

**Betriebsübergang: Kein Seitenwechsel, wenn die Identität des Neuen nicht bekannt ist**

Teilt ein Unternehmer seinen Mitarbeitern zwar mit, dass ein Bereich seines Betriebes auf ein anderes Unternehmen übergehe, informiert er jedoch nicht im Detail über die Identität dieser Firma, so können die Arbeitnehmer auch noch nach Ablauf eines Monats — der gesetzlichen Widerspruchsfrist — verlangen, beim bisherigen Arbeitgeber weiterbeschäftigt zu werden. (Hier hatte es nur die Information gegeben, dass eine „neue GmbH“ die Arbeitsverhältnisse der betroffenen Arbeitnehmer fortführe. Das hatte ein Angestellter — ergebnislos — beanstandet. Monate später widersprach er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die „neue GmbH“. Das BAG gab ihm Recht: Die Monatsfrist habe wegen der mangelhaften Information seines bisherigen Arbeitgebers nicht zu laufen begonnen.)

Quelle: Wolfgang Büser

**Umfang der Informationspflichten bei einem Betriebsübergang; Wirksamer Widerspruch gegen einen Betriebsübergang; Fortbestehen eines Arbeitsverhältnisses nach einem Betriebsübergang**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 21.08.2008

**Aktenzeichen:** 8 AZR 407/07

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2008, 24519

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

ArbG Frankfurt am Main - 02.02.2006 - AZ: 19 Ca 6709/05 u.a.

LAG Hessen - 24.01.2007 - AZ: 6 Sa 849/06

**Rechtsgrundlagen:**

§ 613a Abs. 2 BGB

§ 613a Abs. 5 BGB

§ 613a Abs. 6 S. 1 BGB

**Fundstellen:**

AiB-newsletter 2008, 4 (Pressemitteilung)

AuA 2010, 123

AuA 2010, 377-378

AuA 2008, 623 (Kurzinformation)

AuR 2008, 311 (Kurzinformation)

AUR 2008, 311 (Kurzinformation)

BB 2009, 670-671

BB 2008, 1954 (Pressemitteilung)

BBW 2009, 40  
DB 2008, XX Heft 35 (Pressemitteilung)  
DB 2008, 2839 (red. Leitsatz)  
EWiR 2009, 77 (Volltext mit red. LS u. Anm.)  
EzA-SD 24/2008, 12  
EzA-SD 18/2008, 8 (Pressemitteilung)  
FA 2009, 47  
FA 2009, 56 (amtl. Leitsatz)  
FA 2008, 312 (Pressemitteilung)  
JuS 2008, IX Heft 10 (Pressemitteilung)  
MDR 2008, R9 (Kurzinformation)  
NJ 2008, IV Heft 10 (Pressemitteilung)  
NZA 2009, 76-77  
NZA 2009, 512  
NZA 2008, VI Heft 17 (Kurzinformation)  
NZA-RR 2009, 62-65 (Volltext mit red. LS)  
RdW 2008, VI Heft 20 (Kurzinformation)  
schnellbrief 2008, 8 (Pressemitteilung)  
StX 2008, 575-576  
ZBVR online 2008, 23 (amtl. Leitsatz)  
ZInsO 2008, VI Heft 23 (Pressemitteilung)  
ZIP 2009, 1295  
ZIP 2008, A68 (Kurzinformation)  
ZMV 2008, 265-266 (Pressemitteilung)

---

## **BAG, 21.08.2008 - 8 AZR 407/07**

### **Redaktioneller Leitsatz:**

1. Beruft sich ein Arbeitnehmer darauf, dass er nach einer Betriebsübernahme sowohl mit dem alten wie auch mit dem neuen Arbeitgeber in einem Arbeitsverhältnis steht, so sind seine beiden Klagen nicht unschlüssig. Wenn sich im Rahmen der Begründetheitsprüfung ergeben sollte, dass nur zu einer oder keiner Partei ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, wären die Klagen dementsprechend als unbegründet abzuweisen.

2. Wenn kein Betriebsteilübergang stattgefunden hat, besteht noch ein Arbeitsverhältnis zu dem alten Arbeitgeber. Hat aber ein solcher stattgefunden, kommt es darauf an, ob der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses nach § 613a Abs. 1 BGB im Wege eines Betriebsübergangs rechtzeitig widersprochen hat.
3. Geht ein Widerspruch zwar nicht gemäß § 613a Abs. 6 S. 1 innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung über den beabsichtigten Betriebsteilübergang ein, ist dieser dann nicht verspätet, wenn die Monatsfrist noch nicht zu laufen begonnen hatte. Nur aufgrund einer ordnungsgemäßen Unterrichtung beginnt die Widerspruchsfrist zu laufen. Weder durch eine unterbliebene noch durch eine nicht ordnungsgemäße Unterrichtung wird diese Frist in Gang gesetzt. Dies folgt zum einen aus dem Wortlaut des § 613a Abs. 6 BGB, wonach der Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats "nach Zugang der Unterrichtung nach Absatz 5" widersprechen kann. Damit setzt § 613a Abs. 6 BGB eine den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB genügende Unterrichtung voraus. Zum anderen ergibt sich dies auch zwingend aus dem Sinn und Zweck der in § 613a Abs. 5 BGB geregelten Unterrichtungspflicht. Danach haben Veräußerer und/oder Erwerber den Arbeitnehmer so zu informieren, dass dieser sich über die Person des Übernehmers und über die in § 613a Abs. 5 BGB genannten Umstände ein Bild machen kann. Er soll durch die Unterrichtung eine ausreichende Wissensgrundlage für die Ausübung oder Nichtausübung seines Widerspruchsrechtes erhalten.
4. Die erteilten Informationen müssen zutreffend sein. Ihr Inhalt richtet sich nach dem Kenntnisstand des Veräußerers und des Erwerbers zum Zeitpunkt der Unterrichtung. Ob die erteilte Unterrichtung den Vorgaben des § 613a Abs. 5 BGB entsprochen hat, unterliegt der gerichtlichen Überprüfung. Entspricht eine Unterrichtung zunächst formal den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB und ist sie nicht offensichtlich fehlerhaft, so ist es Sache des Arbeitnehmers, einen Mangel näher darzulegen, wenn er die unzureichende oder fehlerhafte Information über den geplanten Betriebsübergang rügt. Hierzu ist er im Rahmen einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast nach § 138 Abs. 3 ZPO verpflichtet. Die Unterrichtungsverpflichteten müssen sodann die Einwände des Arbeitnehmers mittels entsprechender Darlegungen und Beweisantritte entkräften.
5. Obwohl in § 613a Abs. 5 BGB nicht ausdrücklich erwähnt, gehört zu einer Unterrichtung über einen Betriebsübergang und damit über den Übergang des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers, dass diesem eindeutig mitgeteilt wird, auf wen der Betrieb übergehen soll und wer damit sein neuer Arbeitgeber wird. Deshalb ist der Arbeitnehmer über die Identität des Betriebsübernehmers zu informieren, was die Angabe des Namens oder der Firma (§ 17 Abs. 1 HGB) des Erwerbers nebst Anschrift erfordert. Soll der Betriebsteil auf eine neu zu gründende GmbH übergehen, muss diese konkret bezeichnet werden. Wird die Bezeichnung auch nach Gründung der GmbH unterlassen, liegt ein Verstoß gegen die Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB vor.
6. Auch wenn dem Arbeitnehmer der Entwurf eines Überleitungsvertrages vorgelegt wird, aus der sich eine eindeutige Benennung des neuen Arbeitgebers ergibt, auf den das Arbeitsverhältnis "übergeleitet" werden soll, stellt dies keine Unterrichtung i.S.d. § 613a Abs. 5 BGB über die Person eines Betriebserwerbers nach § 613a Abs. 1 BGB dar, wenn zugleich der Eindruck erweckt wird, sein Arbeitsverhältnis solle mittels einer Änderung des bestehenden Arbeitsvertrages mit einem anderen Arbeitgeber weitergeführt werden und nicht im Wege eines Betriebsteilüberganges nach § 613a Abs. 1 BGB auf diesen neuen Arbeitgeber übergehen.
7. Auch wenn der Arbeitnehmer seit dem Betriebsteilübergang seine Arbeitsvergütung von dem neuen Arbeitgeber bezogen und für diesen seine Arbeitsleistung erbracht hat, ersetzt dies nicht eine ordnungsgemäße Unterrichtung i.S.d. § 613a Abs. 5 BGB durch die beteiligten Arbeitgeber über die Identität des Betriebserwerbers nach § 613a Abs. 1 BGB.
8. Zudem fehlt es auch an einer Information, wie sich nach § 613a Abs. 2 BGB die Haftung für die Verpflichtungen gegenüber dem Arbeitnehmer zwischen dem alten und dem neuen Betriebsinhaber aufteilt. Zu den rechtlichen Folgen eines Betriebsübergangs, über die der Arbeitnehmer gem. § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB zu unterrichten ist, gehört auch die Gesamtschuldnerschaft des Übernehmers und des Veräußerers sowie deren anteilige Haftung nach § 613a Abs. 2 BGB.
9. Dass das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 S. 1 BGB schon von Gesetzes wegen an eine Frist gebunden ist, schließt die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Verwirkung nicht aus. Mit der Verwirkung, einem Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung, wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen (§ 242 BGB). Sie dient dem Vertrauensschutz des Schuldners. Ein solches Vertrauen kann sich bilden, wenn der Gläubiger längere Zeit seine Rechte

nicht geltend macht (Zeitmoment). Dabei muss der Berechtigte unter Umständen untätig geblieben sein, welche den Eindruck erweckt haben, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, sodass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (Umstandsmoment). Das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf Seiten des Verpflichteten muss das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass dem Verpflichteten die Erfüllung des Anspruches nicht mehr zuzumuten ist. Würde allein die widerspruchslose Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebserwerber das sog. Umstandsmoment erfüllen, so würde das Ziel, nicht ordnungsgemäß unterrichteten Arbeitnehmern das Widerspruchsrecht zu erhalten, unterlaufen.

In Sachen

...

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

#### **Tenor:**

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 24. Januar 2007 - 6 Sa 849/06 - aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Teilurteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 2. Februar 2006 - 19 Ca 6709/05 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat auch die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

#### **Tatbestand**

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen über den 1. März 2005 hinaus ein Arbeitsverhältnis fortbesteht.
- 2 Der Kläger war bei der Beklagten seit 1988 als Angestellter im Verkauf beschäftigt. Die Beklagte ist ein Großhandelsunternehmen für Farben, Farbprodukte, Tapeten und Teppichwaren. Neben diesem Kerngeschäft betrieb sie bis Ende Februar 2005 in getrennten Geschäftsräumen einen Einzelhandel für Künstlerbedarf, den sog. A Shop. Dort wurden acht Arbeitnehmer, darunter der Kläger, beschäftigt.
- 3 Mitte 2004 beschloss die Beklagte wegen defizitärer Betriebsergebnisse den Geschäftsbereich Künstlerbedarf in eine neue GmbH auszugliedern und an dieser einen weiteren Gesellschafter zu beteiligen. Sie hatte seit September 2004 mit verschiedenen Interessenten Kontakt aufgenommen. Die A GmbH (genannt "Tube") bekundete ihr Interesse, zum 1. Juli 2005 die Mehrheit der künftigen Geschäftsanteile an der neu zu gründenden GmbH zu übernehmen.
- 4 Mit Schreiben vom 10. Januar 2005 teilte die Beklagte dem Kläger mit:

*"...der A Shop ist nunmehr seit rd. 1,5 Jahren in der E ansässig. Wie Sie wissen, hat sich nach dem Umzug der notwendige Erfolg bis heute leider nicht eingestellt. Die bisher ergriffenen Maßnahmen haben nicht die gewünschten und notwendigen Auswirkungen gezeigt. In den letzten Jahren, auch vor dem Umzug haben wir jährlich Rückgänge verkraften müssen, die bis heute dazu geführt haben, dass wir*

*jährlich erhebliche Verluste verkraften müssen. Trotzdem sehen wir für den A Shop weiterhin gute Chancen und eine ganz klare Daseinsberechtigung. Leider können wir diese nicht mehr alleine und aus eigener Kraft realisieren.*

*Wir haben uns entschlossen zum 01.02.2005, spätestens jedoch zum 01.03.2005, den Bereich A Shop, Mal- und Zeichenbedarf sowie Künstlerartikel aus der F GmbH auszugliedern und hierfür eine eigene GmbH zu gründen. An dieser neuen GmbH will sich eine überregionale Fachhandelsgruppe aus dem Mal- und Zeichenbedarf beteiligen. Durch diese Beteiligung eröffnen sich für den A Shop neue Möglichkeiten, da die neue GmbH von dem Know How, den Einkaufsmöglichkeiten und den Kontakten der Gruppe nur profitieren kann.*

*Die neue GmbH hat u.a. folgende Vorteile:*

*- Sie kann, losgelöst von der F GmbH, ein eigenes Profil entwickeln*

*- Durch die Beteiligung ergeben sich*

*andere/mehr Werbeaufträge*

*bessere Einkaufskonditionen*

*bessere/straffere Sortimente*

*Zugang zu Direktimporte*

*mehr Know How*

*Die Gründung der neuen GmbH ist für Sie mit folgenden Veränderungen verbunden:*

*Ihr Dienstverhältnis mit der F GmbH geht mit allen Rechten und Pflichten auf die neue GmbH über. Diese hat auch Ihnen gegenüber alle Rechte Pflichten. D.h., dass der Status, den Sie heute bei der F GmbH haben 1 : 1 auf die neue GmbH übernommen wird. Dies ist u.a.*

*- Anspruch auf Urlaubsgeld*

*- Anspruch auf Gratifikation*

*- Urlaubsanspruch*

*- Firmenzugehörigkeit*

*- Essensgeldzuschüsse*

*- Fahrkartenzuschüsse*

*- sowie alle sonstigen tariflichen Vereinbaren nach dem Tarifvertrag für den Verband Großhandel Außenhandel Verlage und Dienstleistungen Hessen e. V.*

*Im Zusammenhang mit dem Betriebsteilübergang sind keine Kündigungen vorgesehen. Kündigungen wegen des Betriebsteilübergangs wären zudem gemäß § 613a Abs. 4 BGB unwirksam. Auch nach dem Betriebsteilübergang genießen Sie in der neuen GmbH den Kündigungsschutz nach dem KSchG .*

*In der neuen GmbH werden Sie mit Ihrer bisherigen arbeitsvertraglich vorgesehenen Tätigkeit weiter betraut. Eine Änderung Ihres Arbeitsvertrages ist*

nicht geplant.

*Gegen den Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses auf die neue GmbH können sie innerhalb eines Monats nach Zugang dieses Schreibens schriftlich Widerspruch erheben. Der Widerspruch muss innerhalb der Monatsfrist der F GmbH oder ggfs. der neuen GmbH zugehen. Widersprechen Sie dem Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses, verbleibt dieses bei der F GmbH. Wegen des Betriebsteilüberganges ist jedoch Ihr Arbeitsplatz bei der F GmbH entfallen, sodass Sie in diesem Fall mit einer betriebsbedingten Kündigung rechnen müssen.*

*Wir möchten an dieser Stelle noch einmal deutlich darauf hinweisen, dass uns an dem Fortbestand des A Shops viel gelegen ist, und wir daher lange nach Mitteln und Wegen gesucht haben um den Fortbestand zu gewährleisten. Wir sind sicher, dass wir jetzt den richtigen Weg gefunden haben.*

*Bitte bestätigen Sie den Erhalt dieses Schreibens auf der beiliegenden Kopie.  
Danke ..."*

- 5 Mit notarieller Urkunde vom 22. Februar 2005 gründeten die Beklagte und die J GmbH eine GmbH mit dem Namen "J A GmbH" (im Folgenden: A GmbH). Deren Eintragung in das Handelsregister wurde am selben Tage beim Amtsgericht Frankfurt am Main angemeldet. Am 1. März 2005 schloss die Beklagte mit der "J A GmbH i. G." einen "Geschäftsübernahmevertrag", welcher - soweit hier von Interesse folgenden Inhalt hat:

### ***"§ 1 Allgemeiner Kaufgegenstand, Stichtag***

#### *1.1*

*Die Verkäuferin verkauft und überträgt im Wege des "Asset Deal" den Geschäftsbereich Künstler mit den in diesem Vertrag genannten Wirtschaftsgütern an die Käuferin.*

#### *1.2*

*Die Käuferin übernimmt ausschließlich die in diesem Vertrag aufgeführten Rechte und Pflichten, jeweils immer nur bezogen auf den Geschäftsbereich Künstler.*

#### *1.3*

*Stichtag im Sinne dieses Vertrags ist der 1. März 2005, 00.00 Uhr. Die im Rahmen dieses Vertrags verkauften und übertragenen Gegenstände und Rechte gehen mit dinglicher Wirkung ab dem Stichtag auf die Käuferin über.*

### ***§ 2 Betriebs- und Geschäftsausstattung***

#### *2.1*

*Die Verkäuferin verkauft und übereignet an die Käuferin die Betriebs- und Geschäftsausstattung (einschließlich der geringwertigen) Wirtschaftsgüter, die sich aus der diesem Vertrag beigefügten*

### ***Anlage 1***

*ergibt."*

- 6 Nachdem die Beklagte und die A GmbH i.G. dem Kläger mit Schreiben vom 31. Januar 2005 einen sog. Überleitungsvertrag angeboten hatten, richteten die klägerischen Prozessbevollmächtigten zwei Schreiben an die Beklagte.

- 7 Im Schreiben vom 10. März 2005 heißt es ua.:

*"Mir liegt das Angebot für einen Überleitungsvertrag vom 01.03.2005 vor.*

*Bevor ich meinem Mandanten abschließend für seine Entscheidung einen Rat geben kann, bitte ich Sie, mir noch nähere Einzelheiten zu den Voraussetzungen eines Betriebsüberganges mitzuteilen, die mir bisher noch nicht ganz nachvollziehbar sind. Insbesondere bitte ich Sie um eine Unterrichtung gemäß § 613a Abs. 5 BGB .*

*Ich werde nach Erhalt Ihrer Stellungnahme auf die Sache zurückkommen."*

8 Das Schreiben vom 14. März 2005 lautet ua.:

*"...*

*zur Information gemäß Ihrem Schreiben vom 10.01.2005 nehme ich Stellung:*

*In der Information wurde angekündigt, dass zum 01.02.2005, spätestens jedoch zum 01.03.2005, eine eigene GmbH gegründet wird, an der sich eine überregionale Fachhandelsgruppe aus dem Mal- und Zeichenbedarf beteiligen wird.*

*Bis jetzt ist nicht erkennbar, dass eine solche GmbH gegründet wurde. Es ist auch nicht erkennbar, dass eine überregionale Fachhandelsgruppe sich beteiligt. Dies sind wesentliche Bestandteile der Information vom 10.01.2005, die ich damit für überholt halte. Ich bitte Sie dazu um Ihre Stellungnahme. Um Ihre Stellungnahme bitte ich Sie auch, was unter ‚Verbundunternehmen‘ zu verstehen ist.*

*Schließlich sehe ich keine Veranlassung dafür, dass meine Mandanten einen Überleitungsvertrag unterschreiben sollen. Entweder ergibt sich ein Übergang des Arbeitsverhältnisses aus dem Gesetz - Betriebsübergang - oder eben nicht.*

*Bevor keine umfassende Information vorliegt und Ungewissheit besteht, wie es mit dem Unternehmen weiter geht, kann eine abschließende Stellungnahme nicht abgegeben werden. Insbesondere kann ich meinen Mandanten nicht empfehlen, einen Überleitungsvertrag zu unterzeichnen."*

9 Die Beklagte antwortete dem Kläger daraufhin mit Schreiben vom 12. Juli 2005 wie folgt:

*"1.*

*Die derzeitige Situation*

*Die J A GmbH macht jeden Monat nicht unerhebliche Verluste.*

*Der Fortbestand dieser Gesellschaft wird derzeit einzig durch die Vergabe von Gesellschafterdarlehen gewährleistet. Diese Darlehen werden im Hinblick auf den Verkauf dieser Gesellschaft an die ‚Tube‘ gewährt. Es ist eine Investition, die die Gesellschafter tätigen, auch wenn diese mit Verlusten verbunden ist, um den Fortbestand der Gesellschaft vorerst sicherzustellen. Ihre Arbeitsplätze werden hiermit ebenfalls vorerst gesichert. Diese Investitionen werden die Gesellschafter aber nicht über das Jahresende 2005 hinaus tätigen können.*

*2.*

*Rahmenbedingungen für eine Übernahme*

*Herr H hat auf o.g. Besprechung aufgezeigt, unter welchen Voraussetzungen er sich mit seinen Partnern eine Übernahme der J A GmbH vorstellen kann. Herr H hat klar zum Ausdruck gebracht, dass eine Sanierung nur möglich ist, wenn alle Mitarbeiter bereit sind auf einen Teil ihrer Bezüge zu verzichten. Weiterhin muss*

*jeder Mitarbeiter flexibel sein, damit er in allen Bereichen eingesetzt werden kann.*

*Welche konkreten Erwartungen Herr H hat, dürfen wir Ihnen anbei mitteilen.*

*Herr H hatte angesprochen, dass man über ein Bonussystem nachdenkt. Dieses Bonussystem würde einsetzen, wenn die Gesellschaft wieder auf Erfolgskurs ist. Konkrete Zahlen konnte er noch nicht nennen."*

- 10** Die A GmbH erwarb in der Folgezeit keine Geschäftsanteile an der A GmbH. Nachdem die Gesellschafter der A GmbH am 29. Juli 2005 die Liquidation der Gesellschaft beschlossen hatten, stellten sie am 31. August 2005 Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Dieses wurde am 1. November 2005 über das Vermögen der mittlerweile als "D GmbH i.L." firmierenden Insolvenzschuldnerin eröffnet.
- 11** Bereits mit zwei Schreiben vom 15. Juli 2005 hatten die Prozessbevollmächtigten des Klägers der Beklagten und der A GmbH mitgeteilt:
- "... ich beziehe mich auf das Schreiben der J A GmbH an meinen Mandanten vom 12.07.2005 und die diversen Gespräche mit Ihren Mitarbeitern, zuletzt heute, mit der Androhung der Insolvenz:*
- Danach ist jetzt konkret zu befürchten, dass die J A GmbH zum Jahresende liquidiert wird. Mit Hinblick auf diese neue Situation und neue Information erkläre ich für meinen Mandanten:*
- Ich bin nach wie vor der Auffassung, dass das Arbeitsverhältnis von der Firma F GmbH noch nicht auf die J A GmbH übergegangen ist. Auf jeden Fall widerspreche ich für meinen Mandanten dem Betriebsübergang und verlange weiter Beschäftigung bei der F GmbH wie bisher."*
- 12** Die A GmbH i.L. kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit Schreiben vom 29. Juli 2005 "ordentlich zum nächstmöglichen Termin". Mit Schreiben vom 11. August 2005 kündigte sie dann "vorsorglich ordentlich nochmals zum nächstmöglichen Termin" und gab als solchen den 31. März 2006 an.
- 13** Der Kläger hat zunächst das Vorliegen eines Betriebsübergangs bestritten und vorsorglich geltend gemacht, dass das Schreiben der Beklagten vom 10. Januar 2005 keine ordnungsgemäße Unterrichtung gemäß § 613a Abs. 5 BGB über den beabsichtigten Betriebsteilübergang darstelle. Auch wenn ein Betriebsteilübergang zustande gekommen sein sollte, hätte er am 15. Juli 2005 noch rechtzeitig dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH widersprochen. Es sei davon auszugehen, dass er sowohl mit der Beklagten als auch mit der A GmbH in einem Arbeitsverhältnis stehe.
- 14** Der Kläger hat beantragt
- festzustellen, dass zwischen ihm und der Beklagten ein Arbeitsverhältnis zu unveränderten Arbeitsbedingungen über den 1. März 2005 hinaus fortbesteht.
- 15** Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.
- 16** Sie macht geltend, es habe ein Betriebsteilübergang auf die A GmbH stattgefunden. Über diesen habe sie den Kläger entsprechend den gesetzlichen Vorgaben ordnungsgemäß unterrichtet gehabt, so dass sein Widerspruch nach § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB verspätet gewesen sei. Außerdem sei die Klage unschlüssig, weil der Kläger gleichzeitig mit seiner Feststellungsklage gegen die Beklagte eine Kündigungsschutzklage gegen die von der A GmbH i.L. ausgesprochenen Kündigungen erhoben habe.

- 17** Das Arbeitsgericht hat durch Teilurteil der gegen die Beklagte gerichteten Feststellungsklage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen und die Revision zugelassen.

Mit dieser erstrebt der Kläger die Wiederherstellung der arbeitsgerichtlichen Entscheidung. Dabei greift er ausdrücklich die Feststellungen des Berufungsgerichts zum Vorliegen eines Betriebsteilübergangs nicht an.

Die Beklagte beantragt

die Zurückweisung der Revision.

### **Entscheidungsgründe**

- 18** Die Revision des Klägers ist zulässig und begründet. Da weiterhin ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten besteht, hat das Landesarbeitsgericht die Klage zu Unrecht abgewiesen.

- 19** **A.**

Dieses hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet.

- 20** **I.**

Die Feststellungsklage sei nicht unschlüssig. Sei streitig, ob das Arbeitsverhältnis zum Betriebsveräußerer (fort)bestehe oder auf einen Betriebserwerber übergegangen sei, so könne der Arbeitnehmer gegen den kündigenden Arbeitgeber vorgehen und gleichzeitig eine Feststellungsklage gegen den anderen möglichen Arbeitgeber erheben. Der Arbeitnehmer könne nicht auf die Möglichkeit verwiesen werden, die Prozesse nacheinander zu führen. Er riskiere im Falle der nachrangigen Erhebung der Kündigungsschutzklage - auch unter Berücksichtigung der Möglichkeit einer nachträglichen Klagezulassung - die Klageabweisung wegen Nichteinhaltung der Klagefrist nach dem KSchG. Bei der nachrangigen Erhebung der allgemeinen Feststellungsklage gegen den weiter in Anspruch genommenen Arbeitgeber riskiere er die Abweisung der Klage wegen Verwirkung.

- 21** **II.**

Es habe einen Betriebsübergang auf die Insolvenzschuldnerin, die ehemalige J A GmbH (A GmbH), jetzt D GmbH i.L., stattgefunden. Diese habe die wesentlichen materiellen und immateriellen Betriebsmittel übernommen, die zuvor schon bei der Beklagten einer organisatorischen Untergliederung zugeordnet gewesen seien. Weiter sei sie in die bestehenden Kundenbeziehungen eingetreten und habe die dem A Shop angehörenden Arbeitnehmer übernommen. Letztlich habe der Kläger auch nicht substantiiert bestritten, dass der A Shop ab dem 1. März 2005 von der A GmbH fortgeführt worden sei.

- 22** **III.**

Der Widerspruch des Klägers mit Schreiben vom 15. Juli 2005 gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses sei nicht innerhalb der Monatsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB erklärt worden und damit verspätet. Die Unterrichtung durch die Beklagte vom 10. Januar 2005 über den Betriebsübergang habe den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB genügt und damit die Widerspruchsfrist in Lauf gesetzt.

- 23** **B.**

Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

**24 I.**

Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die erhobene Feststellungsklage nicht deshalb unschlüssig ist, weil der Kläger zeitgleich eine Kündigungsschutzklage gegen die von der A GmbH ausgesprochenen Kündigungen erhoben hat.

**25** Der Kläger hat sich darauf berufen, er habe nach dem 1. März 2005 sowohl mit der Beklagten als auch mit der A GmbH in einem Arbeitsverhältnis gestanden, so dass zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigungen durch die A GmbH auch mit dieser ein Arbeitsverhältnis bestanden habe. Somit macht der Kläger mit seinen Klageanträgen die Feststellung der von ihm behaupteten Rechtslage geltend, nämlich die Feststellung, dass zwischen ihm und der Beklagten über den 1. März 2005 hinaus ein Arbeitsverhältnis bestanden habe und dass sein daneben mit der A GmbH bestehendes Arbeitsverhältnis durch deren Kündigungen vom 29. Juli 2005 und 11. August 2005 nicht aufgelöst worden sei, sondern fortbestehe.

**26** Da der Kläger sich auf den Bestand zweier Arbeitsverhältnisse mit beiden beklagten Parteien beruft, sind seine Klagen nicht unschlüssig. Wenn sich im Rahmen der Begründetheitsprüfung ergeben sollte, dass nur zu einer oder keiner Partei ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, wären die Klagen dementsprechend als unbegründet abzuweisen.

**27 II.**

Unzutreffend hat das Landesarbeitsgericht jedoch angenommen, der Kläger habe dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses nach § 613a Abs. 1 BGB im Wege eines Betriebsübergangs auf die A GmbH nicht rechtzeitig widersprochen.

**28 1.**

Für die Entscheidung des Rechtsstreits kann dahinstehen, ob ein solcher Betriebsteilübergang stattgefunden hat. Von einem solchen geht neben dem Berufungsgericht und der Beklagten mittlerweile auch der Kläger aus, wie sich daraus ergibt, dass er in seiner Revisionsbegründung erklärt hat, er wolle die diesbezüglichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht angreifen.

**29 2.**

Wenn am 1. März 2005 kein Betriebsteilübergang bezüglich des Betriebsteiles "A Shop", in dem der Kläger beschäftigt war, von der Beklagten auf die A GmbH stattgefunden hat, ist die Klage bereits deshalb begründet, weil dann das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien über den 31. März 2005 hinaus fortbestanden hat.

**30 3.**

Hat hingegen der Betriebsteilübergang stattgefunden, ist das Arbeitsverhältnis des Klägers deshalb nicht auf die A GmbH übergegangen, weil er diesem Übergang nach § 613a Abs. 6 BGB wirksam widersprochen hat.

**31 a)**

Der mit Schreiben vom 15. Juli 2005 gegenüber der Beklagten und der A GmbH erklärte Widerspruch des Klägers gegen den "Betriebsübergang" war nicht verspätet. Zwar war er nicht innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung vom 10. Januar 2005 über den beabsichtigten Betriebsteilübergang erfolgt, § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB, jedoch hatte die Monatsfrist noch nicht zu laufen begonnen, weil die Unterrichtung des Klägers durch die Beklagte fehlerhaft

war.

- 32** Nur auf Grund einer ordnungsgemäßen Unterrichtung beginnt die Widerspruchsfrist zu laufen. Weder durch eine unterbliebene noch durch eine nicht ordnungsgemäße Unterrichtung wird diese Frist in Gang gesetzt (*st. Rspr., vgl. Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - BAGE 119, 91 = AP BGB § 613a Nr. 312 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 56*). Dies folgt zum einen aus dem Wortlaut des § 613a Abs. 6 BGB, wonach der Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats "nach Zugang der Unterrichtung nach Absatz 5" widersprechen kann. Damit setzt § 613a Abs. 6 BGB eine den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB genügende Unterrichtung voraus. Zum anderen ergibt sich dies auch zwingend aus dem Sinn und Zweck der in § 613a Abs. 5 BGB geregelten Unterrichtungspflicht. Danach haben Veräußerer und/oder Erwerber den Arbeitnehmer so zu informieren, dass dieser sich über die Person des Übernehmers und über die in § 613a Abs. 5 BGB genannten Umstände ein Bild machen kann. Er soll durch die Unterrichtung eine ausreichende Wissensgrundlage für die Ausübung oder Nichtausübung seines Widerspruchsrechtes erhalten (*Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - a.a.O.*).
- 33** b)
- Die Beklagte hat den Kläger nicht ordnungsgemäß über den Betriebsteilübergang unterrichtet.
- 34** Die erteilten Informationen müssen zutreffend sein. Ihr Inhalt richtet sich nach dem Kenntnisstand des Veräußerers und des Erwerbers zum Zeitpunkt der Unterrichtung. Ob die erteilte Unterrichtung den Vorgaben des § 613a Abs. 5 BGB entsprochen hat, unterliegt der gerichtlichen Überprüfung (*Senat 14. Dezember 2006 - 8 AZR 763/05 - AP BGB § 613a Nr. 318 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 63*).
- 35** Entspricht eine Unterrichtung zunächst formal den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB und ist sie nicht offensichtlich fehlerhaft, so ist es Sache des Arbeitnehmers, einen Mangel näher darzulegen, wenn er die unzureichende oder fehlerhafte Information über den geplanten Betriebsübergang rügt. Hierzu ist er im Rahmen einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast nach § 138 Abs. 3 ZPO verpflichtet. Die Unterrichtungsverpflichteten müssen sodann die Einwände des Arbeitnehmers mittels entsprechender Darlegungen und Beweisantritte entkräften (*Senat 14. Dezember 2006 - 8 AZR 763/05 - a.a.O.*).
- 36** Die schriftliche Unterrichtung des Klägers durch die Beklagte über den Betriebsteilübergang des A Shop genügt bereits den formalen Anforderungen nicht, welche § 613a Abs. 5 BGB an eine Unterrichtung stellt. Aus diesem Grunde ist es auch nicht entscheidungserheblich, ob der Kläger diesen Mangel in den Vorinstanzen bereits ausdrücklich gerügt hatte.
- 37** Obwohl in § 613a Abs. 5 BGB nicht ausdrücklich erwähnt, gehört zu einer Unterrichtung über einen Betriebsübergang und damit über den Übergang des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers, dass diesem eindeutig mitgeteilt wird, auf wen der Betrieb übergehen soll und wer damit sein neuer Arbeitgeber wird. Deshalb ist der Arbeitnehmer über die Identität des Betriebsübernehmers zu informieren, was die Angabe des Namens oder der Firma (§ 17 Abs. 1 HGB) des Erwerbers nebst Anschrift erfordert (*Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - BAGE 119, 91 = AP BGB § 613a Nr. 312 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 56*). Bereits daran fehlt es im Unterrichtungsschreiben der Beklagten vom 10. Januar 2005. Diese hat lediglich mitgeteilt, dass sie sich entschlossen habe, zum 1. Februar 2005, spätestens jedoch zum 1. März 2005, den Bereich A Shop, Mal- und Zeichenbedarf sowie Künstlerartikel aus der F GmbH auszugliedern und hierfür "eine eigene GmbH" zu gründen. Weiter hat die Beklagte ausgeführt: "Ihr Dienstverhältnis mit der F GmbH geht mit allen Rechten und Pflichten auf die neue GmbH über". Des Weiteren hat sie den Kläger auf die Möglichkeit eines Widerspruches gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die "neue GmbH" hingewiesen sowie darauf, dass dieser innerhalb von einem Monat der "F GmbH oder ggfs. der neuen GmbH" zugehen müsse.

**38**

Um wen es sich bei dieser im Unterrichtungsschreiben mehrfach erwähnten "neuen GmbH" handelt, hat die Beklagte dem Kläger nicht mitgeteilt. Es fehlt somit an der konkreten Bezeichnung des Betriebserwerbers.

39 Auch nachdem die A GmbH am 22. Februar 2005 gegründet worden war, haben weder die Beklagte noch die A GmbH den Kläger über die Identität dieser als Betriebserwerberin vorgesehenen Gesellschaft förmlich ( § 613a Abs. 5 BGB ) unterrichtet.

40 Ob der dem Kläger zugeleitete Entwurf eines Überleitungsvertrages zwischen der Beklagten und dem Kläger eine eindeutige Benennung des neuen Arbeitgebers, auf den das Arbeitsverhältnis "übergeleitet" werden sollte, enthält, kann dahinstehen. Durch die Übermittlung des Überleitungsvertrages wurde für den Kläger der Eindruck vermittelt, sein Arbeitsverhältnis solle mittels einer Änderung des mit der Beklagten bestehenden Arbeitsvertrages mit einem anderen Arbeitgeber weitergeführt werden und nicht im Wege eines Betriebsteilüberganges nach § 613a Abs. 1 BGB auf diesen neuen Arbeitgeber übergehen. Damit stellte die Übermittlung des Vertragsentwurfs keine Unterrichtung i.S.d.. § 613a Abs. 5 BGB über die Person eines Betriebserwerbers nach § 613a Abs. 1 BGB dar.

41 Dass der Kläger ab dem 1. März 2005 seine Arbeitsvergütung von der A GmbH bezogen und für diese seine Arbeitsleistung erbracht hat, ersetzt nicht eine ordnungsgemäße Unterrichtung i.S.d.. § 613a Abs. 5 BGB durch die Beklagte bzw. die A GmbH über die Identität des Betriebserwerbers nach § 613a Abs. 1 BGB .

42 c)

Abgesehen von der unzulänglichen Unterrichtung über die Person des Betriebserwerbers, fehlt es auch an einer Information, wie sich nach § 613a Abs. 2 BGB die Haftung für die Verpflichtungen gegenüber dem Arbeitnehmer zwischen dem alten und dem neuen Betriebsinhaber aufteilt. Zu den rechtlichen Folgen eines Betriebsübergangs, über die der Arbeitnehmer gem. § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB zu unterrichten ist, gehört auch die Gesamtschuldnerschaft des Übernehmers und des Veräußerers sowie deren anteilige Haftung nach § 613a Abs. 2 BGB (*Senat 14. Dezember 2006 - 8 AZR 763/05 - AP BGB § 613a Nr. 318 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 63*).

43 d)

Der Widerspruch des Klägers mit Schreiben vom 15. Juli 2005 genügt dem Schriftformerfordernis des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB . Er ist auch gegenüber den richtigen Adressaten ( § 613a Abs. 6 Satz 2 BGB ) erklärt worden.

44 e)

Das Recht des Klägers, den Widerspruch zu erklären, war nicht verwirkt.

45 aa)

Dass das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB schon von Gesetzes wegen an eine Frist gebunden ist, schließt die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Verwirkung nicht aus (*Senat 14. Dezember 2006 - 8 AZR 763/05 - AP BGB § 613a Nr. 318 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 63*). Mit der Verwirkung, einem Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung, wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen ( § 242 BGB ). Sie dient dem Vertrauensschutz des Schuldners. Ein solches Vertrauen kann sich bilden, wenn der Gläubiger längere Zeit seine Rechte nicht geltend macht (Zeitmoment). Dabei muss der Berechtigte unter Umständen untätig geblieben sein, welche den Eindruck erweckt haben, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (Umstandsmoment). Das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf Seiten des Verpflichteten muss das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass dem

Verpflichteten die Erfüllung des Anspruches nicht mehr zuzumuten ist (*Senat 14. Dezember 2006 - 8 AZR 763/05 - a.a.O.*).

46 bb)

Der Kläger hat außer der Weiterarbeit bei der A GmbH keine Umstände gesetzt, welche ein Vertrauen der Beklagten auf die Nichtausübung des Widerspruchsrechtes hätten rechtfertigen können. Allein aus der widerspruchslosen Vertragsfortführung mit der A GmbH kann das für die Annahme einer Verwirkung erforderliche Umstandsmoment nicht hergeleitet werden. Es fehlt an einer besonderen vertrauensbegründenden Verhaltensweise des Klägers. Würde allein die widerspruchslose Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebserwerber das sog. Umstandsmoment erfüllen, so würde das Ziel, nicht ordnungsgemäß unterrichteten Arbeitnehmern das Widerspruchsrecht zu erhalten, unterlaufen (*Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 73/07 - m.w.N.*).

47 Im Streitfalle spricht weiter gegen die Annahme eines Umstandsmomentes, dass die Beklagte bereits auf Grund der Schreiben der klägerischen Prozessbevollmächtigten vom 10. und 14. März 2005 wusste, dass der Kläger bezüglich des Betriebsüberganges noch weitere Informationen von der Beklagten wünschte, weil er die bisherige Unterrichtung nicht für ausreichend hielt.

48 Nachdem die Beklagte eine Stellungnahme zu diesen Schreiben erst mit Schreiben vom 12. Juli 2005 abgegeben hatte, durfte sie am 15. Juli 2005, dem Zeitpunkt der Erklärung des Widerspruches durch den Kläger, noch nicht annehmen, dieser gebe sich mit den bisher erteilten Informationen zufrieden und akzeptiere den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH.

49 4.

Läge demnach der - an sich von den Parteien nicht mehr bestrittene - Betriebsteilübergang vor, so würde der am 15. Juli 2005 wirksam erklärte Widerspruch des Klägers auf den Zeitpunkt des Betriebsteilüberganges zurückwirken (*Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 755/07 -*). Dies hätte zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers dann mit der Beklagten über den 1. März 2005 hinaus zu unveränderten Bedingungen fortbestanden hätte.

50 C.

Die Beklagte hat nach §§ 91 Abs. 1 , § 97 Abs. 1 ZPO auch die Kosten ihrer erfolglosen Berufung und der erfolgreichen Revision des Klägers zu tragen.

---

Hauck  
Böck  
Laux  
Morsch  
Andreas  
Henniger

Von Rechts wegen!

Verkündet am 21. August 2008

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.