



Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein

**Festschrift
zum 25-jährigen Bestehen**

Herausgegeben vom Geschäftsführenden Ausschuss

Jobst-Hubertus Bauer (Vorsitzender)

Paul Werner Beckmann

Stefan Lunk

Hans-Georg Meier

Johannes Schipp

Reinhard Schütte



Deutscher **Anwalt** Verlag

§ 613a Abs. 5 BGB: Informationspflicht und Verstoß

I. Unterrichtung als Obliegenheit und Schuldpflicht

Nach § 613a Abs. 5 BGB hat der Veräußerer oder Erwerber die betroffenen Arbeitnehmer ordnungsgemäß über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Betriebs(teil)übergangs zu unterrichten. Für die Rechtspraxis bedeutsam sind nicht die Fälle, in denen der Arbeitnehmer rechtzeitig umfassend und richtig informiert worden ist. Rechtlich interessant ist die Frage nach den Folgen eines Verstoßes. § 613a BGB nennt nur eine Folge, dass nämlich die Widerspruchsfrist nicht zu laufen beginne, wenn der Arbeitnehmer „nicht“ unterrichtet werde (Abs. 6).

§ 613a Abs. 5 und 6 BGB sind Ausdruck gesetzgeberischer Unfähigkeit. Zuerst sagt Abs. 5 nicht klar, worüber zu unterrichten ist. Die Norm ist einfach nur von Art. 7 Abs. 1 der EG-Richtlinie 2001/23/EG abgeschrieben. Der Arbeitgeber schuldet dem Arbeitnehmer transparente Information, erhält diese aber vom Gesetzgeber nicht. Abs. 6 sagt nichts zum Fristlauf bei unvollständiger oder unrichtiger Unterrichtung (vergleichbar mit § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG) und erst recht nichts zur Rechtsfolge des Widerspruchs.¹

Für die rechtliche Einordnung des Verstoßes kommt es zuerst auf die Qualifikation dieses Gebots an. Eine Obliegenheitsverletzung löst keine Ersatzansprüche aus. Sie ist keine Schuldpflicht i.S.v. § 280 BGB sondern untechnische „Pflicht gegen sich selbst“ und löst lediglich Rechtsnachteile bei demjenigen aus, den sie trifft.² Die Schuldpflicht dagegen besteht im Interesse eines anderen. Er hat ein subjektives Recht auf Pflichteinhaltung, das in aller Regel mit einem Erfüllungsanspruch durchgesetzt werden kann und im Fall der (zu vertretenden) Pflichtverletzung mit einem Schadensersatzanspruch aus § 280 BGB sanktioniert ist.

¹ Dazu bereits *Rieble*, NZA 2004, 1.

² Grundlegend *Reimer Schmidt*, Obliegenheiten (1953).

Ein und dasselbe Gebot kann Obliegenheit **und** Schuldpflicht sein. Hauptfall ist die Entgegennahme der Leistung. Deren Annahme ist zuerst Obliegenheit des Gläubigers im eigenen Interesse. Die Obliegenheitsverletzung „Annahmeverzug“ (§§ 293 ff. BGB) löst mithin Rechtsnachteile beim Gläubiger selbst aus (Übergang der Leistungsgefahr und der Preisgefahr, Aufwendungsersatz). In vielen Schuldverhältnissen ist die Abnahme der Leistung auch (!) Pflicht des Gläubigers, der dem Schuldner der Leistung seinerseits die Abnahme schuldet. Das betrifft in erster Linie Kauf- und Werkvertrag, aber gerade auch das Arbeitsverhältnis. Denn der individualrechtliche Beschäftigungsanspruch, den das BAG contra legem geschaffen hat, bedeutet nichts anderes als einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Abnahme seiner Arbeitsleistung. Das hat dann zur Folge, dass der Annahmeverzug neben den Annahmeverzug tritt und dem Schuldner der Leistung als Gläubiger des Abnahmeanspruchs zusätzlich Schadensersatzansprüche aus § 280 BGB zustehen, wenn er die Nichtabnahme zu vertreten hat.

Die Unterrichtungspflicht ist mit Blick auf § 613a Abs. 6 BGB zunächst Obliegenheit (wie bisher).³ An der rechtzeitigen Unterrichtung haben Veräußerer und Erwerber ein Eigeninteresse: Sie löst den Lauf der Widerspruchsfrist aus und schafft so Gewissheit über die Zuordnung der Arbeitsverhältnisse. Die Information hat keinen Einfluss auf die Wirksamkeit von Kündigungen.⁴

Ihr Zweck dagegen, dem Arbeitnehmer eine informierte Entscheidung über den Widerspruch zu ermöglichen, gebietet die Qualifizierung als Schuldpflicht: Das Informationsgebot bezweckt nicht primär den Schutz der betroffenen Arbeitgeber vor sich selbst, wie das etwa bei den versicherungsvertraglichen Obliegenheiten der Fall ist, sie dient dem Arbeitnehmer, der seine Entscheidung über den für ihn richtigen Arbeitgeber auf einer tragfähigen Informationsbasis treffen soll.⁵ Insofern liegt es nicht anders als beim Verbraucherwiderruf des § 355 BGB: Die Belehrung ist

³ BAG EzA § 613a BGB Nr. 112 = AP Nr. 102 zu § 613a BGB = NZA 1993, 357 unter B V 1.

⁴ BAG vom 24.5.2005–8 AZR 398/04 – n.V. entgegen der abseitigen Vorinstanz, LAG Berlin NZA-RR 2005, 125.

⁵ Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drucks 14/7760; Franzen, RdA 2004, 258, 262; Willemsen/Lembke, NJW 2002, 1159, 1161; B. Gaul/B. Otto, DB 2002, 634, 638 f; ErfK/Preis, 5. Aufl. 2005, § 613a BGB Rn 90; MünchKommBGB/Müller-Glöge, 4. Auflage 2005 § 613a Rn 114; a.A. Bauer/v. Steinau-Steinrück, ZIP 2002, 457, 463; Riesenhuber, RdA 2004, 340, 350 f.

nicht nur Obliegenheit, sondern auch Rechtspflicht, der Verbraucher hat einen selbständigen Anspruch auf die Belehrung.⁶

Nun könnte man einwenden, dem Arbeitnehmerinteresse sei schon damit gedient, dass ihn die Widerspruchslast erst trifft, wenn er richtig und vollständig informiert wurde. Ab diesem Zeitpunkt hat er dann für seine Entscheidung einen Monat Zeit. Indes ist dieser Schutz halbseitig: Er hilft dem Arbeitnehmer nur, solange er uninformiert keine Entscheidung getroffen hat. Dem Arbeitnehmer, der durch bedrohliche Information über den Erwerber zum Widerspruch verleitet worden ist, ist hinsichtlich seiner Entscheidungsfreiheit zunächst nur mit der Anfechtung zu helfen (noch § 1A.IV.2). Daneben aber kommen durchaus Schadensersatzansprüche wegen Informationspflichtverletzung aus § 280 BGB in Betracht – und zwar sowohl zum Schutz der Entscheidungsfreiheit wie mit Blick auf die Vermögensinteressen des Arbeitnehmers (näher § 1A.IV.3).

Informationspflichten sollen nicht nur vor den nachteiligen Vermögensfolgen falscher Entscheidungen des Informationsgläubigers schützen; die moderne Funktion der Informationspflichten besteht in der Aufhebung von Informationsasymmetrien – dies gilt nicht nur im Verbraucherschutzrecht, sondern gerade auch im Arbeitsrecht: Wie soll der Arbeitnehmer wissen, ob sein Arbeitsplatz beim Veräußerer oder beim Erwerber sicherer ist? Auf welcher Informationsbasis soll er entscheiden? Insofern steht die in § 613a Abs. 5 BGB angeordnete Informationspflicht neben anderen vertraglichen und vorvertraglichen Informationspflichten, die sämtlich die Funktion haben, dem Informationsberechtigten eine informierte rechtsgeschäftliche Entscheidung zu ermöglichen – und Informationsasymmetrien aufzuheben.⁷ Freilich besteht ein Unterschied: Die Informationspflicht des § 613a Abs. 5 BGB ist nicht individualisiert, sondern typisiert. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf diejenige Information, welche Änderungen gerade ihm aus dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses erwachsen. Die Norm stellt vielmehr auf eine für alle Arbeitnehmer gleiche Information ab, was insbesondere am Plural in Abs. 5 Nr. 3 und 4 deutlich wird. Der Arbeitgeber schuldet nur eine Standardinformation.⁸

6 Palandt/Heinrichs, 64. Auflage 2005, § 355 Rn 13 m.w.N.

7 Canaris, AcP 200 (2000), 273, 304 ff.; Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001) insbesondere S. 416 ff., 567 ff.; ders., AcP 200 (2000), 91 ff.; Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung, (1997); Stefan Lorenz, Unerwünschter Vertrag (1997).

8 Etwa MünchKommBGB/Müller-Glöge, 4. Auflage 2005, § 613a Rn 108 m.w.N.

II. Gläubiger und Schuldner

I. Gläubiger: „übergehende“ Arbeitnehmer

Gläubiger der Unterrichtungspflicht ist nach dem Gesetzeswortlaut der von dem Betriebsübergang nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB betroffene Arbeitnehmer – also nur derjenige, der in einem aktiven Arbeitsverhältnis zum Veräußerer steht und dem übergehenden Betrieb oder Betriebsteil zugeordnet ist. Denn nur diesem kommt ein Widerspruchsrecht zu und nur auf die informierte Ausübung dieses Gestaltungsrechts ist der Informationsanspruch zugeschnitten. Nichts anderes gilt für den Betriebsübergang im Rahmen einer Universalsukzession nach dem UmwG, weil dessen § 324 ausdrücklich auch auf § 613a Abs. 5 und 6 BGB verweist.

Das heißt: Sämtliche anderen Personen, auf die der (Teil-)Betriebsübergang womöglich eine mittelbare Wirkung hat – beim Veräußerer verbleibende Arbeitnehmer, beim Erwerber schon vorhandene Arbeitnehmer, deren Arbeitsplätze infolge des Betriebsübergangs aber auch infolge von Widersprüchen gefährdet werden, aber auch zuvor ausgeschiedene Arbeitnehmer, für die der Betriebsübergang die Werthaltigkeit ihrer Ansprüche gegen den Erwerber verändern kann, können aus § 613a Abs. 5 BGB keinen Anspruch herleiten.⁹

Dass die EG-Richtlinie in Art. 7 Abs. 6 weiter greift und die Unterrichtung auch der zurückbleibenden Arbeitnehmer des Veräußerers und der „aufnehmenden“ Belegschaft des Erwerbers vorsieht,¹⁰ soweit sie von dem Betriebsübergang „betroffen“ sind, löst wegen des eindeutigen funktionalen Zusammenhangs von Information und Widerspruchsrecht im deutschen Recht keine richtlinienkonforme Auslegung aus. Der deutsche Gesetzgeber hat sich für eine individualrechtliche Konzeption der Unterrichtung entschieden. Unmittelbare Folgen des Betriebsübergangs treten nur bei den übergehenden Arbeitnehmern ein, nur diese haben einen „bisherigen Arbeitgeber“; eine übersteigende Interpretation der Worte „die von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer“ ist nicht möglich. Zudem ist den Mitgliedstaaten nach der Betriebsübergangsrichtlinie (Art. 7 Abs. 3) die Möglichkeit eröffnet, die Information auf Fälle der Betriebsänderung zu beschränken; insofern genügen im Prinzip also die §§ 111 ff. BetrVG.¹¹

⁹ Meyer, BB 2003, 1010, 1012; Nehls, NZA 2003, 822, 823.

¹⁰ Franzen, RdA 2004, 261; Riesenhuber, RdA 2004, 349 f.

¹¹ Zu den Bedenken Riesenhuber, RdA 2004, 342 ff. mit Nachweisen zum Streitstand.

Weil die Zuordnung zu dem übergehenden Betrieb oder Betriebsteil schwierig sein kann, kann es mit Blick auf den Fristlauf für die Arbeitgeberseite sinnvoll sein, auch jene Arbeitnehmer zu informieren, bei denen diese Zuordnung, damit deren Arbeitsverhältnisübergang und das Widerspruchsrecht zweifelhaft ist. Freilich wirft das die Frage auf, ob eine solche Information überhaupt richtig sein kann.

2. Informationsschuldner: Veräußerer „oder“ Erwerber?

a) Auslegungsproblem

Das Gesetz definiert keinen eindeutigen Schuldner. § 613a Abs. 6 BGB sagt: „der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber“. Ja was denn nun? Die h.M. meint, beide seien gleichstufig nebeneinander verpflichtet – also Gesamtinformationsschuldner nach § 421 BGB. Der Arbeitnehmer habe also die Wahl, ob er seinen Informationsanspruch gegen den einen oder den anderen erhebt; jeder Arbeitgeber schulde die ganze Information.¹²

Die zugrunde liegende EG-Richtlinie 2001/23/EG verlangt in Art. 7 Abs. 1 nur die Information des Arbeitgebers an die „jeweiligen“ Arbeitnehmervertretungen.¹³ Bezogen auf die übergehenden Arbeitnehmer formuliert man dies besser umgekehrt: Der übergehende Arbeitnehmer (oder seine Vertretung) muss nach der Richtlinie einen Informationsanspruch gegenüber seinem aktuellen Arbeitgeber haben – also vor dem Übergang des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Veräußerer, danach gegenüber dem Erwerber und nach erklärtem Widerspruch dann wieder gegenüber dem Veräußerer. Der Informationsanspruch folgt so dem Vertragsverhältnis; er ist ein Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis gegen den jeweiligen Arbeitgeber. Weil die vom Betriebsübergang nicht unmittelbar erfassten Arbeitnehmer (zurückbleibende des Veräußerers, aufnehmende des Erwerbers) entgegen der Richtlinie keinen Informationsanspruch haben.

In der Tat sprechen grammatikalische und dogmatische Erwägungen für eine Zuordnung der Unterrichtungspflicht gegenüber dem jeweiligen Arbeitgeber: *Franzen* weist bereits richtig darauf hin, dass ein gesetzgeberischer Wille zur Anordnung einer Gesamtschuld in der Konjunktion „und“ Ausdruck gefunden hätte.¹⁴ Das Wort „oder“ muss zwar nicht notwendig

¹² Meyer, BB 2003, 1011; MünchKommBGB/Müller-Glöge Bd. 4, 4. Aufl. 2005, § 613a Rn III; Willemsen/Lembke, NJW 2002, 1162; zweifelnd Franzen, RdA 2004, 264.

¹³ Franzen, RdA 2004, 261.

¹⁴ Franzen, RdA 2002, 264.

ausschließlich gemeint sein – also im Sinne entweder der Veräußerer oder der Erwerber –, aber stets nur einer von beiden. Ein kumulatives „oder“ wäre für eine Gesamtschuld bedeutungslos, weil sich das Recht zur Wahl desjenigen Gesamtschuldners, der leisten soll, schon aus § 421 BGB ergibt. Dieses „oder“ also spricht nicht für eine Gesamtschuld; mit ihm kann nur die zeitliche Zäsur des Arbeitsverhältnisübergangs gemeint sein. Dagegen lässt sich immerhin einwenden, die Unterrichtung sei auch vom Erwerber „vor dem Übergang“ zu leisten.¹⁵ Man kann darin auch den Hinweis sehen, dass – wie dies allgemeine Meinung ist –¹⁶ die Unterrichtung auch nach dem Übergang noch geschuldet ist.

b) Systematik

Vor allem aber streiten schuldrechtsdogmatische Erwägungen gegen die Annahme einer Gesamtinformationsschuld: Zwar ließe sich noch erklären, dass der Veräußerer nach Übergang des Arbeitsverhältnisses seinem ehemaligen Arbeitnehmer als nachlaufende Vertragspflicht Information schuldet. Woran aber soll eine Verpflichtung des Betriebserwerbers gegenüber dem Arbeitnehmer vor dem Übergang anknüpfen? Vertragsverhandlungen finden nur zwischen Veräußerer und Erwerber statt. Da der in Aussicht genommene Erwerber in aller Regel kein Vertrauen der Arbeitnehmer in Anspruch nimmt, lässt sich die Informationspflicht nicht auf § 311 BGB stützen: Grundlage des vorvertraglichen Schuldverhältnisses ist die Inanspruchnahme und Gewährung von Vertrauen (Abs. 2 Nr. 1) – auch im Sonderfall der gewährten Einwirkungsmöglichkeit in Abs. 2 Nr. 2. Das wiederum setzt einen personalisierten Kontakt voraus. Die Verfechter der Gesamtschuldthese müssten also erklären können, welche Vertrauensbeziehung zwischen den vom Betriebsübergang erfassten Arbeitnehmern und dem Erwerber besteht – insbesondere, wenn die Arbeitnehmer vom nahenden Betriebsübergang noch nichts wissen können.

Lediglich konstruktiv mag man an eine drittbegünstigende Informationspflicht aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber denken. Doch fehlt dem Veräußerer schon das Interesse¹⁷ an einem eigenständigen Informationsschutz seiner (!) Arbeitnehmer durch den Erwerber – er ist selbst zur umfassenden Information verpflichtet und

¹⁵ Weswegen *Franzen*, RdA 2002, 264 den Wortlaut für „eindeutig“ hält.

¹⁶ Statt aller MünchKommBGB/*Müller-Glöge*, 4. Auflage 2005, § 613a Rn 114.

¹⁷ Dazu, dass das Gläubigerinteresse die Erstreckung von Vertrags- und Schutzpflichten auf Dritte legitimiert nur *Staudinger/Jagmann*, 2004, § 328 Rn 100 m.w.N.

muss sich hierzu die erforderlichen Informationen vom Erwerber beschaffen (unten III.2). Welches Interesse soll er an der Mitverpflichtung des Veräußerers gegenüber den Arbeitnehmern haben? Zudem setzt der Betriebsübergang nach der Rechtsprechung gerade kein Rechtsgeschäft zwischen Veräußerer und Erwerber voraus –¹⁸ man denke nur an den Fall der Auftragsneuvergabe unter Übernahme wesentlicher Betriebsmittel.¹⁹ Auch kann der Tatbestand des Betriebsübergangs einseitig vom Erwerber und ohne Zutun des Veräußerers ausgelöst werden, wenn dieser einen wesentlichen Teil der Belegschaft übernimmt, also anwirbt.²⁰ Gleiches gilt, wenn der Verpächter sich nach Kündigung des Pachtvertrages einseitig entschließt, den verpachteten Betrieb fortzuführen.²¹

Auch mit einem „Generalzugriff“ auf Treu und Glauben lässt sich die Informationsschuld des Erwerbers vor Betriebsübergang nicht erklären. Der Arbeitnehmer weiß doch oft gar nicht, dass ein Betriebsübergang geplant ist. Anders als im Fall des § 25 Abs. 3 HGB fehlt es an einem vertrauensbegründenden Rechtsakt (dort: Bekanntmachung der Übernahme der Verbindlichkeiten des Veräußerers eines Handelsgeschäftes). Erst recht entsteht ohne einen Anspruch gegen den potentiellen Arbeitgeber keine Schutzlücke (wovon auch die Richtlinie ausgeht): Der Veräußerer schuldet die vollständige Information.

Worauf soll in solchen Fällen die Informationspflicht des Erwerbers dogmatisch fußen? Positivisten mögen sich damit beruhigen, dass das Gesetz eine gesetzliche Informationspflicht schaffe. Doch erstens ist auch der Gesetzgeber seiner eigenen Systematik verpflichtet. Zweitens und vor allem geht es hier um Auslegung des missratenen § 613a Abs. 5 BGB, für welche man systematische Aspekte nicht ausblenden darf, wenn man sich einem Mindestmaß an Methodenehrlichkeit verpflichtet sieht.

Schließlich: Die eigenständige Informationspflicht des Erwerbers setzt nach der Gesamtschuldthese bereits vor dem Betriebsübergang ein. Man mag über den Auslöser und damit den Beginn der Informationspflicht streiten (Verhandlungen über den Betriebsübergang oder Vertragsabschluss) und handelt sich zudem das Problem ein, dass der Betriebsübergang auch durch einseitige Akte des Veräußerers (etwa Kündigung des Pachtvertrages) ausgelöst werden kann. Jedenfalls aber kann der geplante Betriebs-

18 BAG AP Nr. 172 zu § 613a BGB = NZA 1998, 534 = EzA § 613a BGB Nr. 159.

19 Vor allem EuGH NZA 2003, 1385 = EzA § 613a BGB 2002 Nr. 13 = AP Nr. 34 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187 – „Carlito Abler“. Kritisch *Jochims*, NJW 2005, 2580 ff.

20 BAG EzA § 613a BGB Nr. 174 = AP Nr. 187 zu § 613a BGB = NZA 1999, 420

21 BAG EzA § 613a BGB Nr. 177 = AP Nr. 189 zu § 613a BGB = NZA 1999, 704.

übergang schon vor dem Vollzug scheitern. Insofern müsste die selbständige Informationspflicht des Erwerbers vor Betriebsübergang mit einer auflösenden Bedingung versehen werden. Zudem hat der Erwerber vor dem Betriebsübergang gar keine Möglichkeit, auf die Arbeitnehmer informierend zuzugehen: Er kennt deren Personalien und Anschriften nicht und kann auch den Betrieb nicht ohne Einverständnis des Veräußerers betreten. Je näher man hinsieht, desto diffuser gerät die Gesamtschuldkonstruktion.

Das gilt auch für die „Obliegenheitsseite“. Zwar sprechen *Bauer* und *von Steinau-Steinrück* von einer „gesamtschuldnerischen Obliegenheit“, gemeint ist offenbar eine Gesamtbliegenheit. Diese setzte aber voraus, dass Veräußerer und Erwerber in irgendeiner Form gegenüber dem Arbeitnehmer als Gesamtgläubiger i.S.v. § 428 BGB aufträten – das ist indessen nicht der Fall: Vom Arbeitnehmer kann immer nur der aktuelle Arbeitgeber Leistung fordern – der andere hingegen nicht. Auch dies spricht dafür, Informationsschuld und -obliegenheit konsequent auf den jeweils vertragsrechtlich maßgebenden Arbeitgeber zu beziehen.²²

Nur beschränkt lässt sich die Richtlinienvorgabe als Auslegungskriterium heranziehen. Die Richtlinie 2001/23/EG lässt in Art. 8 (wie stets) ausdrücklich für die Arbeitnehmer günstigere Regelungen zu – ein zusätzlicher Informationsschuldner ist günstiger. Richtlinienkonformität lässt sich insofern allenfalls dadurch herstellen, dass dem nationalen Gesetzgeber das Überschreiten des Schutzniveaus nicht unterstellt werden darf, sondern hierfür ein deutlicher Abweichungswille festzustellen ist.²³ Zudem verstößt § 613a BGB gegen die Richtlinie insofern, als die „übrigen Arbeitnehmer“ ausgeblendet werden. Wenn man sich nun für eine korrigierende Auslegung dahin ausspricht, dass auch die mittelbar vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer des Veräußerers wie des Erwerbers zu informieren sind,²⁴ spricht viel dafür, in einem Zuge an den jeweiligen Vertragspartner anzuknüpfen – auch für die von § 613a Abs. 5 BGB gemeinten übergehenden Arbeitnehmer.

Das heißt im Ergebnis: Die Informationspflicht ist angesichts des unklaren Wortlautes von § 613a Abs. 5 BGB systematisch dahin auszulegen, dass der jeweilige Arbeitgeber zur Unterrichtung der vom Arbeitsverhältnisübergang betroffenen Arbeitnehmer verpflichtet ist. Die Informationspflicht ist eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis. Unberührt bleibt das

²² *Bauer/von Steinau-Steinrück*, ZIP 2002, 458.

²³ Vgl. für das Prinzip der rechtskonformen Auslegung von Tarifverträgen auch gegenüber dispositivem Gesetzesrecht *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Auflage 2004, § 1 Rn 582.

²⁴ *Riesenhuber*, RdA 2004, 349 f.

Recht des Arbeitnehmers, den Widerspruch nach § 613a Abs. 6 S. 2 BGB an einen der beiden Arbeitgeber zu adressieren, denn der Gestaltungserfolg – Verhinderung des Arbeitsverhältnisübergangs – betrifft beide.

III. Primäre Informationsschuld

1. Grundsatz

Wiewohl in der Praxis Sekundäransprüche wegen Verletzung der Informationspflicht im Vordergrund stehen werden, steht doch dogmatisch der Primäranspruch an erster Stelle: Der Arbeitnehmer kann sein Recht auf Information gegenüber dem Schuldner durchsetzen – und ist nicht etwa auf Sekundäransprüche verwiesen. Allerdings setzt der Anspruch voraus, dass überhaupt ein Betriebsübergang geplant ist. Wenn die betroffenen Arbeitgeber meinen, es gehe gar nicht um einen solchen, sondern um Arbeitnehmerüberlassung oder einen Gemeinschaftsbetrieb, dann muss der Arbeitnehmer den Tatbestand des (geplanten) Betriebsübergangs darlegen und beweisen – andernfalls hat er keinen Informationsanspruch.

Der Anspruch kann praktisch nicht nur für die unterbliebene Information werden, sondern auch für die unzureichende oder Fehlinformation. Nochmals: Der Arbeitnehmer hat aus § 613a Abs. 5 BGB keinen Anspruch auf individuelle, „maßgeschneiderte“ Information, weswegen der Arbeitgeber die Frage nach den für gerade diesen Arbeitnehmer konkret zu erwartenden Übergangsfolgen nicht beantworten muss. Der Arbeitnehmer kann aber geltend machen, dass die Pauschalinformation unzureichend oder falsch gewesen ist. Weil der Arbeitgeber nach § 613a Abs. 5 BGB weder zur Begründung seiner Pauschalinformation noch gar zum Beweis ihrer Richtigkeit verpflichtet ist (was mit Blick auf die vom Erwerber „in Aussicht genommenen Maßnahmen“ auch schwer fallen dürfte), genügt es nicht, dass der Arbeitnehmer die Erfüllung der Informationspflicht nur bestreitet. Insofern besteht ein gewisser Widerspruch zu § 363 BGB, der dem Gläubiger die Beweislast für die unzureichende Erfüllung erst auferlegt, wenn er die Leistung „als Erfüllung“ angenommen hat. Ein Blick auf die Ansprüche auf Auskunfts- und Rechenschaftserteilung zeigt jedoch: Dort (§§ 259 Abs. 2, 260 Abs. 2, 261 BGB) wird ausnahmsweise der Informationsschuldner zu einer eidesstattlichen Versicherung über die Sorgfalt seiner Auskunft verpflichtet; einen Anspruch auf Begründung gibt es auch dort nicht. Deshalb bleibt es dabei: Der Arbeitnehmer muss die

Unrichtigkeit der Auskunft selbst darlegen und unter Beweis stellen, damit der Arbeitgeber prozessual entgegenen muss.

Der gesetzliche Informationsanspruch des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis soll ihm die sachgerechte Ausübung des Widerspruchsrechtes ermöglichen. Zu erwägen ist deshalb, ob der Informationsanspruch erlischt, wenn der Arbeitnehmer ohne ausreichende Information (also vor Beginn des Fristlaufes) nach Abs. 6 widerspricht – etwa auf Basis anderweit erlangter Informationen. Das lässt sich von der Zweckbestimmung her hören. Zwar sind Informationsanspruch und Widerspruchsrecht in Abs. 6 nur durch den Beginn des Fristlaufes miteinander verknüpft; eine auflösende Bedingung „Widerspruch“ findet sich in Abs. 5 nicht. Aber wozu will der Arbeitnehmer noch über die Auswirkungen des Betriebsübergangs für seine Person Bescheid wissen? Was beim Erwerber passiert, geht ihn nichts mehr an, weil er sich mit seinem Widerspruch zur Rückkehr zum Alt-Arbeitgeber entschieden hat. Allenfalls mag er ein Interesse haben zu erfahren, wie groß das Kündigungsrisiko für ihn ist. Das aber erfährt er durch die Kündigung früh genug. Deswegen spricht viel dafür, den Informationsanspruch mit dem Widerspruch enden zu lassen. Jedenfalls aber endet er – wie das Widerspruchsrecht – mit dem Arbeitsverhältnis. Spricht also der Arbeitnehmer nach Betriebsübergang eine Eigenkündigung aus, verliert er den im Arbeitsverhältnis wurzelnden Informationsanspruch – so wie auch sein Widerspruchsrecht erlischt.²⁵

Der Informationsanspruch ist selbständig, kann also vom Arbeitnehmer durch Klage verfolgt werden. Dabei handelt es sich um eine unvertretbare Handlung, § 888 ZPO.

Hat der Arbeitnehmer eine durchsetzbare Forderung, so kann ihm ein Zurückbehaltungsrecht an der Arbeitsleistung nach § 273 BGB zukommen. Der Informationsanspruch ist konnex. Doch führt die Zurückbehaltung zur Unmöglichkeit der Arbeitsleistung nebst Annahmeverzugsentgelt (§ 298 BGB). Deswegen versieht das BAG das Zurückbehaltungsrecht mit zusätzlichen Restriktionen, stellt es vor allem unter das Verhältnismäßigkeitsgebot des § 320 Abs. 2 BGB. Mir erscheint es richtig, das Zurückbehaltungsrecht für diesen Fall ganz auszuschließen (wie dies die Rechtsprechung richtig für den Urlaubsanspruch annimmt). Über den Fristlauf des § 613a Abs. 6 BGB ist die Informationspflicht bereits mit dem Schicksal des Arbeitsverhältnisses verknüpft. Die Ungewissheit über den Fristlauf und damit die Zuordnung des Arbeitsverhältnisses übt bereits Druck auf

²⁵ Schon *Rieble*, NZA 2004, 6 f.

die Arbeitgeber aus. Weil § 613a Abs. 6 BGB insoweit als gesetzliche Sanktion die beiden Arbeitgeber bereits zur Erfüllung des Informationsanspruches zwingen will, ist kein Raum für die überschießende Druckausübung des § 273 BGB; das wäre unverhältnismäßig.

2. Informationsverschaffungspflicht

Der Arbeitgeber ist – auch beim Gesamtschuldmodell der h.M. – auf vollständige Information verpflichtet. In keinem Fall kommt es zu einer „geteilten“ Informationsschuld, die Veräußerer und Erwerber dazu verpflichtet, nur diejenigen Teilinformationen zu geben, über die er jeweils selbst verfügt. Zwar werden beide wissen, zu welchem Zeitpunkt der (geplante) Übergang stattfindet und worin er seinen Grund hat (§ 613a Abs. 5 Nr. 1 und 2). Schon die Frage nach den Folgen des Übergangs (Nr. 3) kann kein beteiligter Arbeitgeber allein beantworten: Der Veräußerer kennt den Ist-Zustand vor Betriebsübergang und der Erwerber den Soll-Zustand der Betriebsorganisation nach Betriebsübergang. Davon aber hängen die Folgen ab. Überhaupt nur der Erwerber kann sagen, was er mit dem übernommenen Betrieb oder Betriebsteil plant (Nr. 4).²⁶

Das heißt zunächst: § 613a Abs. 5 BGB erlegt – sowohl für die Gesamtschuldthese der h.M. und erst recht für die hier vertretene Auffassung der Verpflichtung des jeweiligen Arbeitgebers – dem die Information schuldenden Arbeitgeber die Pflicht auf, sich durch Rückfrage beim „anderen Arbeitgeber“ diejenigen Informationen aus dessen Sphäre zu besorgen, die er benötigt, um den Arbeitnehmer vollständig und wahrheitsgemäß unterrichten zu können. Nur so lässt sich eine einheitliche und objektiv richtige Information sicherstellen.

Hat der Informationsverpflichtete von seinem Vertragspartner fehlerhafte Informationen erhalten und weitergegeben, so hat er seine Informationspflicht nicht erfüllt. Denn er ist objektiv verpflichtet, die richtige Information zu beschaffen. Die Falschinformation ist nicht erfüllungstauglich. Dass der unterrichtende Arbeitgeber selbst einer Fehlinformation aufgesessen ist, spielt erst für das Vertretenmüssen auf der Leistungsstörungsebene

²⁶ Zum Inhalt der Unterrichtungspflicht: Begründung RegE, BT-Drucks 14/7760, 19; *Bauer/von Steinau-Steinrück*, ZIP 2004, 457 ff.; *Bauer/von Steinau-Steinrück*, NZA 2003, Sonderbeilage zu Heft 16, S. 72, 74; *B. Gaul/B. Otto*, DB 2002, 635; *Grobys*, BB 2002, 726, 728; *Jaeger*, ZIP 2004, 433, 439; *ErfKomm/Preis*, 5. Aufl. 2005, § 613a BGB Rn 85; *Willemsen/Lembke*, NJW 2002, 1162; *Worzalla*, NZA 2002, 353, 354; LAG Düsseldorf DB 2005, 1741; LAG München EzA SD 2005 Nr. 17 S. 6; BAG 8 AZR 305/05 (n. rkr.).

eine Rolle. Dort bedeutet die Qualifizierung als Verschaffungspflicht, dass der „Informations-Lieferant“ kein Erfüllungsgehilfe ist (unten IV.3.b)).

3. Folgeproblem: Widersprüchliche Information

Dass Erwerber wie Veräußerer den Informationsanspruch des Arbeitnehmers erfüllen können, gilt nicht nur für die überwiegende Auffassung von der Gesamtschuld. Auch wenn nur der jeweilige Arbeitgeber die Information schuldet, kann doch der andere entweder als nicht-schuldender Dritter i.S.v. § 267 BGB Informationen erteilen oder nach Absprache mit dem Informationsschuldner als Erfüllungsgehilfe i.S.v. § 278 BGB agieren. Vielfach werden sich die beteiligten Arbeitgeber absprechen und gemeinsam eine Informationsschrift herausgeben. Freilich kann es auch sein, dass zwei Informationsschriften an den Arbeitnehmer gelangen – die sich ergänzen, die sich aber auch widersprechen können.²⁷ Dass § 266 BGB Teilleistungen als unzulässig ansieht, spielt in der Praxis keine Rolle. Denn der Arbeitnehmer müsste die Teilleistung erst einmal zurückweisen.

Informieren sowohl Erwerber als auch Veräußerer unabhängig voneinander, so kann es zu widersprüchlichen Informationen kommen. Da es sich bei größeren Betriebsübergängen um komplizierte rechtliche Transaktionen handelt, deren Folgen oftmals nur schwer überschaubar sind, wird das nicht selten der Fall sein. *Bauer/von Steinau-Steinrück* schlagen vor, dass der Arbeitnehmer im Wege einer Gesamtbetrachtung und aus zwei sich widersprechenden Informationsschriften die jeweils richtigen Informationen herauslesen solle.²⁸

Schuldrechtlich ist das nicht haltbar: Erstens ist die Informationsschuld eine einheitliche Schuld. Auch wenn der Arbeitnehmer Teilleistungen entgegennimmt, ist es nicht seine Aufgabe, sich die richtige Information selbst zu erarbeiten. § 266 BGB denkt an überschneidungsfreie Teilleistungen. Deswegen kann die Teilinformation durch die beteiligten Arbeitgeber dann und nur dann zur Erfüllung führen, wenn die erste Information eine Lücke lässt und die zweite eben diese füllt – also wenn beide Informationen sich nicht widersprechen und durch bloße „Addition“ eine vollständige (und richtige) Information i.S.v. § 613a Abs. 5 BGB darstellen.

Eine in sich widersprüchliche oder gar perplex Information ist also solche nicht erfüllungstauglich – und muss auch nicht vom Arbeitnehmer

²⁷ Auch *Bauer/von Steinau-Steinrück*, ZIP 2002, 463 f.

²⁸ *Bauer/von Steinau-Steinrück*, ZIP 2002, 463.

durch interpretative Nachbesserung erfüllungstauglich gemacht werden. Hat allerdings ein Arbeitgeber richtig informiert, muss er sich die abweichende und falsche Information durch den anderen Arbeitgeber zunächst nicht zurechnen lassen. Denn die durch ihn einmal bewirkte Erfüllung des Informationsanspruches wird nicht dadurch hinfällig, dass der andere Arbeitgeber diese richtige Information durch Fehlinformation entwertet. Das gilt auch für die Gesamtschuldthese der h.M. (oben II.2): Die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner hat nach § 422 Abs. 1 S. 1 BGB Gesamtwirkung dergestalt, dass zugunsten aller Gesamtschuldner Erfüllung eintritt.

Eine einmal bewirkte Erfüllung kann durch nachträgliche Fehlinformation aber nicht mehr beseitigt werden. Man kann zwar schon jetzt vorhersagen, dass der eine oder andere Arbeitsrichter zu § 242 BGB greifen wird, um das gewünschte Ergebnis zu erreichen: Der Arbeitgeber könne sich nicht auf die Erfüllung berufen, wenn er selbst oder der mit ihm Verpflichtete die richtige Information nachträglich verfälsche. Genauer: Mit der zweiten (falschen) Information habe er sich selbst bescheinigt, die erste (richtige) Information sei unrichtig oder unvollständig. Weitere Folge: Die Widerspruchsfrist hätte nicht zu laufen begonnen.

Freilich würde so entgegen § 362 Abs. 1 BGB ein Tatbestand der auflösend bedingten Erfüllung geschaffen. Der bessere Weg führt auch hier²⁹ über den Schadensersatz: Die nachträgliche Fehlinformation ist eine eigenständige Pflichtverletzung, weil der Arbeitgeber aus § 613a Abs. 5 BGB dazu verpflichtet ist, die einmal eingetretene Informationserfüllung nicht durch spätere Fehlinformationen in Frage zu stellen. Dem Arbeitnehmer kommt so (in den kritischen Fällen) zwar kein Widerspruchsrecht mehr zu, wenn seine Widerspruchsfrist gem. § 613a Abs. 6 BGB abgelaufen ist; doch kann er ggf. Schadensersatz verlangen und dabei geltend machen, er hätte in den letzten Tagen der noch laufenden Frist sein Recht zum Widerspruch ausgeübt. War die Frist dagegen zum Zeitpunkt der zweiten und Fehlinformation bereits abgelaufen, fehlt es an der haftungsausfüllenden Kausalität.

4. Zeitpunkt der Unterrichtung

Nach § 613a Abs. 5 BGB hat der Erwerber oder der Veräußerer die betroffenen Arbeitnehmer vor dem Betriebsübergang zu informieren. Das Widerspruchsrecht schützt die negative (Arbeits-)Vertragspartnerwahlfreiheit,

²⁹ Schon *Rieble*, NZA 2004, 8.

deshalb soll der Arbeitnehmer die Möglichkeit haben, so rechtzeitig zu widersprechen, dass es gar nicht erst, auch nicht für eine kurze Zeit, zum Übergang des Arbeitsverhältnisses kommt.

Das schließt nicht aus, dass eine Information nach dem Betriebsübergang erfolgt – und es bedeutet insbesondere nicht, dass eine solche späte Information die Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 S. 1 BGB nicht auslösen könnte, denn die Widerspruchsfrist stellt auf die richtige Information ab – unabhängig, wann sie erteilt wird. Das ist auch vor dem Hintergrund des Zweckes der Widerspruchsregelung richtig: Die richtige Information dient als Grundlage der Entscheidung über das Widerspruchsrecht, gleichgültig wann sie erfolgt. Ab diesem Zeitpunkt hat der Arbeitnehmer einen Monat zur Entscheidung. Anders entscheiden hieße, dass der Arbeitnehmer nach dem Betriebsübergang trotz richtiger, wenngleich später Information ein „ewiges“ Widerspruchsrecht hätte – bis zur Grenze der Verwirkung, weil der Gesetzgeber keine absolute Ausschlussfrist vorgesehen hat und Gestaltungsrechte nicht verjähren. Für die beteiligten Arbeitgeber gäbe es keinen Anreiz mehr, verspätet zu informieren.

Weil die Informationspflicht des § 613a Abs. 5 punktuell ausgestaltet ist – dem Arbeitnehmer also kein „Dauerinformationsrecht“ über den jeweils aktuellen Stand des Betriebsübergangs zukommt, richtet sich der Inhalt der Informationspflicht nach dem vom informierenden Arbeitgeber gewählten Zeitpunkt der Information. Erst ab diesem Zeitpunkt kann der Arbeitnehmer „informiert“ über seinen Widerspruch entscheiden – und ist auf die aktuellen Informationen angewiesen. Je später die Arbeitgeberseite informiert, desto mehr Kenntnisse über den Verlauf des Betriebsübergangs liegen vor, vor allem über die vom Erwerber geplante Integration des zu übernehmenden Betriebs(teils) in seine Arbeitsorganisation, aber auch über eine etwaige Insolvenzgefahr.³⁰ Dabei mag man sich streiten, ob es insoweit um die Folgen des Betriebsübergangs für die Arbeitnehmer (Nr. 3) oder die sie treffenden Maßnahmen des Erwerbers (Nr. 4) geht. Umgekehrt gilt: Je früher die Arbeitgeberseite informiert, desto geringer wird der Informationsstand sein – und desto beschränkter ist die Informationspflicht. Wenn etwa der Erwerber nur die Übernahme beschlossen hat, aber kein Integrationskonzept, kann dieses auch nicht mitgeteilt werden. § 613a Abs. 5 BGB verpflichtet den Erwerber nicht zur möglichst raschen und umfassenden Integrationsplanung. Er muss nur seinen Stand der Planung mitteilen.³¹ Das bietet Gestaltungsmöglichkeiten. Man wird

³⁰ So der Fall LAG München EzA SD 2005 Nr. 17 S. 6.

³¹ MünchKommBGB/Müller-Glöge, 4. Auflage 2005, § 613a Rn 110.

trotz des diffusen Wortlauts in Nr. 4 unter den „in Aussicht genommenen Maßnahmen“ auch nicht bloße Vorüberlegungen und Erwägungen verstehen können, vielmehr bedarf es – wie bei § 111 BetrVG – eines konkreten Planungsbeschlusses.³²

Während die Arbeitgeber praktisch frei darin sind, möglichst spät zu informieren (mit der Folge des andauernden Widerspruchsrechtes) – solange der Arbeitnehmer seinen Informationsanspruch nicht durchsetzt – können sie nicht beliebig lange vor dem Betriebsübergang informieren:

- Erstens muss der Betriebsübergang als solcher bereits feststehen, also beschlossen sein (auch wenn der Beschluss wieder aufgegeben werden kann) und zwar so konkret, dass der Arbeitsverhältnisübergang der betroffenen Arbeitnehmer konkret abgeleitet werden kann. Sonst kann es kein Widerspruchsrecht zur Verhinderung dieses Vertragspartnerwechsels geben.
- Zweitens wird man das Recht zur frühen Information auch bei fest geplantem Betriebsübergang begrenzen müssen. Denn der Arbeitnehmer entscheidet über den Widerspruch nicht nur nach den Arbeitgeberdaten, sondern auch nach seiner persönlichen Lebenssituation – die sich ändern kann. Deswegen ist es ausgeschlossen, dass der Veräußerer zwölf Monate vor dem fest geplanten Betriebsübergang informiert, mit der Folge, dass sich die Arbeitnehmer schon elf Monate vor dem Betriebsübergang endgültig entschieden haben müssen. Der Rechtsprechung ist anzuraten, den auch insofern misslungenen § 613a BGB zu ergänzen, etwa dahin, dass die Information nicht früher als drei Monate vor dem geplanten Betriebsübergang erfolgen darf.
- Drittens schließlich: Verändert sich der geplante Betriebsübergang in der Planung wesentlich (!), so hat sich eine etwa gegebene Information erledigt. Die Arbeitgeber müssen erneut informieren. Werden Arbeitnehmer zusätzlich einbezogen, entsteht ihnen gegenüber die Informationspflicht.

Vom letzten Punkt abzugrenzen sind Änderungen in den Folgen des Betriebsübergangs und in Ansehung der für die Arbeitnehmer geplanten Maßnahmen (Nr. 3 und 4). Maßgeblicher Angelpunkt der Informationspflicht ist der Betriebsübergang ausgelöste Arbeitsverhältnisübergang. Folgenänderungen lassen weder den Informationsanspruch nach § 613a Abs. 5 BGB noch das Widerspruchsrecht nach Abs. 6 aufleben.³³ Insofern

³² Unklar *Worzalla*, NZA 2002, 355: nicht feststehend, aber Stadium konkreter Planung. MünchKommBGB/*Müller-Glöge*, 4. Auflage 2005, § 613a Rn 110.

³³ Kein „Nachunterrichtungsrecht“: MünchKommBGB/*Müller-Glöge*, 4. Auflage 2005, § 613a Rn 106.

kann man zwar erwägen, aus dem Arbeitsverhältnis eine entsprechende Hinweispflicht als Nebenpflicht abzuleiten (§ 241 Abs. 2 BGB). Doch deren Verletzung hat mit dem Widerspruchsrecht nichts zu tun, sondern kann nur in den Schadensersatz nach § 280 BGB münden.

5. Verjährung, Verwirkung, Verzicht

Die Versuche, schon nach wenigen Monaten der Weiterarbeit beim Erwerber zur Verwirkung des Widerspruchsrechts zu kommen³⁴ sind offenkundig ein Versuch, die vom Gesetzgeber verweigerte absolute Widerspruchsfrist von sechs Monaten³⁵ zu konterkarieren. Davon abgesehen ist das erforderliche Umstandsmoment zweifelhaft: Unklar ist zum einen, welcher Umstand den beteiligten Arbeitgebern zugute kommen soll, wenn sie gerade durch ihre unzureichende Information die relative Widerspruchsfrist nicht ausgelöst haben, und zum anderen, aus welchem Grund sie darauf vertrauen dürften, der Arbeitnehmer werde trotz des Informationsdefizits nicht mehr widersprechen.

Immerhin bietet sich ein Ausweg an: Mag auch das Widerspruchsrecht als Gestaltungsrecht nicht verjähren; der Informationsanspruch tut dies durchaus. Man strapaziert das Gesetz nicht zu sehr, wenn man nach der Verjährung des Informationsanspruches (nach drei Jahren, § 195 BGB) den Lauf der Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 BGB beginnen lässt – denn ab diesem Zeitpunkt kann der Arbeitnehmer sein Informationsrecht nicht mehr durchsetzen. Eine ähnliche Verknüpfung von Anspruch und Gestaltungsrecht nimmt § 218 BGB vor. Dahinter steht ein einfacher Gedanke: Das Hinausschieben des Fristbeginns für den Widerspruch hat Erzwangungsfunktion. Die beteiligten Arbeitgeber sollen so zur Erfüllung des Informationsanspruches angehalten werden. Sobald aber der Informationsanspruch verjährt und nicht mehr durchsetzbar ist, entfällt diese Druckfunktion – und damit auch der Zweck des Fristaufschubes.

Ein anderer Weg, dem „unbefristeten“ Widerspruch eine Grenze zu ziehen, ist der rechtsgeschäftliche Verzicht. Unbestritten ist dabei, dass ein abstrakt-genereller Vorausverzicht im Arbeitsvertrag unzulässig ist. Der rechtsgeschäftliche Verzicht wird deshalb nur für den Fall propagiert, dass

34 Etwa *Bauer/von Steinau-Steinrück*, ZIP 2002, 457, 464; *Willemsen/Lembke*, NJW 2002, 1160; *ErfKomm/Preis*, 5. Auflage 2005, § 613a BGB Rn 97.

35 Zum entsprechenden Vorschlag der CDU BT-Drucks 14/8128, 4. Das unbefristete Widerspruchsrecht betonen BT-Drucks 14/7760, 19; *ErfKomm/Preis*, 5. Auflage 2005, § 613a BGB Rn 89.

ein konkreter Betriebsübergang bevorsteht.³⁶ Die Verzichtskonstruktion ist schon praktisch zweifelhaft, weil für den Arbeitnehmer kein Anlass besteht, auf das Widerspruchsrecht zu verzichten. Hinzu kommt, dass § 613a Abs. 6 BGB ein Wahlrecht gewährt: Ist die Unterrichtung ordnungsgemäß erfolgt, dann liegt mit dem Ablauf der Monatsfrist in dem Schweigen des Arbeitnehmers die Erklärung des „Nicht-Widerspruchs“. Der Arbeitnehmer kann aber schon vor Ablauf der Frist sein Widerspruchsrecht dahin ausüben, dass er das Arbeitsverhältnis zum Erwerber wählt – vergleichbar der Bestätigung nach § 144 BGB. Solange aber die Unterrichtung nicht ordnungsgemäß erfolgt ist, kann weder dem Schweigen noch der Weiterarbeit beim Erwerber solcher Bestätigungsgehalt beigemessen werden. Ein ausdrücklicher „Verzicht“ auf das Gestaltungsrecht ist analog § 613a Abs. 6 BGB der Schriftform zu unterstellen.³⁷

Effektiver wirkt der Verzicht auf den Anspruch auf ordnungsgemäße Unterrichtung, vergleichbar dem Verzicht des Patienten auf Risikoaufklärung durch den Arzt. Der Anspruchsverzicht bedarf eines Vertrages, § 397 BGB. Mit dem Untergang des Informationsanspruches kann man auch hier die Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 BGB laufen lassen, weil es keinen Informationsanspruch mehr gibt, den es durchzusetzen gilt.

IV. Folge falscher Unterrichtung

1. Entscheidungsfreiheit durch Erhalt des Widerspruchsrechts

§ 613a Abs. 6 BGB schützt den Arbeitnehmer vor den Folgen der Nichtinformation zunächst nur, wenn er sich noch nicht entschieden hat, ob er sein Widerspruchsrecht ausüben will – dadurch, dass der Fristlauf ohne zureichende Information nicht beginnt. Auf fehlende oder falsche Information kann der Arbeitnehmer also mit spätem Widerspruch reagieren. Mehr als die Hinderung des Fristlaufs bewirkt das Informationsdefizit nicht. Es schützt insbesondere nicht davor, dass der Arbeitnehmer das Widerspruchsrecht durch Ausübung bereits (fehsam) ausgeübt hat. Damit ist das Widerspruchsrecht verbraucht. § 613a Abs. 6 BGB hindert den Arbeitnehmer nicht daran, trotz fehlender Information vor Fristbeginn womöglich „unüberlegt“ zu widersprechen.

³⁶ Aus der Literatur zu § 613a Abs. 6 BGB etwa *Worzalla*, NZA 2002, 357; *B. Gaul/B. Otto*, DB 2002, 638.

³⁷ Für das Schriftformerfordernis *B. Gaul/B. Otto*, DB 2002, 638.

Das Widerspruchsrecht ist – was kaum gesehen wird – ein Wahlrecht: Der Arbeitnehmer entscheidet über die Person seines Arbeitgebers. Insofern kann er sich nicht nur gegen den Erwerber und für den Veräußerer entscheiden, er kann auch den Erwerber als neuen Arbeitgeber nach dem Übergang des Arbeitsverhältnisses bestätigen und damit im Eigeninteresse den Schwebezustand beenden.

Es liegt nicht anders als bei der Anfechtung: Das Anfechtungsrecht umfasst nicht nur die Vernichtung der entscheidungsfehlerhaften Erklärung nach § 142 Abs. 1 BGB, sondern auch deren Bestätigung, § 144 BGB. Diese Bestätigung ist kein Verzicht auf das Anfechtungsrecht, sondern dessen Ausübung – so wie ein Genehmigungsrecht sowohl durch Genehmigung wie durch deren Verweigerung ausgeübt wird.³⁸ Der Arbeitnehmer kann also auch bei unzureichender Information sein Gestaltungsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB (durch einseitige Erklärung, aber auch durch Vertrag) dahin ausüben, dass er den Erwerber als Arbeitgeber wählt. Auch dann ist sein Widerspruchsrecht durch Ausübung verbraucht.

2. Beseitigung der Widerspruchsbindung durch Anfechtung

a) Arglist durch Täuschen oder Schweigen

In diesen Fällen des ausgeübten Widerspruchsrechts kann die rechtsgeschäftliche Bindung nur durch Anfechtung der Widerspruchserklärung – oder der Bestätigung – beseitigt werden. Im Vordergrund steht dabei die Arglistanfechtung des erklärten Widerspruches nach § 123 BGB. Hat ein Arbeitgeber den Arbeitnehmer bewusst falsch informiert, damit er das Widerspruchsrecht auf dieser falschen Informationsbasis ausübt, so kann der Arbeitnehmer seine Erklärung vernichten. Dabei geht es in der Praxis vor allem um den Erwerber, der durch „Schwarzmalerei“ unerwünschte Arbeitnehmer vertreiben will. Insbesondere wenn ein ganzer oder gar der einzige Betrieb übertragen wird, fallen die Arbeitnehmer durch einen Widerspruch in eine kündigungsschutzrechtlich fatale Situation: Eine Sozialauswahl findet (anders als beim Teilbetriebsübergang) nicht statt; der Veräußerer muss nur auf freien Arbeitsplätzen weiterbeschäftigen. Bei der arglistigen positiven Falschinformation kommt es nicht darauf an, ob der Täuschende im Rahmen seiner Informationspflicht aus § 613a Abs. 5 BGB agiert – oder etwa im Anschluss an die erfüllte Informationspflicht mit

³⁸ Staudinger/Rieble, 2005, § 397 Rn 62.

Desinformation nachzusteuern sucht. Der Bezug zur Informationspflicht ist nur entscheidend, wenn es um arglistige Täuschung durch Verschweigen geht. Sie setzt eine Informationspflicht voraus – die gerade aus § 613a Abs. 5 BGB folgt. Wird dem Arbeitnehmer etwa verschwiegen, dass er nach Widerspruch mit einer betriebsbedingten Kündigung beim Veräußerer zu rechnen habe, so verstößt dieses Schweigen gegen die Informationspflicht – wenn man aus § 613a Abs. 5 Nr. 4 BGB herleitet, dass über das Kündigungsrisiko nach Widerspruch aufzuklären ist. Freilich ist gerade beim Schweigen der Arglistnachweis schwierig: Der Schweigende kann darauf verweisen, dass er über den Umfang seiner Informationspflicht geirrt hat, dass es ihm also am Vorsatz mangelte. Das Gesagte gilt ebenso für die Bestätigung des Arbeitsverhältnisses zum Erwerber.

b) Täuschung durch Dritte nach § 123 Abs. 2 BGB

Hauptproblem der Arglistanfechtung ist das Auseinanderfallen von Täuschendem und dem Adressaten der angefochtenen Willenserklärung.³⁹ Hier ist dogmatische Feinarbeit nötig. Im ersten Schritt ist festzuhalten, dass die Anfechtung des Widerspruchs als einseitige empfangsbedürftige Gestaltungserklärung dem konkreten Widerspruchsempfänger folgt: Dass der Arbeitnehmer nach § 613a Abs. 6 S. 2 BGB den Widerspruch (wie auch die Bestätigung des Arbeitsverhältnisüberganges) auch gegenüber dem jeweils anderen „Arbeitgeber“ hätte aussprechen können, ist für die Bestimmung des Anfechtungsgegners ohne Belang. Denn es kommt darauf an, wem gegenüber der Arbeitnehmer den Widerspruch erklärt hat. Es liegt nicht anders als bei der Genehmigung eines Vertrages durch einen Dritten, die jedem Vertragspartner gegenüber erklärt werden kann – aber nur demjenigen gegenüber angefochten werden kann, dem sie erklärt worden ist.⁴⁰ Das bestätigt § 143 Abs. 3 BGB, der eine Ausnahme nur für den Behördenzugang der anzufechtenden Erklärung macht.

Ganz praktisch: Wenn der Arbeitnehmer vom Erwerber getäuscht wurde, seinen Widerspruch gegenüber dem Veräußerer erklärt hat – kann er dann den Widerspruch ohne weiteres anfechten? Oder kommt es auf die schwer nachweisbare Kenntnis des Veräußerers von der Täuschung durch den Erwerber an?

³⁹ Allgemein Staudinger/Singer/von Finckenstein, 2004, § 123 Rn 45 ff.

⁴⁰ Staudinger/Gursky, 2004, Vorbem. 45 zu §§ 182 ff. m.w.N. zum Streitstand.

Das Drittanfechtungsproblem lässt sich im zweiten Schritt noch komplizierter fassen, weil der vom Widerspruch angegriffene gesetzliche Arbeitsverhältnisübergang (wie die Vertragsübernahme) ein notwendig dreiseitiger Akt ist. Für die Vertragsübernahme hat der BGH entschieden, dass stets beiden Vertragspartnern gegenüber ein Anfechtungsgrund bestehen müsse, also dass der eine getäuscht haben müsse und der andere gemäß § 123 Abs. 2 S. 1 davon hätte wissen müssen.⁴¹ Im konkreten Fall wollte der BGH verhindern, dass der vom neuen Mieter arglistig getäuschte Vermieter seine Vertragsübernahmeerklärung anfechtet und so den ahnungslosen Alt-Mieter zurück ins Mietverhältnis zwingt. Ein vergleichbares Problem des aufgezwungenen Arbeitnehmers stellt sich nur selten – und vor dem Weggang des Arbeitnehmers ist der Erwerber nicht gefeit. Immerhin theoretisch ist denkbar, dass der Veräußerer den Arbeitnehmer arglistig zum Widerspruch verleitet (um ihn zu halten) und die Anfechtung dem ahnungslosen Erwerber einen Arbeitnehmer aufzwingt, den er inzwischen nicht mehr braucht.

Nun lässt sich gegen die Rechtsprechung des BGH einiges vorbringen, vor allem, dass § 123 Abs. 2 BGB die Arglistanfechtung nur für den Fall beschränkt, dass die Störung der privatautonomen Willensbildung von außen stammt, eben von jenem Dritten. Wer aber die Störungsquelle zur Vertragspartei macht, liefert sich deren Einfluss aus. Dieser kommt nicht mehr von außen – wer an einem mehrseitigen Rechtsgeschäft beteiligt ist, kann nicht Dritter sein. So wie er das Risiko auf sich nimmt, dass die Willenserklärung desjenigen nichtig ist, und damit der mehrseitige Vertrag insgesamt scheitert, so geht er das Risiko ein, dass dieser Vertragspartner einen anderen arglistig täuscht und der Vertrag hieran scheitert.⁴² Ebenso hat der BGH richtig früher für die Schuldübernahme des § 415 BGB entschieden: Ist der Übernehmer vom Schuldner arglistig getäuscht worden, so kann er seine Vertragserklärung anfechten – und zwar diesem gegenüber und nicht notwendig gegenüber dem genehmigenden Gläubiger.⁴³ Jener ist also nicht Dritter.

⁴¹ BGH BGHZ 137, 255 = NJW 1998, 531 = JR 1998, 456 mit krit Anm Schubert; dazu Emmerich, JuS 1998, 495. Ähnlich Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage 1992 § 29, 3 = S. 546 f., der für die Zustimmung nach § 182 Abs. 1 BGB selbst dann das Kennenmüssen des jeweils anderen verlangt, wenn die Zustimmung und damit auch die Anfechtung dem Täuschenden gegenüber erklärt wird.

⁴² Staudinger/Rieble, 2005, § 415 Rn 33.

⁴³ BGHZ 31, 321; im Anschluss an RG RGZ 119, 418, 421; weiter mit Nachweisen Staudinger/Rieble 2005, § 415 Rn 28 ff.

Auf den Arbeitsverhältnisübergang ist der Gedanke nur beschränkt übertragbar: Eher formal ist der Einwand, der Arbeitsverhältnisübergang erfolge kraft Gesetzes und nur aufgrund desjenigen Rechtsgeschäftes, das dem Betriebsübergang nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB zugrundeliegen soll. Deutlich schärfer wiegt das Gegenargument, dass der Betriebsübergang gar kein Rechtsgeschäft zwischen Veräußerer und Erwerber voraussetzt (oben II.2.b)) und – zentral – dass der Betriebsübergang und damit der Arbeitsverhältnisübergang nicht von der Wirksamkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts abhängt,⁴⁴ vielmehr reicht der tatsächliche Übergang der betrieblichen Leitungsmacht als Realakt. Das aber verselbständigt den Widerspruch als Rechtsgeschäft von dem zugrunde liegenden Betriebsübergang. Wenn also zwischen Erwerber und Veräußerer in Ansehung des Arbeitsverhältnisübergangs ohnehin keine Rechtsrisikogemeinschaft besteht, habe sie sich auch nicht den wechselseitigen rechtsgeschäftlichen Einflüssen ausgeliefert. Insofern ist es auch nicht angezeigt, den Drittschutz des § 123 Abs. 2 BGB zu differenzieren und dem „anderen Arbeitgeber“ den Schutz dann zu versagen, wenn ein direkter rechtsgeschäftlicher Kontakt zum Täuschenden besteht. Nochmals: Arbeitsverhältnisübergang und Widerspruchsrecht sind nicht Folge des Rechtsgeschäfts zwischen Veräußerer und Erwerber, sondern erfolgen kraft Gesetzes – im Interesse des Arbeitsplatzerhalts. Deswegen begründet auch ein solches Rechtsgeschäft keine Risikogemeinschaft; der von der Widerspruchserklärung verschonte Arbeitgeber bleibt im Verhältnis zum Anfechtungsgegner Dritter und genießt Vertrauensschutz.

Dann bleibt noch die Zurechnung von Erfüllungshilfen- und Vertreter-einwirkung, die dem Täuschenden den Drittstatus entzieht, weil er „auf der Seite des Vertragspartners steht“.⁴⁵ Indes: Veräußerer und Erwerber sind einander grundsätzlich keine Erfüllungsgehilfen (noch 3.b)) und auch keine Vertreter. Sie stehen aus Sicht des Arbeitnehmers zwar „auf der anderen Seite“. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB will aber Vertrauensschutz gewährleisten für denjenigen, der an der Entstehung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts nicht beteiligt gewesen ist –⁴⁶ begrenzt also das Anfechtungsrecht zum Schutze gerade des ahnungslosen Anfechtungsgegners. Insofern kann aber nicht die Rede davon sein, dass der Veräußerer sich dem Täuschungseinfluss des Erwerbers auf den Arbeitnehmer ausgeliefert habe – et vice versa.

44 Etwa BAG EZA § 613a BGB Nr. 44 = AP Nr. 44 zu § 613a BGB = NZA 1985, 735 für den minderjährigen Arbeitgeber.

45 Dazu Staudinger/Singer/von Finckenstein 2004, § 123 Rn 47.

46 Motive I 206; Staudinger/Singer/von Finckenstein, 2004, § 123 Rn 45.

Gelegentlich – etwa beim Auftragsübergang unter Übernahme der Betriebsmittel („Abler“-Entscheidung, Fn 19) – sind die Arbeitgeber nicht einmal durch eine Einigung miteinander verbunden. Selbst dort, wo sie es sind, reicht die Einigung über den Betriebsübergang nicht aus. Denn zur Information nach § 613a Abs. 5 BGB sind beide Arbeitgeber getrennt voneinander verpflichtet – auch wenn man mit der h.M. eine Gesamtinformationsschuld annimmt. Sie müssen sich hinsichtlich der Unterrichtung nicht abstimmen, und haben auch insofern keinen Einfluss aufeinander. Der Erwerber kann eigennützig Falschinformationen streuen, nachdem der Veräußerer korrekt informiert hat. Der Veräußerer ist weder zur Kontrolle noch zur Richtigstellung fremder Fehlinformation verpflichtet. Hierauf aber zielt § 123 Abs. 2 S. 1 BGB: Die Norm erlegt dem Anfechtungsgegner bei der Täuschung durch Dritte eine Hinweis- und nach h.M. auch eine Erkundigungsobliegenheit⁴⁷ (zur Vermeidung der Anfechtung) dann und nur dann auf, wenn er von der Täuschung wusste oder wissen musste. Anders ist es ausnahmsweise dann, wenn einer der beiden Arbeitgeber nach deren Informationskonzept die Informationslast übernommen hat (noch 3.b) für § 278 BGB). Dann muss sich der andere dessen Täuschung zurechnen lassen und kann sich nicht auf Unkenntnis berufen.

Das heißt: Hat der Arbeitnehmer infolge arglistiger Täuschung widersprochen, kann er dann und nur dann anfechten, wenn der Empfänger des Widerspruchs auch der Arglistige ist. Hat der eine Arbeitgeber getäuscht, der Arbeitnehmer dagegen den Widerspruch gegenüber dem anderen erklärt, so hat der Arbeitnehmer wegen § 123 Abs. 2 BGB „Pech gehabt“. Am Beispiel: Der Erwerber täuscht arglistig (um den Widerspruch zu provozieren); der Veräußerer ist gutgläubig. Der Arbeitnehmer kann nur anfechten, wenn er den Widerspruch gegenüber dem Erwerber erklärt hat; der Veräußerer erfährt keinen Vertrauensschutz nach § 123 Abs. 2 BGB, weil er nicht Anfechtungsgegner ist (anders aber BGH).

Wem das zu zivilistisch ist, der muss zur arbeitrechtlichen Freirechtsschule greifen.⁴⁸ Indes: Es gibt keinen Rechtssatz, nach dem zivilrechtlicher Vertrauensschutz (hier: § 123 Abs. 2 S. 1 BGB) dann entfielen, wenn er zugunsten eines Arbeitgebers und zu Lasten eines Arbeitnehmers wirkte.

47 RG RGZ 104, 191, 194 für § 179 Abs. 3 BGB; BGH NJW-RR 1992, 1005 = BB 1992, 1456 = WM 1992, 1016; Staudinger/Singer/von Finckenstein, 2004 § 123 Rn 56; gegen eine Nachforschungspflicht aber Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage 1992 § 29, 3 = S. 543.

48 Großes Vorbild: *Gamillscheg*, AcP 176 (1976) 197 ff.: Anwendung des Zivilrechts nur bei Nachweis der „sozialen Tauglichkeit“. Richtig dagegen *Zöllner*, AcP 176 (1976) 221, 236 ff.

Die Schuldrechtsreform hat gerade keinen allgemeinen Geltungsvorbehalt zugunsten arbeitsrechtlicher Besonderheiten eingefügt, sondern diesen auf die AGB-Kontrolle beschränkt (§ 310 Abs. 4 S. 2 BGB). Freirechtsfindung ist auch nicht nötig. Der Zugriff auf Schadensersatzansprüche aus § 280 BGB gleicht dieses Manko aus. Weil der Schadensersatz nur zwischen zwei Personen – dem Arbeitnehmer als Gläubiger und dem pflichtwidrig fehlinformierenden Arbeitgeber – vollzogen wird, braucht es hier keine Rücksicht auf den Vertrauensschutz Dritter (noch 3).

Was bleibt, ist die Täuschung durch sonstige Dritte, also „Vierte“. Wenn im Betrieb „Gerüchte wabern“, die womöglich von Betriebsrat oder Gewerkschaft forciert werden, weil diese einen Massenwiderspruch zu eigenen Kollektivzwecken organisieren wollen,⁴⁹ kann das weder Veräußerer noch Erwerber zugerechnet werden. Solcher Dritteinfluss berechtigt so oder so nicht zur Anfechtung, wenn nicht dem Empfänger des Widerspruchs ausnahmsweise wenigstens fahrlässige Unkenntnis der Täuschung vorzuwerfen ist; die fahrlässige Unkenntnis, selbst das positive Wissen um das Gerücht oder die Falschinformation reicht nicht aus.

§ 123 Abs. 2 BGB bezieht das Kennenmüssen auf die Täuschung ohne das Adjektiv arglistig. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, es genüge, wenn der Anfechtungsgegner den objektiven Tatbestand der Täuschung, also der Fehlinformation, kennen müsse. § 123 Abs. 2 spricht insgesamt nur von der Täuschung und bezieht sich damit notwendig auf die arglistige des Abs. 1. Das Kennenmüssen umfasst also auch den subjektiven Tatbestand der Arglist.

c) Anfechtung wegen Eigenschaftsirrturns, § 119 Abs. 2 BGB

Unabhängig von jeder Arglist, dafür aber belastet mit der Schadensersatzpflicht des § 122 BGB, kann der Arbeitnehmer seine Widerspruchs-erklärung (oder die Bestätigung) im Falle des nach § 119 Abs. 2 BGB ausnahmsweise beachtlichen Motivirrturns anfechten.

Dazu muss der Arbeitnehmer über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Person des Arbeitgebers oder der Sache, also des Unternehmens geirrt haben. Weil das Widerspruchsrecht im Dienst der Vertragsfreiheit steht, kann der Arbeitnehmer eben jene Irrtümer geltend machen, die ihn auch zur Anfechtung seiner Arbeitsvertragserklärung berechtigen. Weil es mit

⁴⁹ Eingehend *Rieble*, NZA 2005, 1.

dem Widerspruch um die Wahl zwischen zwei Arbeitgebern geht, können Eigenschaftsirrtümer auf beiden Seiten betroffen sein.

Insbesondere Irrtümer über Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit eines Arbeitgebers sind für das Arbeitsverhältnis maßgebende Eigenschaften. Ob man die Tarifgebundenheit oder gar die Geltung bestimmter Tarifverträge hierher fassen kann, ist fraglich. Zwar können auch rechtliche Verhältnisse Eigenschaften sein. Doch sind Tarifgebundenheit oder Tarifgeltung nicht dauerhaft angelegt. Der Erwerber kann jederzeit aus dem Arbeitgeberverband ausscheiden; der Beschäftigungsbetrieb kann aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrags herauswandern. Deswegen möchte ich schon die Qualifizierung als Eigenschaft, jedenfalls aber die Verkehrswesentlichkeit verneinen. Auch die Frage der Konzernzugehörigkeit ist nicht notwendig auf Dauer angelegt. Vielmehr fällt es in das typische Arbeitnehmerrisiko, dass sich die Anteilseignerschaft des Arbeitgebers ändert.

Auch Umsätze und Ertragskraft des Unternehmens sind keine Eigenschaften, sondern nur „Momentaufnahmen“. Richtig hat der BGH deswegen die Eigenschaftsqualität verneint.⁵⁰ Die Literatur will hier zwar großzügiger sein – aber nur, um diese Großzügigkeit durch den Vorrang des Gewährleistungsrechts wieder einzukassieren.⁵¹ Immer aber muss es sich um Eigenschaften zum Zeitpunkt des Widerspruchs handeln. Spätere Entwicklungen können kein Reuerecht des Arbeitnehmers begründen.

Auch dass der Arbeitnehmer irrig annahm, beim Veräußerer sei „für ihn“ ein Arbeitsplatz frei (und deswegen widersprach), betrifft keine Eigenschaft. Personalbedarf und -deckung sind ebenfalls nur Momentaufnahmen.

d) Kausalität von Irrtum und Erklärung

Die Anfechtung hängt davon ab, dass Täuschung oder Irrtum für die Willenserklärung kausal gewesen sind; im Fall des § 119 BGB muss der Arbeitnehmer sogar „verständlich“, also vernünftig sein. Es geht um psychische Kausalität: Hätte der Arbeitnehmer seinen Widerspruch (oder die Bestätigung des Arbeitgeberwechsels) nicht geäußert, wenn er richtig informiert worden wäre. Besonders dann, wenn der informierende Arbeitgeber nur einen Teil der Grausamkeiten offenbart hat, die Lage aber noch drastischer gewesen ist, muss man an der Kausalität zweifeln. Denn der Arbeitnehmer

⁵⁰ BGH NJW 1970, 653, 655 = MDR 1970, 301, 302.

⁵¹ Statt vieler Staudinger/Singer, 2004, § 119 Rn 84, 95 m.w.N.

hätte dann noch mehr Grund zum Widerspruch gehabt und kann schwerlich damit gehört werden, er hätte dann nicht widersprochen. Hauptfall wird das Verschweigen der Kündigungsgefahr nach Rückkehr zum Veräußerer sein: Hier kann der Arbeitnehmer in der Tat geltend machen, dass er bei Kenntnis seinen Arbeitsplatz nicht durch Widerspruch gefährdet hätte. Jedenfalls aber darf man die Kausalität nicht unterstellen (zum Parallelproblem beim Schadensersatz 3.c)).

3. Schadensersatz aus § 280 BGB

a) Pflichtverletzung

Weil die Unterrichtung Rechtspflicht ist, wird die Pflichtverletzung mit Schadensersatz aus § 280 BGB sanktioniert – und zwar für die Nichtinformation ebenso wie für die verspätete Information wie für die unvollständige oder falsche Information. Für die Unterscheidungen zwischen Nichterfüllung, Schlechterfüllung und Verzug bleibt hier zu wenig Raum. Richtigerweise wird man § 281 BGB im Falle der Nichtinformation nicht anwenden können: Der Arbeitnehmer begehrt keinen Schadensersatz statt der ausgebliebenen Informationsleistung; er macht einen Folgeschaden geltend. Verzug tritt bereits mit dem Betriebsübergang ein, § 286 Abs. 1 Nr. 2 BGB, weil die Arbeitgeber spätestens zu diesem Zeitpunkt informieren müssen.

b) Vertretenmüssen, insbesondere Drittverhalten (§ 278 BGB)

Zwar wird das Vertretenmüssen der verletzten Unterrichtungspflicht widerlegbar vermutet, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Freilich kann sich der Fehlinformant exkulpieren, indem er darlegt, dass es ihm auch bei Wahrung der gebotenen Sorgfalt nicht möglich gewesen ist, die Informationspflicht zu erfüllen. Hierher rechnen vor allem Rechtsirrtümer: Die Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB ist noch nicht von der Rechtsprechung konkretisiert. Dementsprechend ist die Grauzone groß, trotz der Vorarbeiten in der Literatur. Davon abgesehen handelt es sich bei den Folgen des Betriebsübergangs für die Arbeitnehmer um eine schwierige Rechtsmaterie. Weitergeltung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, Umstrukturierungsfolgen für das Betriebsratsamt etc. sind rechtlich nicht einfach zu beurteilen.

Das Hauptproblem aber liegt in der Weitergabe falscher oder unzureichender Informationen, vornehmlich durch den Veräußerer, der seinerseits vom Erwerber falsch oder unzureichend informiert worden ist. Auch wenn man der Gesamtschuldthese der h.M. folgt, schulden die beiden Arbeitgeber die Information getrennt. Gesamtschuld ist nicht gemeinschaftliche Schuld. Während die Erfüllung Gesamtwirkung zeitigt, greift für Leistungsstörungen und Pflichtverletzungen nach § 425 BGB das Prinzip der Einzelwirkung – weil jeder für sich schuldet und sich Fehlverhalten der anderen Gesamtschuldner nicht zurechnen lassen muss.⁵² § 425 BGB schützt den einen Gesamtschuldner vor den anderen. Dass das Arbeitsverhältnis als Schuldverhältnis eine notwendige Gesamtwirkung ergebe („soweit“-Satz in § 425 Abs. 1 BGB), lässt sich nicht sagen.

Deswegen stellt sich die Frage, ob der eine informationspflichtige Arbeitgeber Erfüllungsgehilfe des anderen ist, weil dies zur Zurechnung von Pflichtverletzung und Vertretenmüssen nach § 278 BGB führt. Unproblematisch kann man dies bejahen, wenn beide Arbeitgeber vereinbaren, einer von Ihnen (meist der Veräußerer) solle eine Gemeinschaftsinformation in beider Namen herausgeben. Darin liegt die von § 278 BGB geforderte Einschaltung des Dritten in den (Informations-)Pflichtenkreis. Was aber, wenn der eine Arbeitgeber vom anderen nur Vorinformationen erhalten hat? Die Frage stellt sich in beide Richtungen: Der Veräußerer kann seine Informationspflicht nur erfüllen, wenn er vom Erwerber erfährt, wie der übernommene Betrieb oder Betriebsteil integriert werden soll und welche Rahmenbedingungen (Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen) beim Erwerber gelten. Der Erwerber seinerseits muss vom Veräußerer den Ist-Zustand wissen, weil darauf seine geplanten Maßnahmen fußen. Macht nun einer der beiden einen Fehler, setzt sich dieser in der Information des anderen fort. Der Arbeitgeber, der so fehlerhafte Informationen durchreicht oder auf der Basis von Fehlinformationen zu falschen Folgeschlüssen gelangt, wird seine Verantwortung abstreiten. In einem Fall kann er das unproblematisch tun: Wenn der Erwerber über Maßnahmen informiert, die er aufgrund fehlerhafter Vorinformation geplant hat (Nr. 4), ist seine Information richtig. Denn er gibt seine Planung richtig wieder; zu fehlerfreier Planung ist er nicht verpflichtet.

Die Lösung der Frage liegt im allgemeinen Schuldrecht. In den Pflichtenkreis des (Informations-)Schuldners kann der Dritte nur eingeschaltet

⁵² MünchKommBGB/P. Bydlinski, 4. Auflage 2003, § 425 Rn 13 ff., 17 ff.; Staudinger/Noack § 425 Rn 1 ff.

werden, wenn der Schuldner zur (richtigen) Informationsgewinnung verpflichtet ist. Das aber ist nicht der Fall. Die Informationspflicht ist Beschaffungsschuld, keine Herstellungsschuld. Das leuchtet dem schuldrechtswöhnten Arbeitsrichter am Beispiel des Kaufvertrages ein: Weil der Verkäufer nur Lieferung und Beschaffung schuldet, nicht aber Herstellung, ist der Hersteller nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers.⁵³ Fehler bei der Herstellung sind dem Verkäufer also nicht über § 278 BGB zuzurechnen. So liegt es auch hier: Der informierende Arbeitgeber schuldet keine fehlerfreie Informationsgewinnung (beim anderen Arbeitgeber, muss insbesondere nicht selbst Informationen in dessen Unternehmen erheben), sondern lediglich – sorgfältige – Informationsbeschaffung. Da er die Informationszulieferung gar nicht auf Richtigkeit und Vollständigkeit überprüfen kann, offenkundige Ungereimtheiten ausgenommen, hat er für die Weitergabe von Fehlinformationen nicht einzustehen.

Das macht aber wenig: Der andere Arbeitgeber haftet in diesem Fall. Denn mit der fehlerbehafteten Information ist keine Erfüllung eingetreten. Damit aber war der Lieferant selbst weiter zur Information verpflichtet. Seine Untätigkeit hat er zu vertreten, wenn ihm bei in Ansehung der Informationslieferung fehlende Sorgfalt vorzuwerfen ist. Dieser Fehler schlägt auf die Nichterfüllung durch.

Dass die Informationsschuld „nur“ Beschaffungsschuld ist, hat eine weitere Konsequenz: Soweit der Arbeitgeber über rechtlich schwierige Folgen des Betriebsübergangs aufzuklären hat, ist auch der Rechtsanwalt oder Verbandsvertreter, den er um Beratung bittet, kein Erfüllungsgehilfe. Zum eigenen Pflichtenkreis gehört nur die Vergewisserung über den Umfang der Informationspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB. Solche Beratungsfehler sind nach § 278 BGB zurechenbar, wenn der Berater seinerseits unsorgfältig gehandelt hat. Fehler dagegen, die diesem bei der Ermittlung der Folgen des Betriebsübergangs unterlaufen, rechnen zum Informationsgegenstand; insoweit greift wiederum der Einwand der beschränkten Beschaffungsschuld.

c) Psychische Kausalität

Im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität muss der Arbeitnehmer als Geschädigter belegen, dass er ohne den Informationspflichtverstoß

⁵³ Ganz h.M., nur Palandt/Heinrichs, 64. Auflage 2005, § 278 Rn 13.

– also bei hypothetisch pflichtgemäßer Information durch seinen Informationsschuldner – seine Widerspruchs- oder Bestätigungserklärung nicht abgegeben hätte. Insofern handelt es sich um eine Frage der hypothetischen inneren Willensbildung des Arbeitnehmers, kurz: um psychische Kausalität. Dass der Arbeitnehmer ex post zu der Einsicht gekommen ist, seine damalige Erklärung sei wenig sinnvoll gewesen, reicht nicht aus. Denn diese Kausalität fragt nach der ex ante Sicht: Hätte der Arbeitnehmer bei damaligen Kenntnisstand, allerdings richtiger Unterrichtung den Widerspruch (oder die Bestätigung des Arbeitgeberwechsels) unterlassen. Die zwischenzeitliche Entwicklung bei Veräußerer und Erwerber muss außer Betracht bleiben, sofern diese nicht damals schon absehbar war und (!) soweit sie nicht Gegenstand der Information hätte sein müssen. Am Beispiel: Der Arbeitnehmer mag Widerspruch erklärt haben, der Veräußerer sei insolvent geworden. Dass der Arbeitnehmer nun verständlicherweise seinen Widerspruch beseitigen möchte, um einen Arbeitsplatz beim Erwerber zu haben, ist nachvollziehbar. Nur darf er das nicht ohne weiteres auf eine Informationspflichtverletzung stützen, die mit der Insolvenz nichts zu tun hat. Das Kausalitätserfordernis verlangt, dass der Arbeitnehmer aus damaliger Sicht den Widerspruch nicht erklärt hätte – also unter Ausblendung der erst später eingetretenen und damals nicht vorhersehbaren Insolvenz.

Arbeitsrichter sind in solchen Kausalitätsfragen mitunter recht großzügig. Vor allem, wenn es um Verstöße gegen das Nachweisgesetz geht, wird gelegentlich von der – wenig schlüssigen – Behauptung des Arbeitnehmers ausgegangen, dass er, wenn er in allgemeiner Form auf die einschlägigen Tarifverträge hingewiesen worden wäre, diese auch eingesehen und gelesen hätte, sodann die enthaltene Ausschlussfrist bemerkt und diese „natürlich“ gewahrt hätte.⁵⁴ Die ordentlichen Gerichte sind skeptisch. Vor allem für den entgangenen Gewinn behaupten sich Geschädigte gern als nachträglich rückwirkend erfolgreiche Aktienspekulanten.⁵⁵ Kurzum: Psychische oder innere Kausalität ist nicht nachweisbar. Niemand kann feststellen, ob der Arbeitnehmer bei vollständiger, rechtzeitiger und zutreffender Information sein Widerspruchsrecht doch ausgeübt oder den erfolgten Widerspruch nicht erklärt hätte. Gleiches gilt für eine etwaige Bestätigung des Arbeitgeberwechsels.

⁵⁴ Hierauf weist mit Recht hin BAG EzA § 2 NachwG Nr. 6 = AP Nr. 174 zu § 4 TVG Ausschlussfristen unter III 3 c.

⁵⁵ Statt vieler: Staudinger/Schiemann, 2005, § 252 Rn 55 ff.

Innere Tatsachen entziehen sich dem Beweis. Im Schadensrecht hilft § 287 Abs. 1 ZPO, der dem Richter auch die Schätzung der haftungsausfühlenden Kausalität erlaubt. Gleichwohl darf der Pauschalvortrag hypothetischen Widerspruchsverhaltens nicht unbesehen zur Grundlage richterlicher Schätzung geraten: Der Arbeitnehmer macht als Geschädigter einen hypothetischen Kausalverlauf geltend. Er ist darlegungsbelastet und muss seine hypothetische Willensbildung plausibel machen, also bezogen auf seine Motivation erklären, weswegen er sich damals für den Widerspruch entschieden hat und weswegen er sich bei richtiger Information damals gegen diesen entschieden hätte.

d) Vorrang der Arglistanfechtung?

Für das alte Schuldrecht war über das Verhältnis von Anfechtung und c.i.c. als Reaktion auf Informationspflichtverletzungen heftig gestritten worden.⁵⁶ Der BGH hat deswegen (fälschlich) gemeint, die culpa in contrahendo setze einen Vermögensschaden voraus.⁵⁷ Die Frage wurde von der Schuldrechtsreform bewusst ignoriert,⁵⁸ weswegen man Wertungswidersprüche nicht mehr durch eine analoge Anwendung der §§ 121, 124 BGB auf Schadensersatzansprüche verhindern kann.⁵⁹

Für § 613a Abs. 5 BGB lautet die Parallelfrage: Sind Schadensersatzansprüche aus § 280 BGB wegen Fehlinformation mit Blick auf die Anfechtung zu beschränken? Ein Vermögensschaden liegt beim Arbeitnehmer mit Blick auf den Einnahmeausfall nur scheinbar stets vor. Wenn der Arbeitnehmer etwa irrig widerspricht, mag er beim Veräußerer unter Umständen genauso viel verdienen, aber seine Entscheidungsfreiheit aus anderen als monetären Gründen auf ein Arbeitsverhältnis beim Erwerber richten. Auch bleibt die Frage, ob der Schadensersatzanspruch auf den Wertersatz des Vermögensschadens begrenzt sein müsse, ob also die Naturalrestitution

⁵⁶ Statt vieler *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB 2000, S. 210 ff.

⁵⁷ Leitentscheidung BGH NJW 1998, 302. Kritisch *Lieb*, FS Medicus 1999, S. 337 ff.; *Fleischer*, AcP 200 (2000) S. 91 ff.; *S. Lorenz*, ZIP 1998, 1053 ff.; *Grigoleit*, S. 19 ff.

⁵⁸ *Schulze/Schulte-Nölke/Grigoleit*, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts 2001, S. 269 ff., 274 ff.

⁵⁹ So aber *Staudinger/Singer/von Finckenstein*, 2004, § 123 Rn 95 mN. Doch ist einerseits die Verjährung für c.i.c.-Ansprüche nun nach §§ 195, 199 BGB auf drei Jahre begrenzt, andererseits sind in §§ 121 Abs. 2, 124 Abs. 3 BGB die Anfechtungsfristen neu gefasst; deswegen ist für eine solche Rechtsfortbildung kein Raum mehr.

(Wiederbegründung des durch den Widerspruch verlorenen Arbeitsverhältnisses) ausgeschlossen ist, diese also nur über die Anfechtung erreicht werden kann.

Indes: Sowenig man für die c.i.c., also für die vorvertraglichen Informationspflichten des § 311 Abs. 2 BGB behaupten kann, sie dienten nur dem Vermögensinteresse und nicht der Entscheidungsfreiheit, sowenig lässt sich das für die Informationspflicht des § 613a Abs. 5 BGB sagen. Der Arbeitnehmer wird umfassend in seiner Entscheidungsfreiheit geschützt, wofür § 311 Abs. 2 BGB mit dem Wort „Interesse“ herangezogen werden kann.⁶⁰ Das heißt: Anfechtung und Schadensersatz stehen nebeneinander; gewisse Wertungswidersprüche hat der Gesetzgeber in Kauf genommen. Für eine Begrenzung des Schadensersatzanspruches wegen Informationspflichtverletzung besteht kein Anlass.

e) Naturalrestitution

Wird der Arbeitnehmer durch (auch fahrlässige) Fehlinformation (vulgo Täuschung) zum Widerspruch gegen den Arbeitsverhältnisübergang oder zur Bestätigung desselben verleitet, ist zuerst an die Naturalrestitution zu denken. Die Belastung durch ein Rechtsgeschäft wird als Schaden dadurch im Sinne von § 249 BGB kompensiert, indem das Rechtsgeschäft beseitigt wird. Die Belastung mit einem unerwünschten Vertrag kann mit einem Schadensersatzanspruch auf Vertragsaufhebung kompensiert werden.⁶¹ Dementsprechend ist hier zu fragen, wie die Wirkung der Ausübung des Widerspruchsrechtes als Gestaltungsrecht herbeigeführt werden kann – etwa parallel zu der vom Arbeitgeber durch Täuschung provozierten Eigenkündigung.

Hat der Arbeitnehmer infolge der Fehlinformation widersprochen – also dadurch sein Arbeitsverhältnis zum Erwerber verloren, so kann ihm ein Schadensersatzanspruch auf (Wieder-)Begründung des Arbeitsverhältnisses zu diesem zustehen.⁶² Allerdings: Dafür braucht der Arbeitnehmer den Erwerber als Vertragspartner. Deswegen ist dieser Schadensersatzanspruch durchsetzbar, wenn die Pflichtverletzung vom Erwerber ausgeht.

⁶⁰ Dazu schon Konzen/Schmidt/Dauner-Lieb/Rieble, Das neue Schuldrecht in der Praxis 2003, S. 137, 145 ff.

⁶¹ Statt vieler Kaiser, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB 2000, S. 217; S. Lorenz, Unerwünschter Vertrag (1997), S. 67 ff.

⁶² Willemsen/Lembke, NJW 2002, 1164.

Trifft der Vorwurf dagegen (nur) den Veräußerer, wird die Naturalrestitution diesem vielfach unmöglich sein: Wie soll der Veräußerer den Erwerber bewegen, den Arbeitnehmer „zurückzunehmen“? In Ausnahmefällen mag dies in seiner Macht liegen, vor allem, wenn der Erwerber eine Tochtergesellschaft ist. Dann muss der Veräußerer seine Leitungsmacht als Anteilseigner nutzen. Ansonsten folgt aus der Unmöglichkeit der Naturalrestitution, dass der geschädigte Arbeitnehmer in Geld zu entschädigen ist, § 251 Abs. 1 BGB.

Etwas schwieriger liegt das Problem, wenn der Arbeitnehmer infolge der Fehlinformation den Arbeitsverhältnisübergang bestätigt hat. Denn die Aufhebung der Bestätigungswirkung würde unmittelbar das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers aufleben lassen. Weil das Widerspruchsrecht aber gegenüber beiden Arbeitgebern wirkt, bräuchte es dafür eine dreiseitige Vereinbarung, die schwerer noch erzwungen werden kann. Indes zielt die Beseitigung der Bestätigung doch auf den folgenden Widerspruch und damit auf ein Arbeitsverhältnis zum Veräußerer. Dementsprechend kann der Arbeitnehmer vom Veräußerer als Schadensersatzschuldner einen Arbeitsvertragsschluss begehren. Der schädigende Erwerber wird diesen Vertrag wiederum selten nur bewirken können.

f) Ersatz des Vermögensschadens

Vermögensschadensersatz in Geld nach § 251 Abs. 1 BGB zielt in erster Linie auf Verdienstauffälle, wenn die Rückkehr zum gewünschten Arbeitgeber nicht erreicht werden kann. Insbesondere wenn der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz inzwischen verloren hat oder aber schlechter bezahlt wird, kann er auf diese Weise versuchen, ein schadensrechtliches Einkommen zu erzielen. Das könnte sogar so weit gehen, dass der Veräußerer, der den Arbeitnehmer zum Widerspruch verleitet hat, dem dann die betriebsbedingte Kündigung folgt, eine Schadensrente zahlen muss, also Entgeltweiterzahlung bis zum Erreichen der Altersgrenze. Freilich ist für den hypothetischen Kausalverlauf, also den Fortgang des Arbeitsverhältnisses beim Erwerber nicht gesagt, dass dieses dort störungsfrei weitergelaufen wäre. Deswegen spricht alles dafür, die vom BAG entwickelte Begrenzung des Ersatzanspruches aus § 628 Abs. 2 BGB hierher zu übertragen: Der Arbeitnehmer erhält Entgeltfortzahlung bis zum nächsten regulären Kündigungstermin und eine Abfindung für den Arbeitsplatzverlust.⁶³

⁶³ BAG EzA § 628 BGB Nr. 19 mit instruktiver Anm. Krause = AP Nr. 13 zu § 628 BGB = NZA 2002, 325.

Der Geldersatz spielt eine zweite und eigenständige Rolle mit Blick auf den Zeitablauf. Das betrifft einmal den Verzug mit der Information. Der Arbeitnehmer kann geltend machen, er hätte den Widerspruch bei rechtzeitiger Information früher erklärt, und kann deswegen Verzögerungsschäden liquidieren.⁶⁴ Außerdem kann auch die Naturalrestitution richtigerweise das gewünschte Arbeitsverhältnis nicht rückwirkend begründen; insofern dient der Schadensersatz in Geld dem Ausgleich der in der Zwischenphase erlittenen Schäden, nicht nur von entgangenen Vorteilen aus dem gewünschten Arbeitsverhältnis, sondern auch von sonstigen Nachteilen.

V. Ergebnisse

1. Die Unterrichtungspflicht des § 613a Abs. 5 BGB ist entgegen der h.M. keine Gesamtinformationsschuld. Vielmehr trifft sie den jeweiligen Arbeitgeber des Arbeitnehmers. Der Wortlaut ist mit „oder“ mehrdeutig und damit einer schuldrechtssystematischen Auslegung zugänglich.
2. Die Informationsschuld ist selbständig durchsetzbar, insbesondere klagbar. Ein Zurückbehaltungsrecht begründet sie dagegen nicht.
3. Der Informationsinhalt richtet sich nach dem Kenntnisstand zum Zeitpunkt der Unterrichtung, den die Arbeitgeber gestalten können. Früher als drei Monate vor Betriebsübergang darf nicht unterrichtet werden.
4. Das Widerspruchsrecht ist nicht befristet. Ist aber der Informationsanspruch verjährt, verliert § 613a Abs. 6 BGB seine Erzwingungsfiktion; die Widerspruchsfrist beginnt zu laufen.
5. Die Folgen der Fehlinformation sind in § 613a Abs. 6 BGB nur unzureichend beschrieben. Die Norm schützt nur den Arbeitnehmer, der noch nicht widersprochen hat.
6. Hat der Arbeitnehmer widersprochen, hilft ihm zuerst das Anfechtungsrecht. § 119 Abs. 2 BGB ist selten einschlägig, wohl aber die Arglistanfechtung, § 123 BGB. Anfechtungsgegner ist derjenige, dem der Arbeitnehmer seinen Widerspruch erklärt hat. Der andere Arbeitgeber ist Dritter i.S.v. § 123 Abs. 2 BGB. Hat also der Erwerber getäuscht, um einen Widerspruch zu provozieren, so kann der Arbeitnehmer, der den Widerspruch gegenüber dem Veräußerer erklärt hat, nicht anfechten, wenn dieser gutgläubig ist. Besonderes Augenmerk gilt der Kausalität von Täuschung und Widerspruchserklärung.

⁶⁴ Zum Problem der Rückwirkung des Widerspruches *Rieble*, NZA 2004, 1.

7. Daneben kann dem Arbeitnehmer ein Schadensersatzanspruch wegen zu vertretender Verletzung der Informationspflicht zukommen, § 280 BGB. Die Arglistanfechtung genießt keinen Vorrang. Der jeweils andere Arbeitgeber ist grundsätzlich nicht Erfüllungsgehilfe des einen, weswegen der Ersatzanspruch nur gegen den Arbeitgeber gerichtet ist, der dem Arbeitnehmer gegenüber selbst die Informationspflicht verletzt hat. Das gilt auch dann, wenn der eine Arbeitgeber falsche Informationen weitergibt, die er vom anderen erhalten hat.
8. Der Arbeitnehmer muss für den Schadensersatz konkret darlegen, weshalb er bei richtiger, vollständiger und rechtzeitiger Information anders entschieden hätte. Naturalrestitution führt zur Wiederbegründung des durch den Widerspruch eingebüßten Arbeitsverhältnisses zum Erwerber. Sie kann dementsprechend regelmäßig nur durchgesetzt werden, wenn der Erwerber selbst schadensersatzpflichtig ist. Sonst bleibt nur der Vermögensschadensersatz.