.

Die Klägerin behauptet, am 18. Oktober 2005 sei das Hotel, in dem sie bislang beschäftigt gewesen sei, im Wege eines Betriebsüberganges von der HP auf die Beklagte übergegangen. Ihr sei durch den Geschäftsführer der A GmbH, Dr. La, vor Übernahme des Hotels durch die Beklagte zugesichert worden, dass sie bei der Beklagten weiterarbeiten könne. Deshalb sei zwischen ihr und der Beklagten ein Arbeitsvertrag geschlossen worden, ohne dass es darauf ankomme, dass der Arbeitsvertragsentwurf der Beklagten vom 28. September 2005 nicht von beiden Parteien unterzeichnet worden sei. Als sie am 19. Oktober 2005 im Hotel erschienen sei, habe ihr deshalb der Geschäftsführer der A GmbH, Dr. La, ein Kündigungsschreiben aushändigen wollen, dass sie jedoch nicht entgegengenommen habe.

Die Klägerin beruft sich des Weiteren darauf, dass die von der HP am 28. Januar 2005 zum 17. Oktober 2005 ausgesprochene Kündigung ihr Arbeitsverhältnis frühestens zum 31. Oktober 2005 aufgelöst habe, weil eine Kündigung nur zum Monatsende zulässig gewesen wäre. Daher habe zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges am 18. Oktober 2005 ihr Arbeitsverhältnis mit der HP noch bestanden und sei deshalb auf die Beklagte gemäß § 613a BGB übergegangen.

Die Klägerin hat - soweit der Rechtsstreit in der Revisionsinstanz noch anhängig ist - beantragt,

1. es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin zum 18. Oktober 2005 auf die Beklagte übergegangen ist und bis zum 31. Oktober 2005 zu unveränderten Arbeitsbedingungen fortbestanden



hat und

2. die Beklagte wird verurteilt, dem Abschluss eines Arbeitsvertrages mit der Klägerin zu den Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 2. Mai 2002 mit der Firma HP und einem Bruttomonatsgehalt in Höhe von 1.694,87 Euro ab dem 1. November 2005 zuzustimmen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

12

Sie bestreitet, dass das von der HP betriebene Hotel am 18. Oktober 2005 im Wege eines Betriebsüberganges auf sie übergegangen sei. So bestünden keine Rechtsbeziehungen zwischen ihr und der HP. Außerdem habe sie keine Arbeitnehmer übernommen. Letztlich existiere der bisherige Arbeitsplatz der Klägerin nicht mehr, weil die von dieser ausgeübten Tätigkeiten auf eine Fremdfirma übertragen worden seien.

13

Im Übrigen beruft sich die Beklagte darauf, das Arbeitsverhältnis habe schon deshalb nicht auf sie gemäß § 613a BGB übergehen können, weil dieses durch die HP wirksam zum 17. Oktober 2005 gekündigt worden sei. Das Recht der Klägerin, sich auf die Nichteinhaltung des Kündigungstermins zu berufen, sei verwirkt. Außerdem sei ihr Verlangen auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht rechtzeitig geltend gemacht worden.

14

Die Beklagte hat der I KG mit Schriftsatz vom 19. Januar 2006 den Streit verkündet. Diese ist der Beklagten als Nebenintervenientin mit Schriftsatz vom 7. März 2006 beigetreten.

15

Das Arbeitsgericht hat der Klage im noch streitbefangenen Umfang stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, während die Klägerin die Zurückweisung der Revision beantragt.

16



Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. 17

A. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage - soweit sie im Revisionsverfahren noch Streitgegenstand ist - mit folgender Begründung stattgegeben. 18

Das mit der HP bestehende Arbeitsverhältnis sei im Wege eines Betriebsüberganges nach § 613a Abs. 1 BGB am 18. Oktober 2005 auf die Beklagte übergegangen. Diese habe den von der HP betriebenen Hotelkomplex, der eine wirtschaftliche Einheit darstelle, durch ein Rechtsgeschäft übernommen. Als ein solches sei die Kündigung des Pachtvertrages mit der I KG durch die Vorpächterin, die HP, und der Abschluss eines neuen Pachtvertrages zwischen der I KG und der Beklagten zu betrachten. 19

Das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der HP sei durch die Kündigung vom 28. Januar 2005 nicht zum 17. Oktober 2005, sondern erst zum 31. Oktober 2005 aufgelöst worden. Da die in § 622 BGB vorgesehenen Kündigungsfristen nicht zur Disposition der Arbeitsvertragsparteien stünden, sei die zum 17. Oktober 2005 ausgesprochene Kündigung in eine solche zum 31. Oktober 2005 umzudeuten. Die Unwirksamkeit des Kündigungsfristen habe die Klägerin auch außerhalb der sich aus § 4 KSchG ergebenden Kündigungsfrist geltend machen können. Dieses Recht habe sie auch nicht dadurch verwirkt, dass sie sich erst nach etwa 10 Monaten auf die Unwirksamkeit des Kündigungsfristen berufen und ihre gegen die Kündigung erhobene Kündigungsschutzklage am 4. April 2005 zurückgenommen habe. Es fehle am Vorliegen des für eine Verwirkung erforderlichen Umstandsmoments. Für die ehemalige Arbeitgeberin der Klägerin, die HP, habe die Klagerücknahme bereits deswegen keine Rolle gespielt, weil sie die Kündigung allein deswegen zum 17. Oktober 2005 ausgesprochen habe, weil zu diesem Termin das Pachtverhältnis zur Nebenintervenientin gekündigt worden sei. Dies habe sie völlig 20



unabhängig davon getan, ob die Klägerin gegen sie Kündigungsschutzklage erhoben oder ob sie diese später wieder zurückgenommen habe. Für die Betriebserwerberin habe dieser Umstand, soweit ersichtlich, ebenfalls bei ihren Planungen bezüglich einer Hoteleröffnung am 18. Oktober 2005 keine Rolle gespielt. Sie habe vorgetragen, dass es vertragliche Absprachen mit ihrer Rechtsvorgängerin und mit der Nebenintervenientin gebe, wonach diese schadensersatzpflichtig wären, sofern Arbeitnehmer ihrer Rechtsvorgängerin gemäß § 613a BGB auf sie übergehen würden. Insofern sei es für die Beklagte wirtschaftlich gleichgültig, ob die Klägerin sich nunmehr noch auf den unwirksamen Kündigungstermin berufe oder nicht. Ihre Planung, ihr neues Hotel am 18. Oktober 2005 zu eröffnen, dürfte auch nicht durch die Klagerücknahme der Klägerin bezüglich der ursprünglich ausgesprochenen Kündigung der Rechtsvorgängerin beeinflusst worden sein. Daher sei das Arbeitsverhältnis in zum 31. Oktober 2005 wirksam gekündigtem Zustand am 18. Oktober 2005 auf die Beklagte übergegangen.

Die Klägerin habe nicht substantiiert darlegen können, dass mit der Beklagten noch vor Ablauf des Arbeitsverhältnisses zum 31. Oktober 2005 ein neues Arbeitsverhältnis bzw. eine Verlängerung des alten Arbeitsverhältnisses vereinbart worden sei. Bereits aus dem Umstand, dass die Beklagte einen schriftlichen Arbeitsvertrag mit der Klägerin habe abschließen wollen, weswegen sie ihr einen Arbeitsvertragsentwurf zugesandt habe, ergebe sich, dass ein Vertragsschluss nicht zustande gekommen sei, weil dieser Entwurf durch die Beklagte nicht unterschrieben worden sei.

Die Klägerin habe jedoch gegen die Beklagte einen Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrages. Ein Wiedereinstellungsanspruch eines wirksam gekündigten Arbeitnehmers bestehe dann, wenn sich die für die Kündigung maßgebenden Umstände noch während des Laufes der Kündigungsfrist geändert hätten. Das Fortsetzungs- bzw. Wiedereinstellungsverlangen müsse unmittelbar gegenüber dem Betriebserwerber erhoben werden und zwar noch während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses oder unverzüglich nach Kenntniserlangung von den den Betriebsübergang ausmachenden tatsächlichen Umständen. Die Klägerin habe die Fortsetzung ihres Arbeitsverhältnisses

21

22



noch während dessen Bestehens vom Geschäftsführer der A GmbH, Dr. La, am 19. Oktober 2005 verlangt. Die Beklagte müsse sich diese Geltendmachung zurechnen lassen. Ihren Fortsetzungsanspruch habe die Klägerin nicht analog § 4 KSchG innerhalb einer Frist von drei Wochen klageweise geltend machen müssen. Auch sei ihr Anspruch nicht verwirkt. Der Beklagten sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin nicht unzumutbar. Ihr Sachvortrag, dass für die Klägerin keine Einsatzmöglichkeit mehr bestehe, sei zu unsubstantiiert.

B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 23

I. Die Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin auf die Beklagte übergegangen ist und bis zum 31. Oktober 2005 zu unveränderten Bedingungen fortbestanden hat, ist unbegründet. 24

Das Recht der Klägerin, sich darauf zu berufen, dass die von der HP am 28. Januar 2005 zum 17. Oktober 2005 ausgesprochene Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht zu diesem Kündigungstermin, sondern erst zum 31. Oktober 2005 beendet hat, ist verwirkt. 25

1. Die von der HP ausgesprochene ordentliche betriebsbedingte Kündigung gilt als sozial gerechtfertigt, weil ihre Rechtsunwirksamkeit nicht rechtzeitig geltend gemacht worden ist, § 7 KSchG. Zwar hatte die Klägerin innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung eine Feststellungsklage iSd. § 4 Satz 1 KSchG gegen die Wirksamkeit der Kündigung erhoben, diese Klage jedoch nach § 269 ZPO wirksam zurückgenommen. Deshalb ist nach § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen. Die Klägerin ist somit so zu behandeln, als habe sie keine Feststellungsklage iSd. § 4 Satz 1 KSchG gegen die Wirksamkeit der Kündigung erhoben. 26

2. Die Kündigung war allerdings nicht fristgerecht ausgesprochen worden. 27



Nach § 622 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB hätte die gesetzliche Kündigungsfrist auf Grund des über fünfjährigen Bestehens des Arbeitsverhältnisses zwei Monate zum Ende eines Kalendermonats betragen. Zwar hatten die Klägerin und die HP in § 2 Satz 2 ihres Arbeitsvertrages vom 2. Mai 2002 eine Kündigungsfrist von vier Wochen zum Monatsende vereinbart, jedoch ist diese Vertragsbestimmung wegen Verstoßes gegen § 622 Abs. 2 BGB nichtig, § 134 BGB, weil eine kürzere als die in § 622 BGB genannte Kündigungsfrist lediglich durch einen Tarifvertrag hätte vereinbart werden dürfen.

28

Zwar hat die HP die gesetzliche Kündigungsfrist eingehalten und sogar deutlich überschritten, sie hat jedoch den Kündigungstermin (Ende des Kalendermonats) nicht beachtet. Nach allgemeiner Meinung können durch die Einhaltung einer Kündigungsfrist, die länger als die gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist ist, die gesetzlich vorgeschriebenen Kündigungstermine nicht verändert werden (vgl. *KR-Spilger 8. Aufl. § 622 BGB Rn. 177; ErfK/Müller-Glöge 8. Aufl. § 622 BGB Rn. 41; APS/Linck 3. Aufl. § 622 BGB Rn. 168; HWK/Bittner 3. Aufl. § 622 BGB Rn. 5; Palandt/Weidenkaff 67. Aufl. § 622 Rn. 5; so auch zu § 622 BGB idF vom 14. August 1969: BAG 18. April 1985 - 2 AZR 197/84 - AP BGB § 622 Nr. 20 = EzA BGB § 622 nF Nr. 21).*

29

Damit hätte die HP das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin auf Grund der gewählten Kündigungsfrist nur zum 31. Oktober 2005 kündigen dürfen. Eine sachgerechte Auslegung der von der HP ausdrücklich als ordentliche Kündigung bezeichneten Kündigung ergibt, dass diese die Kündigung zum zulässigen Kündigungstermin, dh. zum 31. Oktober 2005 aussprechen wollte. Für die Klägerin war erkennbar, dass die HP keine außerordentliche Kündigung aussprechen wollte, sondern die einzuhaltenden Kündigungsfristen und Kündigungstermine, an die sie gesetzlich gebunden war, einhalten wollte (so zur Einhaltung der Kündigungsfrist: BAG 15. Dezember 2005 - 2 AZR 148/05 - BAGE 116, 336 = AP KSchG 1969 § 4 Nr. 55 = EzA KSchG § 4 nF Nr. 72).

30

3. Ob der Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts (15. Dezember 2005 - 2 AZR 148/05 - aaO) zu folgen ist, dass der Arbeitnehmer die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist auch außerhalb der frist-

31



gebundenen Klage nach § 4 Satz 1 KSchG geltend machen darf, kann im Streitfall dahinstehen, weil die Klägerin ihr Recht verwirkt hat, geltend zu machen, dass ihr Arbeitsverhältnis erst zum 31. Oktober 2005 beendet worden ist.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats und der herrschenden Meinung kann das Recht, außerhalb des Geltungsbereiches des § 4 KSchG Klage gegen eine Kündigung zu erheben, verwirken (vgl. 2. Dezember 1999 - 8 AZR 890/98 - AP BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 6 = EzA BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 3 mwN). Der Siebte Senat hat es offen gelassen, ob das Recht, sich auf den Bestand eines Arbeitsverhältnisses zu berufen, verwirken kann (vgl. 10. Oktober 2007 - 7 AZR 487/06 -; 17. Januar 2007 - 7 AZR 23/06 - DB 2007, 1034 mwN). 32

Kann das Recht verwirken, sich auf die Unwirksamkeit einer Kündigung zu berufen, so gilt dies erst Recht für die Berufung auf die Nichtbeachtung des Kündigungsstermins, welche nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung, sondern nur zu einem späteren Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses führt. 33

b) Der Anspruch ist verwirkt, wenn der Arbeitnehmer diesen erst nach Ablauf eines längeren Zeitraumes erhebt (Zeitmoment) und dadurch ein Vertrauenstatbestand beim Beklagten geschaffen worden ist, er werde nicht mehr gerichtlich belangt werden (Umstandsmoment). Hierbei muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes das Interesse des Berechtigten an einer sachlichen Prüfung des von ihm behaupteten Anspruches derart überwiegen, dass dem Gegner die Erfüllung des Anspruches nicht mehr zuzumuten ist (vgl. Senat 2. Dezember 1999 - 8 AZR 890/98 - AP BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 6 = EzA BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 3). Dabei muss der Berechtigte unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erwecken konnten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Durch die Verwirkung wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten (§ 242 BGB) ausgeschlossen (st. Rspr., vgl. Senat 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - BAGE 121, 289 = AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 64). 34



Bei der Beurteilung, ob Verwirkung gegeben ist, muss die Länge des Zeitablaufes (Zeitmoment) in Wechselwirkung zu dem ebenfalls erforderlichen Umstandsmoment gesetzt werden. Je stärker das gesetzte Vertrauen oder die Umstände, die eine Geltendmachung des Anspruches durch den Anspruchsgegner unzumutbar machen, sind, desto schneller kann der Anspruch verirken (*Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 382/05 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 57*).

35

c) Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben. Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts war zum Zeitpunkt des von der Klägerin behaupteten Betriebsüberganges am 18. Oktober 2005 von der HP auf die Beklagte das Recht der Klägerin, die Nichteinhaltung des Kündigungsstermines gegenüber der HP geltend zu machen, verirkt.

36

Die Beurteilung der Frage, ob ein Recht verirkt ist, obliegt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts grundsätzlich den Tatsachengerichten, die den ihnen zur Begründung des Verwirkungseinwandes vorgelegten Sachverhalt eigenverantwortlich zu würdigen haben. Allerdings unterliegt der revisionsrechtlichen Überprüfung, ob das Gericht der Tatsacheninstanz alle erheblichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat und die Bewertung dieser Gesichtspunkte von den getroffenen tatsächlichen Feststellungen getragen wird (*BAG 17. Januar 2007 - 7 AZR 23/06 - DB 2007, 1034*). Dagegen ist der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts in seiner Entscheidung vom 20. Mai 1988 (- 2 AZR 711/87 - AP BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 5 = EzA BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 1) davon ausgegangen, dass die Rechtsfrage, ob die verspätete gerichtliche Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung das für eine Verwirkung erforderliche Zeitmoment erfüllt, freier revisionsgerichtlicher Überprüfung unterliegt. In dieser Entscheidung hat der Zweite Senat auch bei der Prüfung, ob das Umstandsmoment vorliegt, die Entscheidung des Berufungsgerichts einer uneingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung unterzogen.

37

Letztlich braucht der Umfang der revisionsrechtlichen Überprüfbarkeit der Tatsachenwürdigung des Landesarbeitsgerichts vorliegend nicht ent-

38



schieden zu werden, weil diesem ein Rechtsfehler unterlaufen ist. Es hat nämlich bei seiner Würdigung, ob Verwirkung vorliegt, unzulässigerweise auf die Interessenlage der Beklagten abgestellt. Wenn das Recht der Klägerin, die Nichtbeachtung des Kündigungstermins durch die HP dieser gegenüber geltend zu machen, zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges bereits verwirkt war, kommt es für die Beurteilung, ob Verwirkung vorliegt, nicht mehr auf die Interessenlage der Beklagten an.

Die Klägerin hatte die von der HP mit Schreiben vom 28. Januar 2005 zum 17. Oktober 2005 ausgesprochene Kündigung innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG mit einer Kündigungsschutzklage angegriffen. Streitgegenstand einer solchen Klage ist die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis aus Anlass einer ganz bestimmten Kündigung zu dem beabsichtigten Termin aufgelöst worden ist oder nicht (*sog. punktuelle Streitgegenstandstheorie; st. Rspr., vgl. Senat 16. Februar 2006 - 8 AZR 211/05 - AP BGB § 613a Nr. 301 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 47 mwN*). Ihre Klage hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 31. März 2005 (beim Arbeitsgericht am 4. April 2005 eingegangen) zurückgenommen. Dieses Verhalten durfte - mangels gegenteiliger Erklärungen der Klägerin - die HP so verstehen, dass sich die Klägerin entgegen ihrer ursprünglichen Absicht nicht mehr gegen die Kündigung zur Wehr setzen wolle. Da der Streitgegenstand der zurückgenommenen Kündigungsschutzklage nicht nur die Frage der Sozialwidrigkeit der ausgesprochenen Kündigung iSd. § 1 KSchG erfasst hat, sondern allgemein die Frage, ob das Arbeitsverhältnis durch die von der HP am 28. Januar 2005 zum 17. Oktober 2005 ausgesprochene Kündigung aufgelöst wird, durfte die HP davon ausgehen, die Klägerin sei mit der Kündigung - auch zu diesem Kündigungstermin - einverstanden. So hat auch der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts entschieden, dass ein Arbeitnehmer, der in einem Kündigungsschutzprozess seine Klage zurücknimmt, damit zu erkennen gibt, dass er Ansprüche für die Zeit nach dem von ihm mit der Kündigungsschutzklage angegriffenen Kündigungstermin zur Zeit nicht mehr weiterverfolgen will (*1. April 1981 - 4 AZR 80/79 -*).

Damit hatte die Klägerin durch ihr Verhalten aus Sicht der HP sehr starke Anhaltspunkte für die Annahme gesetzt, sie akzeptiere die aus-

39

40



gesprochene Kündigung (Umstandsmoment). Dieses Vertrauen der HP wurde noch dadurch verstärkt, dass die Klägerin bis zum Zeitpunkt des behaupteten Betriebsüberganges, dem 18. Oktober 2005, also über sechs Monate keine Maßnahmen ergriffen oder Erklärungen abgegeben hat, aus denen die HP hätte schließen müssen, dass die Klägerin es sich nunmehr anders überlegt habe und nun doch - zumindest - die Nichtbeachtung des Kündigungsstermines geltend machen wolle. Durch diese Zeitspanne ist auch das sog. Zeitmoment als Voraussetzung für die Verwirkung erfüllt. So hat auch der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts (18. September 2003 - 2 AZR 79/02 - BAGE 107, 318 = AP KSchG 1969 § 17 Nr. 14 = EzA KSchG § 17 Nr. 11) erwogen, ob nicht unter Verwirkungsgesichtspunkten ein Arbeitnehmer, der sich „mehr als ein halbes Jahr nach Erteilung des Zustimmungsbescheids des Arbeitsamts“ zu einer Massenentlassung auf eine nicht hinreichende Information und Konsultation des Betriebsrats beruft und daraus die Unwirksamkeit einer Kündigung herleiten will, gehalten gewesen wäre, sich zeitnah auf die Unwirksamkeit der Kündigung zu berufen.

Im Streitfalle kommt hinzu, dass die HP ein besonderes Interesse daran hatte, spätestens mit der Einstellung des Hotelbetriebes am 17. Oktober 2005 und der Übernahme desselben durch die Beklagte zu wissen, ob das Arbeitsverhältnis mit der gekündigten Klägerin zu diesem Zeitpunkt rechtlich beendet war. Ein Arbeitgeber hat grundsätzlich ein schutzwürdiges Interesse daran, zum Zeitpunkt der Einstellung seines Geschäftsbetriebes - unabhängig davon, ob ein Betriebsübergang oder eine Betriebsstilllegung vorliegt - zu wissen, ob ein zu diesem Zeitpunkt gekündigter Arbeitnehmer die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zu diesem Termin akzeptiert oder nicht. Anderenfalls würde diese Unsicherheit zu einer unzumutbaren betrieblichen und wirtschaftlichen Belastung für den Arbeitgeber führen. Dieses Interesse wird vorliegend noch dadurch verstärkt, dass, wie das Landesarbeitsgericht festgestellt hat, eine vertragliche Absprache zwischen der HP und der I KG dahingehend bestand, dass die HP schadensersatzpflichtig würde, sofern Arbeitnehmer gemäß § 613a BGB auf die Beklagte übergehen sollten.

41



Damit war das Recht der Klägerin, sich gegenüber der HP auf die Nichtbeachtung des Kündigungstermins zu berufen, bereits am 17. Oktober 2005, dem Zeitpunkt der Beendigung des Hotelbetriebes durch die HP, verwirkt. Dieses Recht lebte durch den ab 18. Oktober 2005 eingetretenen Betriebsübergang (su. B II 1) nicht mehr gegenüber der Beklagten auf. Diese ist nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB nur in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Überganges bestehenden Arbeitsverhältnissen eingetreten. Gemäß § 613a Abs. 1 BGB gehen die Rechte und Pflichten so über, wie sie zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges bestehen. Dazu gehören nicht nur die aktuell realisierten, sondern alle, auf die sich eine der Vertragsparteien bei unveränderter Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses berufen könnte (*Schiefer/Worzalla DB 2008, 1566*). Durfte sich die Klägerin gegenüber der HP nicht mehr auf den falschen Kündigungstermin berufen, gilt dies demnach auch gegenüber der Beklagten.

42

II. Der Klage auf Zustimmung der Beklagten zum Abschluss eines Arbeitsvertrages zu den Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 2. Mai 2002 mit der HP durfte das Landesarbeitsgericht mit der gegebenen Begründung nicht stattgeben.

43

1. Zunächst ist das Landesarbeitsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass bezüglich des von der HP betriebenen Hotels ein Betriebsübergang iSd. § 613a BGB auf die Beklagte stattgefunden hat.

44

a) Ein Betriebsübergang liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger die wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführt. Der Begriff „wirtschaftliche Einheit“ bezieht sich auf eine organisatorische Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit unter Wahrung ihrer Identität übergegangen ist, sind sämtliche, den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen zu berücksichtigen. Zu diesen Tatsachen zählen insbesondere die Art des betreffenden Betriebes, der Übergang materieller Betriebsmittel, wie Gebäude und bewegliche Güter sowie deren Wert und Bedeutung, die Übernahme der immateriellen Betriebsmittel und der vorhandenen Organisation, der Grad der Ähnlichkeit mit der Betriebs-

45



tätigkeit des bisherigen Inhabers, die Weiterbeschäftigung der Hauptbelegschaft, der Übergang von Kundschaft und die Lieferantenbeziehungen sowie die Dauer einer eventuellen Unterbrechung der Betriebstätigkeit.

Der Betriebsübergang tritt mit dem Wechsel in der Person des Betriebsinhabers ein, also mit dem Wechsel der Person, die für den Betrieb der übertragenen Einheit als Inhaber verantwortlich ist. Verantwortlich ist die Person, die den Betrieb im eigenen Namen führt und nach außen als Betriebsinhaber auftritt. Einer besonderen Übertragung einer irgendwie gearteten Leitungsmacht bedarf es wegen des Merkmals der Fortführung des Betriebes nicht. Der bisherige Inhaber muss seine wirtschaftliche Betätigung in dem Betrieb oder Betriebsteil einstellen (*st. Rspr., Senat 21. Februar 2008 - 8 AZR 77/07 - AP BGB § 613a Nr. 343 mwN*).

46

Nicht erforderlich ist nach dem Zweck des § 613a BGB, dass ein Rechtsgeschäft unmittelbar zwischen dem bisherigen Inhaber und dem Erwerber zustande kommt. Ein rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang kann daher auch dann angenommen werden, wenn er durch eine Reihe von verschiedenen Rechtsgeschäften veranlasst wird. Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn ein mit Bezug auf den Betrieb oder Betriebsteil abgeschlossener Pachtvertrag endet und ein neuer Pächter die wirtschaftliche Einheit übernimmt. Der Wortlaut des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB steht dieser Auslegung nicht entgegen. Für sie spricht der Schutzzweck der Norm, denn dieser besteht in erster Linie darin, die bestehenden Arbeitsplätze zu schützen. Haftungsrechtliche Probleme für den nachfolgenden Pächter können demgegenüber keine durchgreifenden Bedenken gegen die Anwendbarkeit des § 613a Abs. 1 BGB begründen (*BAG 25. Februar 1981 - 5 AZR 991/78 - BAGE 35, 104 = AP BGB § 613a Nr. 24 = EzA BGB § 613a Nr. 28*). Auch die RL 2001/23/EG setzt nicht voraus, dass zwischen Veräußerer und Erwerber unmittelbare vertragliche Beziehungen bestehen. Das Fehlen einer solchen direkten vertraglichen Beziehung kann zwar ein Indiz dafür darstellen, dass ein Übergang iSd. Richtlinie nicht erfolgt ist; ihm kommt in diesem Zusammenhang jedoch keine ausschlaggebende Bedeutung zu (*st. Rspr., vgl. Senat 26. August 1999 - 8 AZR 827/98 - BAGE 92, 251 = AP BGB § 613a Nr. 197 = EzA BGB § 613a Nr. 187; EuGH*

47



10. Dezember 1998 - C-173/96 - EuGHE I 1998, 8237 = EzA BGB § 613a Nr. 172).

b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist davon auszugehen, dass das von der HP betriebene Hotel in L am 18. Oktober 2005 auf die Beklagte übergegangen ist.

48

Wie das Landesarbeitsgericht festgestellt hat, hat die Beklagte den Hotelkomplex im Wesentlichen so wie er zuvor von der I KG an die HP verpachtet worden war, von der I KG gepachtet. Damit ist die für die Annahme eines Betriebsüberganges erforderliche Übernahme einer wirtschaftlichen Einheit durch Rechtsgeschäft gegeben. Die Beklagte hat diese auch unter Wahrung ihrer Identität fortgeführt. So nutzt sie den Hotelkomplex nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts weiterhin als Übernachtungs- und Tagungshotel in etwa der gleichen Kategorie und Ausstattung wie bisher. Auch spricht sie denselben Kundenstamm wie bisher an. Dass die Beklagte das Hotel nunmehr unter dem Namen „B“ und nicht mehr - wie die HP - unter „R“ führt, schließt einen Betriebsübergang nicht aus. Zwar kann die Übernahme des Firmennamens einen Anhaltspunkt dafür darstellen, dass die Marktstellung des bisherigen Betriebsinhabers genutzt werden soll (vgl. Senat 16. Februar 2006 - 8 AZR 204/05 - AP BGB § 613a Nr. 300 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 46; BAG 16. Februar 1993 - 3 AZR 347/92 - AP BetrAVG § 1 Betriebsveräußerung Nr. 15 = EzA BGB § 613a Nr. 106), jedoch beseitigt allein die Änderung des Namens, unter dem ein Hotel geführt wird, verbunden mit der Zusammenarbeit mit einer anderen Hotelkette, nicht die Identität der übernommenen wirtschaftlichen Einheit. Insbesondere beinhaltet die Namensänderung keine Änderung der Zielsetzung der wirtschaftlichen Einheit. Ziel der unternehmerischen Tätigkeit bleibt nach wie vor die Bereitstellung von Tagungsräumen, Unterkünften, Freizeiteinrichtungen sowie die Verpflegung für Hotelgäste.

49

Entgegen der Meinung der Revision führt der Umstand, dass die HP sich vertraglich gegenüber der Verpächterin, der I KG, verpflichtet hatte, den Hotelkomplex ohne Mitarbeiter an einen Nachpächter zu übergeben, nicht zum Ausschluss eines Betriebsüberganges iSd. § 613a BGB. Gleiches gilt für die

50



Zusicherung der I KG gegenüber der Beklagten, dass diese keine Arbeitnehmer der Vorpächterin HP „übernehmen“ müsse. Ungeachtet der Rechtsfrage, ob solche vertraglichen Vereinbarungen überhaupt Auswirkungen auf das Vorliegen eines Betriebsüberganges nach § 613a BGB haben können, ist es im Streitfall nicht von Belang, ob die Beklagte Arbeitnehmer und wenn ja, wie viele, der HP übernommen hat. Bei betriebsmittelgeprägten Betrieben, wozu ein Hotelkomplex zählt, sind sächliche Betriebsmittel, wie Gebäude und Einrichtungsgegenstände, und nicht die Belegschaft prägend. Für die Wahrung der Identität des Betriebes kommt es daher besonders darauf an, ob derartige materielle Betriebsmittel übergehen. Die in nicht betriebsmittelgeprägten Betrieben für die Annahme eines Betriebsüberganges bedeutsame Übernahme von Personal spielt nur eine untergeordnete Rolle. Allerdings kann die Übernahme von Arbeitnehmern im Einzelfalle für einen Betriebsübergang sprechen, wenn deren Fachkenntnisse für die Fortführung des alten Betriebes durch den Erwerber von Bedeutung sind (*BAG 22. September 1994 - 2 AZR 54/94 - AP BGB § 613a Nr. 117 = EzA BGB § 613a Nr. 121*). Da es sich bei Mitarbeitern eines Hotels nicht um Spezialisten handelt, deren Fachkenntnisse für die Betriebsführung von Bedeutung sind, und die nur mit besonderem Aufwand auf dem Arbeitsmarkt zu gewinnen sind, kommt einer etwaigen Übernahme des Personals der HP durch die Beklagte für die Annahme eines Betriebsüberganges keine ausschlaggebende Bedeutung zu (*vgl. zur Übernahme von Arbeitnehmern einer Gaststätte: Senat 27. April 1995 - 8 AZR 197/94 - BAGE 80, 74 = AP BGB § 613a Nr. 128 = EzA BGB § 613a Nr. 126*).

Ob der bisherige Arbeitsplatz der Klägerin bei der Beklagten durch Fremdvergabe bestimmter Aufgaben weggefallen ist, ist für die Annahme eines Betriebsüberganges ebenfalls nicht von Bedeutung. Es handelt sich dabei nicht um eine grundlegende Organisationsänderung des Hotelbetriebes, die einen Betriebsübergang ausschließen würde (*vgl. Senat 4. Mai 2006 - 8 AZR 299/05 - BAGE 118, 168 = AP BGB § 613a Nr. 304 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 51*). Vielmehr liegt eine Optimierung der Arbeitsabläufe und -verteilung vor, welche keine Auflösung der bestehenden wirtschaftlichen Einheit des Hotelbetriebes darstellt. Wenn auf Grund betrieblicher Umstrukturierungen durch den Betriebs-

51



erwerber einzelne bislang bestehende Arbeitsplätze entfallen, führt dies allein nicht zum Ausschluss eines Betriebsüberganges iSd. § 613a BGB, sondern im Einzelfalle möglicherweise zum Recht des Betriebserwerbers, betriebsbedingte Kündigungen auszusprechen.

2. Die Klage auf Abschluss eines Arbeitsvertrages ist nicht entscheidungs- 52
reif.

a) Die Klage ist zulässig. 53

Insbesondere ist der Klageantrag hinreichend bestimmt iSd. § 253 54
Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Klägerin begehrt die Verurteilung der Beklagten zu der
Annahme ihres Angebotes auf Abschluss eines Arbeitsvertrages und damit auf
Abgabe einer Willenserklärung der Beklagten, die mit Rechtskraft eines dem
Klageantrag stattgebenden Urteils gemäß § 894 Abs. 1 Satz 1 ZPO als ab-
gegeben gilt (*st. Rspr., Senat 25. Oktober 2007 - 8 AZR 989/06 - AP BGB*
§ 613a Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 80 mwN). Der
Inhalt des abzuschließenden Arbeitsvertrages ist im Klageantrag hinreichend
bezeichnet. Soweit der Rechtsstreit in der Revisionsinstanz noch anhängig ist,
verlangt die Klägerin von der Beklagten, dem Abschluss eines Arbeitsvertrages
ab dem 1. November 2005 zu den Bedingungen des Arbeitsvertrages vom
2. Mai 2002 mit der HP und einem Bruttomonatsverdienst von 1.694,87 Euro
zuzustimmen. Ihr ursprünglich weitergehender Antrag auf Zustimmung zum
Abschluss eines Arbeitsvertrages ab dem 18. Oktober 2005 ist wegen der
Rücknahme der Anschlussberufung durch die Klägerin nicht in die Revisions-
instanz gelangt.

b) Ob die Klage auch begründet ist, kann der Senat nicht entscheiden. 55

aa) Das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der HP war auf Grund der durch 56
die HP ausgesprochenen betriebsbedingten Kündigung zum 17. Oktober 2005
beendet worden. Damit bestand am 18. Oktober 2005, dem Zeitpunkt des
Betriebsüberganges auf die Beklagte, weder ein Arbeitsverhältnis der Klägerin
mit der HP noch ein solches mit der Beklagten, da es mangels Unterzeichnung
des von der Beklagten der Klägerin zugeleiteten Arbeitsvertragsentwurfes vom



28. September 2005 durch beide Parteien nicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrages zwischen der Beklagten und der Klägerin gekommen war. Dies hat das Landesarbeitsgericht dadurch rechtskräftig festgestellt, dass es die Klage auf Feststellung, zwischen der Klägerin und der Beklagten bestehe ein Arbeitsvertrag mit Eintrittsdatum 6. September 1999, abgewiesen und die Klägerin hiergegen keine Revision eingelegt hat.

bb) Ein Wiedereinstellungsanspruch kommt in Fällen wie dem vorliegenden nur dann in Betracht, wenn sich die einer betriebsbedingten Kündigung zugrunde liegende Vorstellung des Arbeitgebers über die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den Arbeitnehmer nachträglich als unzutreffend herausstellt. Dazu muss sich zwischen dem Ausspruch der Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist unvorhergesehen eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ergeben. Entsteht die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit erst nach Ablauf der Kündigungsfrist, kommt nur ausnahmsweise ein Wiedereinstellungsanspruch in Betracht (*Senat 25. Oktober 2007 - 8 AZR 989/06 - AP BGB § 613a Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 80*).

cc) Entsprechend der Rechtsprechung des Senats zum Wiedereinstellungsanspruch hat das Landesarbeitsgericht einen solchen ohne Rechtsfehler grundsätzlich in Erwägung gezogen. Ein Wiedereinstellungsanspruch der Klägerin könnte sich gegen die Beklagte richten, die ab 18. Oktober 2005 den Hotelkomplex in L übernommen hat.

Der Senat hat einen Wiedereinstellungsanspruch in Form eines Fortsetzungsanspruches des Arbeitnehmers gegenüber dem neuen Betriebsinhaber dann bejaht, wenn der Betriebsübergang zwar erst am Tage nach Ablauf der Kündigungsfrist stattgefunden hat, die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit jedoch schon während des Laufes der Kündigungsfrist entstanden und die ursprünglich bei Ausspruch der Kündigung anzustellende Prognose dadurch während des Laufes der Kündigungsfrist unzutreffend geworden war (*25. Oktober 2007 - 8 AZR 989/06 - AP BGB § 613a Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 80*).



Dieser Fortsetzungsanspruch wäre als Anspruch auf Wiedereinstellung nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB durch die Beklagte als neue Betriebsinhaberin zu erfüllen. Weder der frühere noch der neue Betriebsinhaber können sich auf die Wirksamkeit der Kündigung berufen, wenn die an sich wirksame Kündigung noch während des Laufes der Kündigungsfrist durch einen Fortsetzungsanspruch korrigiert werden müsste, weil mittlerweile Tatsachen entstanden sind, die die Prognose bei Kündigungsausspruch nachträglich als unzutreffend erscheinen lassen. Nichts anderes ergibt sich aus dem Europäischen Recht (*Senat 25. Oktober 2007 - 8 AZR 989/06 - aaO mwN*).

60

dd) Dem Klageantrag steht nicht entgegen, dass die Beklagte zu einem rückwirkenden Abschluss eines Arbeitsvertrages verurteilt werden soll. Nach § 306 BGB aF war die Verurteilung zur Eingehung eines rückwirkenden Vertragsverhältnisses ausgeschlossen. Daraus hat das Bundesarbeitsgericht geschlossen, eine Verurteilung zum Abschluss eines in der Vergangenheit liegenden Arbeitsvertrages sei nicht möglich (*28. Juni 2000 - 7 AZR 904/98 - BAGE 95, 171 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 6 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 5*). Diese Rechtslage hat sich mit dem Inkrafttreten des § 311a Abs. 1 BGB idF des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 ab 1. Januar 2002 geändert. Nach § 275 Abs. 1 BGB nF ist der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder jedermann unmöglich ist. Jedoch ist der rückwirkende Abschluss eines Vertrages nicht mehr nichtig. Damit ist auch eine dahingehende Verurteilung möglich. Nach § 894 ZPO gilt die Willenserklärung des Arbeitgebers auf Abschluss des begehrten Arbeitsvertrages mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben (*Senat 25. Oktober 2007 - 8 AZR 989/06 - AP BGB § 613a Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 80*).

61

ee) Rechtsfehlerhaft hat das Landesarbeitsgericht nicht in Erwägung gezogen, wann die Klägerin Kenntnis vom Betriebsübergang auf die Beklagte erlangt hat. Davon hängt es jedoch ab, ob der von der Klägerin geltend gemachte Fortsetzungsanspruch verwirkt ist.

62



Sowohl der HP als auch der Klägerin war noch während des Laufes der Kündigungsfrist, also vor dem 17. Oktober 2005 bekannt geworden, dass es zu einem Betriebsübergang von der HP auf die Beklagte kommen werde. Dies war bei der Klägerin der Fall, als ihr durch die Beklagte unter dem Datum 28. September 2005 der Abschluss eines Arbeitsvertrages mit einer Tätigkeit an ihrem bisherigen Arbeitsplatz angeboten wurde. Demgegenüber hatte die HP allein auf Grund der in ihrem Hotel vorgenommenen Umbaumaßnahmen Kenntnis von der Weiterführung des Hotelbetriebes durch die Beklagte.

63

Der Arbeitnehmer hat unverzüglich nach Kenntniserlangung von den den Betriebsübergang ausmachenden tatsächlichen Umständen sein Fortsetzungsverlangen gegenüber dem Arbeitgeber bzw. nach erfolgtem Betriebsübergang gegenüber dem Betriebserwerber zu stellen. Entsprechend der Frist zur Ausübung des Widerspruchsrechtes muss auch das Wiedereinstellungs- oder Fortsetzungsverlangen binnen einer Frist von einem Monat geltend gemacht werden, da der Zweck des Bestandsschutzes Phasen vermeidbarer Ungewissheit über das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses nicht rechtfertigt (*Senat 25. Oktober 2007 - 8 AZR 989/06 - AP BGB § 613a Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 80 mwN*).

64

Hätte die Klägerin vor dem Zeitpunkt des Zuganges des schriftlichen Arbeitsvertragsentwurfes vom 28. September 2005 keine Kenntnis von der Hotelübernahme durch die Beklagte gehabt, so wäre ihr Fortsetzungsverlangen rechtzeitig geltend gemacht worden. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass im Verlangen der Klägerin gegenüber dem im Namen der Beklagten die Hoteleröffnung organisierenden Dr. La auf Weiterbeschäftigung eine Geltendmachung ihres Fortsetzungsanspruches gesehen werden kann. Das am 19. Oktober 2005 geltend gemachte Verlangen wäre innerhalb der vom Senat geforderten Monatsfrist erfolgt. Eine gerichtliche Geltendmachung war nicht nötig. Für ein solches Erfordernis fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage.

65

Anders stellt sich der Fall jedoch dar, wenn - wie die Beklagte vorgebracht hat - die Klägerin, ebenso wie die HP, bereits zu einem früheren

66



Zeitpunkt wusste, dass die Beklagte den Hotelbetrieb ab dem 18. Oktober 2005 im Wege eines Betriebsüberganges übernehmen werde.

Ob dieser Einwand der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten zutreffend ist, wird das Landesarbeitsgericht aufzuklären haben. Daneben muss das Landesarbeitsgericht auch prüfen, ob die Klägerin möglicherweise zur Geltendmachung eines Wiedereinstellungsanspruches vor dem 19. Oktober 2005 deshalb nicht verpflichtet war, weil sie auf Grund konkreter, von der HP oder der Beklagten abgegebener Erklärungen oder gesetzter Umstände davon ausgehen durfte, die Beklagte werde sie auch ohne Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages weiter beschäftigen.

67

Deshalb konnte der Senat den Rechtsstreit nach § 563 Abs. 3 ZPO nicht selbst entscheiden, sondern hatte die Sache gemäß § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

68

Hauck

Böck

Laux

Morsch

Andreas Henniger



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

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