

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

Schriftleitung: Prof. Dr. Klaus Schmidt, Hans Joachim Spiegelhalter und Dr. Achim Schunder,
Beethovenstr. 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

NZA 1/2004

13. Januar · 21. Jahrgang 2004 · Seite 1–64

Aufsätze und Berichte

Widerspruch nach § 613 a VI BGB – die (ungeregelte) Rechtsfolge

Von Professor Dr. Volker Rieble, Mannheim

Der nachträgliche Widerspruch zur Abwehr des Vertragsübergangs nach § 613 a I BGB wirkt, so die h. M., zurück. Das war immer schon fragwürdig. Mit dem neuen § 613 a VI BGB, dessen Frist erst mit zureichender Information nach § 613 a V BGB zu laufen beginnt, wird der nachträgliche Widerspruch häufig werden. Weil der Gesetzgeber die Rechtsfolge ungeregelt ließ, stellt sich die Rückwirkungsfrage erneut und verschärft.

I. Das „neue“ Widerspruchsrecht

1. Der Vertragsübergang nach Objektübergang – und die Abwehr zum Schutz des Unbeteiligten

Seit 1972 sorgt § 613 a I 1 BGB dafür, dass der Übergang eines Betriebes durch (oder auf Grund) Rechtsgeschäft zum Übergang auch der Arbeitsverhältnisse führt¹. Die Vorschrift bewirkt, dass die Trennung von betrieblichem Arbeitsplatz und Arbeitgeber als Vertragspartner nicht zur Sinnentleerung und Auflösung des Arbeitsverhältnisses führt. Insofern verhält es sich kaum anders als bei § 566 BGB (früher: § 571 BGB, der Leitbild für § 613 a I BGB gewesen ist²) und bei § 69 VVG: Auch dort soll die vermietete Immobilie oder der versicherte Gegenstand nicht ohne Not von dem Mietvertrag oder dem Sachversicherungsvertrag getrennt werden. Ähnliches gilt für die „Betriebsübergabe“, die zum Eintritt des Übernehmers in den Landpachtvertrag auf Pächterseite führt, § 593 a BGB.

Der innere Grund ist im Fall des § 613 a BGB anders als in den übrigen Sukzessionsfällen arbeitsrechtlicher „Sozialschutz“: § 613 a BGB flankiert den Bestandsschutz und kommt deshalb Beschäftigten ohne Arbeitnehmerstatus nicht zu Gute³. § 566 BGB dagegen ist nicht „sozial“, also Wohnungsmieterschutz, erfasst vielmehr die Gewerbeniete und die Pacht (§§ 585 II, 593 b BGB). Ihm geht es um den generellen Schutz des Mieters vor „Austreibung“⁴.

Für alle Fälle dieses „Vertragsübergangs nach Objektübergang“⁵ gilt: Die negative Vertragspartnerwahlfreiheit darf

demjenigen, der am Objektübergang nicht mitgewirkt hat, keinen Vertragspartner aufzwingen. Das Erfordernis privater autonomer Legitimation gebietet deshalb ein Abwehrrecht:

Für den Versicherungsvertrag hält das VVG in § 69 a VVG ein Sonderkündigungsrecht bereit. Der Mieter wird vor dem Erwerber in § 566 BGB nicht eigens geschützt – anders als der Landverpächter, dem § 593 a S. 3 BGB ein Sonderkündigungsrecht gegen den unzuverlässigen Betriebsübernehmer einräumt. Dem Mieter bleibt nur die ordentliche, notfalls die außerordentliche Kündigung, um den unerwünschten Vermieter abzuwehren⁶. In Ansehung der Bürgenhaftung des Alt-Vermieters spricht das Gesetz diese Kündigungsmöglichkeit in § 566 II 2 BGB als Obliegenheit an.

Im Arbeitsverhältnis hülfe zur bloßen Abwehr des neuen Arbeitgebers gleichfalls die ordentliche Kündigung und in harten Fällen § 626 BGB: Ist der neue Betriebsinhaber und Arbeitgeber unerträglich, mag der Arbeitnehmer – wie der

1) Sinnigerweise ist die Norm im Zuge der BetrVG-Novelle 1972 geschaffen worden, um weitergehende Wünsche nach der Mitbestimmung über den Betriebsübergang abzuwehren; Regierungsentwurf, Begr. BT-Dr 6/1786 S. 59. Die Änderung 1980 betraf nur den inhaltlichen Bestandsschutz nach Abs. 1 S. 2 bis 4

2) Bis zur Einführung des § 613 a 1972 wurde insb. von Nickisch, Lehrbuch des ArbeitsR., I, § 46 II 4 (S. 660) und Bötticher, in: Festschr. f. Nickisch, 1958, S. 3, 10 ff. eine analoge Anwendung des § 571 BGB a. F. vertreten. A. A. BAG (18. 2. 1960), AP Nr. 1 zu § 419 BGB Betriebsnachfolge = BB 1960, 592; ausf. bei Gaul, Das Arbeitsrecht der Betriebs- und Unternehmensspaltung, 2002, § 5 Rdnrn. 4 ff.

3) Für Heimarbeiter BAG (24. 3. 1998), NZA 1998, 1001 = DB 1998, 1669 = EzA § 613 a BGB Nr. 165 = AP Nr. 178 zu § 613 a BGB; für Organmitglieder (GmbH-Geschäftsführer) jetzt BAG (13. 2. 2003), NZA 2003, 169 = EzA § 613 a BGB 2002 Nr. 2 = AP Nr. 24 zu § 611 BGB Organvertreter; vgl. auch RegE, Begr. BT-Dr 6/1786, S. 59.

4) BGH (24. 3. 1999), BGHZ 141, 160 (165 ff.) = NJW 1999, 1857.

5) Wobei die h. M. dort – wenig nachvollziehbar – meint, § 566 BGB führe nicht zu einem Vertragsübergang, sondern zu einem zweiten, neuen Mietverhältnis mit dem Erwerber, etwa BGH (3. 5. 2000), NJW 2000, 2346; dazu (krit.) Staudinger/Emmerich, BGB, 13. Bearb., 2003, § 566 Rdnrn. 4 f. m. w. Nachw. Zum Systemvergleich zwischen WohnungsmietR. und ArbeitsR.: v. Stebut, Der soziale Schutz als Regelungsproblem des Vertragsrechts, 1982, S. 150 ff.

6) Vgl. Staudinger/Emmerich (o. Fußn. 5), § 566 Rdnrn. 44 f.

Versicherer oder der Mieter „Adieu“ sagen. In keinem denkbaren Fall ist es möglich, Arbeitnehmer gegen deren Willen zusammen mit dem Betrieb zu verkaufen – etwa als wertsteigerndes Humankapital⁷. Das machte die Arbeitnehmer zu Objekten eines Rechtsgeschäftes⁸. Insofern hat der *EuGH* eine schöne Kurzformel gefunden: „Eine solche Verpflichtung verstieße gegen Grundrechte des Arbeitnehmers, der bei der Wahl seines Arbeitgebers frei sein muss und nicht verpflichtet werden kann, für einen Arbeitgeber zu arbeiten, den er nicht frei gewählt hat“⁹.

2. Richterrechtliches Widerspruchsrecht

Indes: Schon zur alten Fassung des § 613 a BGB entwickelte das BAG anstelle eines nur abwehrenden Lösungsrechts ein Widerspruchsrecht gegen den Vertragsübergang und damit ein Rückkehrrecht zum Alt-Arbeitgeber¹⁰: Widerspricht der Arbeitnehmer, hat das zur Rechtsfolge, dass der vom Betriebsübergang „an sich“ ausgelöste Vertragsübergang entfällt, das Arbeitsverhältnis also beim Veräußerer und Alt-Arbeitgeber bleibt. Der tiefere Grund dafür, dem Arbeitnehmer anstelle eines lösenden Kündigungsrechts ein Widerspruchsrecht zu geben, liegt darin, dass beim Alt-Arbeitgeber andere Arbeitsplätze für den Widersprechenden frei sein können. Dem Arbeitnehmer soll also – typisch deutsch – als Seitenarm des arbeitsrechtlichen Bestandschutzes eine *Beschäftigungschance* gesichert werden. Das ist der entscheidende Unterschied zum Vertragsübergang nach Objektübergang in den anderen Fällen: Die Fortsetzungschance des Mieters, wenn der Alt-Vermieter – etwa eine Wohnungsbaugesellschaft – noch eine Wohnung frei hat¹¹; ist rechtlich nicht geschützt. Das hat seinen Grund darin, dass der Arbeitsvertrag weniger objektbezogen ist, als der Miet- oder Sachversicherungsvertrag. Der Arbeitsvertrag ist rechtlich nicht auf einen bestimmten Arbeitsplatz fixiert, weswegen das Arbeitsverhältnis nach Übergang gerade dieses Arbeitsplatzes im Zuge des Betriebsübergangs zwar häufig, aber nicht notwendig sinnentleert ist. § 613 a I 1 BGB eröffnet dem Arbeitnehmer einerseits die Chance, mit seinem Arbeitsplatz mitzugehen. Seine Vertragsrechte bedeuten Arbeitschancen auch außerhalb des bisherigen Arbeitsplatzes.

Freilich: Ist beim Alt-Arbeitgeber kein Arbeitsplatz frei, so führt der Widerspruch bekanntermaßen zum Personalüberhang und damit zur betriebsbedingten Kündigung durch den Alt-Arbeitgeber – freilich nach der BAG-Rechtsprechung nicht notwendig gerade des widersprechenden Rückkehrers. Vielmehr kann dieser – nach einem Teilbetriebsübergang – in der betriebsbezogenen Sozialauswahl geltend machen, er habe einen Sachgrund für seinen Widerspruch und sei sozial schwächer als ein vergleichbarer Arbeitnehmer, weswegen jener statt seiner zu kündigen ist¹². Das ist im Ergebnis unerträglich, weil der widersprechende Arbeitnehmer so kraft eigener Willkür andere Arbeitnehmer ihres Arbeitsplatzes berauben kann – nur weil es ihm beim Erwerber womöglich etwas schlechter geht¹³.

3. Wirkung und Rückwirkung

Der Widerspruch sollte nach der Konstruktionslogik des BAG „in der Regel“ nur vor Betriebsübergang stattfinden, um den Übergang des Arbeitsverhältnisses von Anfang an und rechtzeitig zu verhindern¹⁴. Es gibt aber Fälle, in denen der Betriebsübergang und damit der Übergang des Arbeitsverhältnisses stattfinden, ohne dass der betroffene Arbeitnehmer dies bemerkt. In diesem Fall gestattete BAG dem Arbeitnehmer den nachträglichen Widerspruch, „unverzüglich ab Kenntniserlangung über den Betriebsübergang“ und billigte dem Arbeitnehmer eine Überlegungsfrist von maximal drei Wochen in Anlehnung an die Kündigungs-

schutzklagefrist zu¹⁵. Damals gab es allerdings keine umfassende Belehrungs- oder Informationspflicht.

Kommt es zum Widerspruch nach Betriebsübergang, stellt sich die Frage, wie der Übergang des Arbeitsverhältnisses rechtstechnisch zu verhindern ist. Zum bisherigen Rechtszustand gab es zwei Meinungen und eine weitere bislang übersehene Möglichkeit¹⁶:

- Das BAG und die hL war stets davon ausgegangen, dass der Widerspruch auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurückwirkt¹⁷. Das heißt: Das Arbeitsverhältnis springt in der Sekunde des Betriebsübergangs zunächst auf den Erwerber. Dieser Übergang wird dann nachträglich durch den Widerspruch rückwirkend vernichtet, so dass das Arbeitsverhältnis die ganze Zeit über dem Veräußerer zugeordnet wird.
- Die einzige Gegenmeinung – von *Richardi* und *Annuß* im *Staudinger* – setzte beim Übergang des Arbeitsverhältnisses an und ging dem Rückwirkungsproblem elegant aus dem Wege: Der Übergang des Arbeitsverhältnisses soll aufschiebend bedingt durch den „Nicht-Widerspruch“ erfolgen¹⁸. Damit wurde das Modell der Schuldübernahme (§ 415 BGB) hierher übertragen und der Nichtwiderspruch als Quasi-Genehmigung angesehen (die dann freilich ihrerseits zurückwirken müßte¹⁹). Das verträgt sich zwar nicht mit dem Wortlaut von § 613 a I 1 BGB, der den Übergang aller Arbeitsverhältnisse zeitlich einheitlich dem Betriebsübergang zuordnet – und zu diesem Zeitpunkt auch die einheitliche Transformation kollektivvertraglicher Arbeitsbedingungen einsetzen lässt. Dafür vermeidet die Auffassung jedes Rückwirkungsproblem, indem die Arbeitgeberstellung bis zur Entscheidung des Arbeitnehmers bleibt, wo sie ursprünglich war: beim Veräußerer.

7) Das erwägt ernstlich *Soergel/Raab*, § 613 a Rdnr. 148, der dem Übernehmer zum Ausgleich für den Eingriff in seine Vertragsfreiheit eine „funktionsfähige arbeitsorganisatorische Einheit“ verschaffen will, „zu der auch Arbeitnehmer zählen“. Schärfere noch *Henrichs*, Formwechsel und Gesamtrechtsnachfolge bei Umwandlungen, 1995, S. 130 ff.

8) Dazu schon *Rieble*, ZIP 1997, 301 (306).

9) *EuGH* (16. 12. 1992), Slg. 1992 I-6577 = NZA 1993, 169 = EZA § 613 a BGB Nr. 105 = AP Nr. 97 zu § 613 a BGB – Katsikas.

10) BAG (2. 10. 1974), EZA § 613 a BGB Nr. 1 m. abl. Anm. *Birk* = AP Nr. 1 zu § 613 a BGB m. Anm. *Seiter*; BAG (17. 11. 1977), EZA § 613 a BGB Nr. 17 = AP Nr. 10 zu § 613 a BGB; zusammenfassend die Entscheidung v. 30. 10. 1986 = NZA 1987, 524 = EZA § 613 a BGB Nr. 54 = AP Nr. 55 zu § 613 a BGB; im Überblick *Staudinger/Richardi/Annuß* (o. FuBn. 5), § 613 a Rdnrn. 117 ff; krit. zum richterrechtlichen Widerspruchsrecht: *Ingelfinger*, ZfA 1996, 591 (596); *Soergel/Raab*, BGB, 12. Aufl. (1997), § 613 a Rdnrn. 145 ff.; v. *Hoyningen-Huene*, Anm. zu BAG (7. 4. 1993), AR-Blattei ES 1020.1.2 Nr. 1.

11) Vgl. jetzt *BGH* (9. 7. 2003), NJW 2003, 2604 = WuM 2003, 464 zur Obliegenheit des kündigenden Vermieters, dem gekündigten Mieter eine freie Ersatzwohnung anzubieten.

12) BAG (22. 4. 1993), NZA 1993, 357 = EZA § 613 a BGB Nr. 112 = AP Nr. 102 zu § 613 a BGB und BAG (18. 3. 1999), NZA 1999, 870 = EZA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 40 = AP Nr. 41 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl.

13) Etwa *Lieb*, ArbeitsR., 8. Aufl. (2003) Rdnr. 287. Eingehende Nachw. zur letztlich pervertierten Sachgrundbewertung bei *Staudinger/Richardi/Annuß* (o. FuBn. 5), § 613 a Rdnr. 135: Weshalb etwa der Verlust der Sozialplanpflicht beim Erwerber es rechtfertigen soll, einen anderen Arbeitnehmer in die Arbeitslosigkeit zu drängen, ist nicht einsichtig. Vgl. auch *Lunk/Möller*, NZA 2004, 9 (in diesem Heft).

14) BAG (19. 3. 1998), NZA 1998, 750 = EZA § 613 a BGB Nr. 163 = AP Nr. 177 zu § 613 a BGB. Umf. Nachw. bei *Hergenröder*, Rechtsgeschäftlicher Betriebsinhaberwechsel, AR-Blattei SD 500.1 Rdnr. 80.

15) BAG, NZA 1998, 750; BAG, NZA 1993, 357; eingehende Rechtsprechungsschilderung bei *Hergenröder* (o. FuBn. 14) AR-Blattei SD 500.1 Rdnrn. 295 ff; *Wank*, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR., 2. Aufl. (2000), II, § 124 Rdnr. 100; *Soergel/Raab* (o. FuBn. 10), § 613 a Rdnr. 157.

16) Unentschlossen *Seiter*, Betriebsinhaberwechsel: arbeitsrechtliche Auswirkungen eines Betriebsübergangs unter besonderer Berücksichtigung des § 613 a BGB i. d. F. vom 13. 8. 1980, S. 72 f. Berichtend und ohne eigene Meinung *Hergenröder* (o. FuBn. 14), AR-Blattei SD 500.1 Rdnr. 81.

17) BAG, NZA 1987, 524 (unter II 2b); BAG (22. 4. 1993), NZA 1994, 360 = EZA § 613 a BGB Nr. 111 = AP Nr. 103 zu § 613 a BGB; weiter *Soergel/Raab* (o. FuBn. 10), § 613 a Rdnr. 157.

18) *Staudinger/Richardi/Annuß* (o. FuBn. 5), § 613 a Rdnr. 128.

19) *Staudinger/Rieble* (o. FuBn. 5), § 415 Rdnr. 76 m. w. Nachw.

– *Seiter* hatte immerhin am Rande erwogen, den Widerspruch *ex nunc* wirken zu lassen, so dass der Arbeitnehmer für die Zwischenphase vorübergehend im Arbeitsverhältnis zum Erwerber stünde. Freilich sah *Seiter* selbst als Nachteil an, dass der Erwerber für rückständige Ansprüche nach § 613 a II BGB haften müsse, obschon er für den verspäteten Widerspruch doch nichts könne²⁰ und distanzierte sich hiervon.

Zur Begründung der herrschenden Rückwirkungsmeinung hat das BAG gemeint, der Widerspruch sei als „Rechtsfolgenverweigerungsrecht“ konstruiert, mit dem der Arbeitnehmer also die Rechtsfolge des § 613 a I 1 BGB – den Übergang des Arbeitsverhältnisses – verweigere. Das ist freilich wenig mehr als eine Tautologie. Denn „was“ das Widerspruchsrecht „konstruktiv“ ist, muss erst untersucht werden. Dass aus seiner Natur (oder dem „Wesen“) eine Rückwirkung zwingend folgte, lässt sich gleichfalls nicht apriorisch sagen. Die Literatur meint dazu: „Mit Sinn und Zweck des Widerspruchs wäre es bei konsequenter Anwendung der Rechtsprechung nicht vereinbar, wenn dem Arbeitnehmer ein neuer Arbeitgeber ‚zeitweilig‘ aufgezwungen würde“²¹. An dem faktischen Arbeitszwang ändert das freilich nichts. Zugleich hat das BAG auf § 569 a I 2 BGB a. F. – jetzt § 563 III BGB – Bezug genommen²²: Der nach dem Tode des Mieters in dessen Vertragsparteistellung einrückende Mitbewohner (Ehegatten, Lebenspartner oder Kinder) kann innerhalb von einem Monat ab Kenntnis vom Tode die Fortsetzung des Mietverhältnisses verweigern, mit der Folge, dass der Eintritt als nicht erfolgt gilt²³.

Der zivilrechtlich denkende Arbeitsrechtler muss sich rückwirkend wundern: Ist doch die *ex-nunc*-Wirkung des Widerspruchs die vorrangig zu erwägende Variante: weil die Rückwirkung von Rechtsgeschäften die Ausnahme und die *ex-nunc*-Wirkung die Regel ist.

4. Erweiterte Rückwirkungsdimension durch Neuregelung in §§ 613 a V und VI BGB

Weil das alte Widerspruchsrecht zeitlich an den Betriebsübergang geknüpft war und die richterrechtlich festgelegte Widerspruchsfrist an die Kenntnis vom Betriebsübergang als solchem anknüpfte, ergaben sich in der Praxis *keine nennenswerten Probleme mit der Rückwirkung*: In aller Regel ging es nur um wenige Wochen.

Durch die *jüngste Änderung* des § 613 a BGB wird das anders: Der Gesetzgeber hat das Widerspruchsrecht im Gefolge der neugefassten EG-Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG vom 12. 3. 2001²⁴ „kodifiziert“: im neuen § 613 a VI BGB. Gesetzgeberisch ist dieser Absatz 6 ein Fehlgriff – ganz in der Tradition des misslungenen § 613 a BGB. Klar ist an der Regelung nichts: Weder Tatbestand noch Rechtsfolge.

Tatbestandlich knüpft das Widerspruchsrecht an den Betriebsübergang an, von dem wir bis heute nicht hinreichend vorhersagbar wissen, worin genau die wirtschaftliche funktionsfähige Einheit liegt und was genau ihre Identität ausmacht²⁵. Das eigentliche *tatbestandliche Problem* des Widerspruchs liegt aber darin, dass die *Widerspruchsfrist* – auf einen Monat verlängert – nicht mehr an die Kenntnis des Arbeitnehmers vom Betriebsübergang anknüpft, sondern an die Unterrichtung nach Absatz 5. Dabei verlangt der Gesetzgeber durch Abschreiben der EG-Richtlinie umfassende Informationen. Die Reichweite dieser Informationspflicht oder -obliegenheit ist unklar²⁶. Der Gesetzgeber verlangt konkrete Information, ohne seinerseits über die Informationspflicht konkret zu informieren. Eine *Rechtsfolgenreise* hat die Norm nicht. Sie nennt den Widerspruch des Arbeitnehmers, ordnet für diesen in Konsequenz des § 623 BGB Schriftform an, ohne zu sagen, welche Rechtsfolge dieser Widerspruch hat. Angesichts dieser Unklarheiten lässt sich

von einer „Kodifikation des Widerspruchsrechts“ nur schwerlich sprechen²⁷. Es wirkt wie ein bewusster Scherz, dass der Gesetzgeber die Neufassung im Seemannsgesetz²⁸ versteckt hatte.

Aus dem Zweck und daraus, dass der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widerspricht, lässt sich nur folgern, dass der Widerspruch das Arbeitsverhältnis zum Veräußerer „zurück“ bewegt. Das kann technisch rückwirkend durch „Vernichtung“ des Vertragsübergangs geschehen, aber ebenso als durch den Gestaltungsakt des Widerspruchs bewirkter kompensierender Vertragsrückübergang *ex nunc*.

Die Frage nach der Rückwirkung des Widerspruchs stellt sich nun – so die allgemeine Erwartung²⁹ – verschärft, weil unzureichende Information vielfach die Widerspruchsfrist nicht in Gang setzt: Man stelle sich nur vor, ein Arbeitnehmer werde vom Betriebsübergang erfasst. Nach 14 Monaten läuft es nicht gut, sei es im Betrieb, sei es für ihn. Dann hat der Arbeitnehmer einen gewissen Anreiz, in der ihm seinerzeit gegebenen Information über den Betriebsübergang und seine Folgen einen Fehler zu finden, daraus abzuleiten, dass die Frist für seinen Widerspruch nie zu laufen begonnen habe und nun einen Widerspruch zu erklären – und dem Alt-Arbeitgeber die Aufgabe aufzuerlegen, ihn weiterzubeschäftigen. Die Rechtsprechung wird viele Fragen klären müssen:

- vom Umfang der Informationspflicht über
- die Pflicht zur Informationskorrektur bei veränderten Umständen bis hin
- zum Schädlichkeitsausmaß etwaiger Fehler,
- sei es eine falsche Information, eine unverständliche („intransparente“) Information oder eine verwirrende Überinformation.
- Auch der Nachweis des Zugangs der erforderlichen Information in Textform (!) wird eine Rolle spielen.
- Und schließlich die Frage, ob die „zu späte“ Information nach Betriebsübergang überhaupt noch die Widerspruchsfrist in Gang setzen kann.

Schon das „späte Widerrufsrecht“ ist für sich genommen misslich: für den Erwerber, dem so eine Arbeitskraft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist genommen wird, und für den Veräußerer, wenn nicht gerade eine passende Stelle frei ist, weil er – gleichfalls fristlos – die Beschäftigungslast trägt, gegebenenfalls Annahmeverzugsentgelt zahlen muss und dem Personalüberhang durch Abbaumaßnahmen begegnen muss.

Doppelt unglücklich wird es aber, wenn der Widerspruch zurückwirkt. Denn einerseits muss der Arbeitnehmer für die vergangenen 14 Monate so gestellt werden, als sei er Arbeitnehmer des Veräußerers gewesen – obschon er doch für den Erwerber tätig gewesen ist. Und andererseits muss die an sich rechtsgrundlose Arbeitsleistung beim Erwerber aufgefangen werden. Je länger die Schwebephase ab Betriebsübergang bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist währt, desto aufwendiger wird ihre nachträgliche Bewältigung.

20) *Seiter* (o. Fußn. 16), S. 72 f

21) RGRK/*Ascheid*, 12. Aufl. (1997), § 613 a BGB Rdnr. 169; ähnlich *Joost*, EWIR 1994, 239, § 613 a 2/94.

22) BAG, NZA 1993, 360 (unter II 7).

23) Dagegen kommt dem Vermieter hier nur ein *ex nunc* wirkendes Sonderkündigungsrecht zur Abwehr des unzumutbaren Neumietters zu, § 563 IV BGB.

24) ABIEG Nr. L 82 v. 22. 3. 2001, S. 16.

25) S. nur *Gaul* (o. Fußn. 2), § 6 Rdnrn. 1 ff.

26) *Bauer/u. Steinau-Steinrück*, ZIP 2002, 457 (461); *Wörzalla*, NZA 2002, 353 (354).

27) So aber *Willemsen/Lemke*, NJW 2002, 1159.

28) Genauer: im Gesetz zur Änderung des Seemannsgesetzes und anderer Gesetze BGBl 2002, 1163.

29) *Willemsen/Lemke*, NJW 2002, 1159 (1164); *Franzen*, RdA 2002, 258 (270).

Für die neue Rechtslage seit dem 1. 4. 2002 liegen nur wenige Meinungsäußerungen vor. Sie gehen sämtlich von der Rückwirkung des Widerspruches aus³⁰. Wesentlich Neues wird dabei nicht gesagt. *Franzen* betont, dass die Lösung von *Richardi* und *Annuß* – aufschiebend bedingter Übergang des Arbeitsverhältnisses – mit Wortlaut des neuen Absatz 6 noch weniger vereinbar ist, als mit dem des Absatz 1. In der Tat. Dass der Gesetzgeber mit der Nennung des Gestaltungsrechts „Widerspruch“ in § 613 a VI BGB die bisherige Rechtsprechung – mit ihrer Rückwirkung – hat festschreiben wollen, lässt sich nicht sagen. Das wäre der Gedankenlosigkeit zuviel Gehalt beigemessen. Solche Rückwirkung hätte der Gesetzgeber ausdrücklich festschreiben müssen, etwa dadurch, dass er überhaupt die Rechtsfolge des „kodifizierten“ Gestaltungsrechts regelt.

5. Verzicht und Verwirkung als untaugliche Fluchtwege

Den absehbaren Unstimmigkeiten wollen manche entgegen, indem sie dem Widerspruch eine weiche Grenze durch Verzicht oder Verwirkung ziehen – wenn der Arbeitnehmer einige Monate (drei) beim Erwerber weitergearbeitet hat³¹. Eine Stimme meint gar, aus § 5 KSchG eine Verfristung nach 6 Monaten kraft Universalanalogie herleiten zu können³². Weshalb das Widerspruchsrecht schon nach wenigen Monaten der Weiterarbeit verwirkt sein soll, lässt sich nicht begründen. Offenbar soll die *absolute Befristung des Widerspruchsrechts*, die im Gesetzgebungsverfahren vorgeschlagen und abgelehnt worden ist – auf drei resp. sechs Monate ab Betriebsübergang und unabhängig von der Information durch den Arbeitgeber³³ – *auf kaltem Wege* eingeführt werden – weil dieses Gestaltungsrecht ohne eine absolute (Ausschluss-)Befristung die Arbeitgeber überfordert³⁴.

Die Verwirkung verlangt freilich neben dem Zeitpunkt ein *Umstandsmoment*³⁵: Welcher Umstand soll den beteiligten Arbeitgebern zu Gute kommen, wenn diese durch unzureichende Information nach § 613 a V BGB ihrerseits die einschlägige relative Widerspruchsfrist nicht ausgelöst haben? Aus welchem Grund sollen Alt-Arbeitgeber und Erwerber darauf vertrauen, der Arbeitnehmer werde ihr Informationsdefizit nicht mehr widersprechen? Insofern ist daran zu erinnern, dass das BAG bei der Verwirkung des Arbeitnehmer-Anfechtungsrechts auf § 123 BGB zu Recht streng ist – mit Blick auf die Überlegungsfrist des § 124 BGB³⁶. Ähnliches gilt hier: Überlegen muss der Arbeitnehmer erst ab hinreichender Information – und dann hat er einen Monat Zeit. Ihm dieses Überlegungsrecht durch Verwirkung abzuschneiden, besteht kein Anlass. Die Verwirkung hat nicht die Funktion, die vom Gesetzgeber vergessene absolute Befristung des Widerspruchsrechts auf sechs Monate ab Betriebsübergang zu konterkarieren.

Gezwungener noch wirken gelegentliche Bemühungen, einen rechtsgeschäftlichen Verzicht des Arbeitnehmers auf sein Widerspruchsrecht zu konstruieren³⁷. Das ist abseitig schon deswegen, weil der Arbeitnehmer keinen Anlass hat, arbeitgebernützig auf sein Wahlrecht zu verzichten. Irgendein Erklärungsgehalt ist mit der Weiterarbeit nicht verbunden. Der Arbeitnehmer muss sich erst zum Ablauf der Widerspruchsfrist entscheiden und wenn er den Erwerber wählt, nur schweigen. Nur wenn der Arbeitnehmer einen neuen Vertrag (zu besseren Bedingungen) unterschreibt, mag man an eine Bestätigung des Vertragsübergangs denken. In Wahrheit geht es darum, dass der Arbeitnehmer auf die Information nach § 613 a V BGB – genauer: auf sein Recht zur Beanstandung derselben – verzichten und uninformiert für den Erwerber votieren soll. Von vornherein scheidet der konkludente Verzicht aus, wenn man ihn wie dem Widerspruch der Schriftform unterstellt³⁸.

II. Qual der Wahl: Widerspruchswirkung ex nunc oder ex tunc?

1. Zivilrechtliche Sicht: Rückwirkung als Fiktion und als Ausnahme

Rechtswirkungen von Rechtsakten treten grundsätzlich ex nunc ein. Das gilt insbesondere für Rechtsgeschäfte und erst recht für einseitige Gestaltungsrechte. Soll ein Rechtsgeschäft zurückwirken, bedarf es dafür einer eindeutigen gesetzlichen Anordnung: wie sie in § 142 I und in § 184 BGB zu finden ist.

Die Dogmatik der Rückwirkung ist inzwischen abgearbeitet: Eine echtes In-Kraft-Setzen von Rechtsfolgen in der Vergangenheit kann es nicht geben. Die Rückwirkung ist vielmehr – wie *Flume* für § 184 BGB sagt – ein rechtstechnischer Kunstgriff, eine *retrospektive Fiktion*. Die Parteien müssen einander so behandeln, als ob die Rechtslage von Anfang an durch das rückwirkende Rechtsgeschäft bestimmt worden wäre³⁹. Die Rückwirkung verstärkt die Wirkung eines Rechtsgeschäfts durch Rückbezug. Sie ist – mit *v. Tuhr* – „ein einigermaßen gewaltsames Mittel der juristischen Technik“ dessen sich der Gesetzgeber bedient, „um einen Tatbestand mit Rechtswirkungen auszustatten, die ihm nach den allgemeinen Regeln der Rechtslogik nicht zukommen würden“⁴⁰. Deswegen gilt mit *Hellwig*: „prinzipiell“ lehnt das Gesetz die Rückwirkung ab⁴¹. Die Rückwirkung und nicht ihre Verneinung ist begründungsbedürftig.

Bei den gesetzlichen Gestaltungsrechten ist die Rückwirkung dementsprechend die Ausnahme, was vor allem für die *Lösungsrechte* von Bedeutung ist: Kündigung und Rücktritt wirken ex nunc; nur die Anfechtung wirkt nach § 142 I BGB zurück⁴². Und auch das – alte wie neue – Widerrufsrecht im Verbraucherschutz wirkte stets nur ex nunc, sei es, dass früher die schwebende Unwirksamkeit in die endgültige überführte, sei es, dass es heute der schwebend wirksame Vertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt wird, § 355 BGB. Insofern lässt sich ein Grundsatz dahin feststellen, dass Eingriffe in den Vertragsbestand grundsätzlich keine Rückwirkung auslösen. Das gilt erst recht für Dauerschuldverhältnisse und besonders für Arbeitsverhältnisse, bei denen die Lehre vom fehlerhaften

30) *Franzen*, RdA 2002, 258 (270) konstatiert „Einigkeit insoweit, dass der Widerspruch ex-tunc-Wirkung hat“. *Willemsen/Lembke*, NJW 2002, 1164 schließen sich der bisherigen BAG-Rechtsprechung an; ebenso *B. Gaul*, Das Arbeitsrecht der Betriebs- und Unternehmensspaltung, 2002, § 11 Rdnrn. 61 f.; *Bauer/v. Steinau-Steinrück*, ZIP 2002, 457 beschäftigen sich mit dieser Frage nicht.

31) So insb. *Bauer/v. Steinau-Steinrück*, ZIP 2002, 457 (464).

32) *Worzalla*, NZA 2002, 357; ähnlich: *Gaul* (o. Fußn. 2), § 11 Rdnr. 56.

33) Empfehlung des Rechtsausschusses, BR-Dr 831/1/01, S. 2: drei Monate; Änderungsanträge der CDU/CSU- sowie der FDP-Fraktion BT-Dr 14/8128 Nr. 4; jetzt wiederkehrend in Art. 7 Nr. 2 des Entwurfes eines Gesetzes zur Modernisierung des Arbeitsrechts (ArbRModG), BT-Dr 15/1182, S. 9.

34) S. zu den Ausschlussfristen §§ 121 II, 124 III für das AnfechtungsR., und für den Rücktritt jetzt § 218 I sowie § 438 V i. V. mit § 218 für das MinderungsR.

35) Einmal mehr: *BAG*, NZA 2002, 1176 = *EzA* § 242 BGB Verwirkung Nr. 2.

36) *BAG*, NZA 1998, 374 = *EzA* § 242 BGB Prozeßverwirkung Nr. 2 = AP Nr. 45 zu § 242 BGB Verwirkung.

37) Insofern immerhin richtig *Nehls*, NZA 2003, 822 (826 f.).

38) *Gaul* (o. Fußn. 2), § 11 Rdnr. 51.

39) *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. (1979), S. 899; grdl. vor allem *Hellwig*, in: Festschr. f. für die Juristische Fakultät in Gießen, 1907, S. 23 ff.; s. weiter *Bernhard Jacobi*, Über Rückwirkungsanordnungen im Bürgerliche Gesetzbuch, Diss. Hamburg 1966, S. 27 ff., s. auch *Staudinger/Gursky* (o. Fußn. 5), § 184 Rdnr. 31 im Prinzip auch schon *v. Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II/1, S. 21 ff.

40) *v. Tuhr* (o. Fußn. 39), AT II/1 S. 25 und 26.

41) *Hellwig* (o. Fußn. 39), S. 31.

42) Dazu eingehend *Mankowski*, Beseitigungsrechte: Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute, 2003, S. 29 ff.

Arbeitsverhältnis die Rückabwicklung durch Nichtigkeit oder Anfechtung notleidender Arbeitsverhältnisse weithin verhindert. Dazu gleich.

Das vom BAG seinerzeit herangezogene Beispiel des Ablehnungsrechts der Mitbewohner nach dem Tode des Mieters nach § 563 BGB⁴³ passt nicht hierher. Der Eintritt in die Wohnungsmieterstellung ist nicht mit dem Wechsel der Arbeitgeberstellung vergleichbar. Einen vergleichbaren Arbeitnehmernaustausch gibt es nicht. Das Vermieterinteresse besteht vor allem darin, die Miete zu erhalten. Dafür aber steht ihm im Ablehnungsfalle jedenfalls der Erbe des Mieters gerade. Der Tod des bisherigen Mieters ist verhältnismäßig leicht feststellbar. Dagegen ist schon der Betriebsübergang als Übergang der Leitungsmacht schwer zu diagnostizieren und noch schwerer die vollständige, richtige und rechtzeitige Information. Schließlich und vor allem: Dort hat der Gesetzgeber die Rückwirkung ausdrücklich angeordnet, richtig sogar als Fiktion.

Auch der Rechtsgedanke des § 415 BGB kann nicht herangezogen werden. Erstens zielt die Norm auf die Übernahme einer Schuld als Verfügung über dieselbe und ist auf die Vertragsübernahme unmittelbar gar nicht anwendbar. Auch bei entsprechender Anwendung ist zu berücksichtigen, dass das Schuldverhältnis als Ganzes kein tauglicher Gegenstand einer Verfügung ist. Die Rückwirkung der Genehmigung entspricht dort dem Parteiwillen – aller drei Beteiligten. Die Übertragung jenes Modells auf den Arbeitsvertragsübergang nach Betriebsübergang läuft im Übrigen gerade nicht auf die herrschende Meinung hinaus, sondern auf das Gegenmodell von *Richardi* und *Annuf*: Das Rechtsverhältnis bleibt zwischen den ursprünglichen Parteien bestehen, bis die Zustimmung den Vertragspartnerwechsel (rückwirkend) legitimiert.

2. Rückwirkung als effektiver Schutz vor Belastung?

Möglicherweise kann nur die rückwirkende Beseitigung die Belastung des Arbeitnehmers mit einem ungewollten Arbeitsverhältnis (genauer: einem Arbeitsverhältnis mit einem ungewollten Vertragspartner) effektiv verhindern. Dann entspräche die Rückwirkung dem Schutzzweck des Widerspruchsrechts gar am besten. Womöglich ist überhaupt nur sie verfassungsgemäß, weil die Vertragspartnerwahlfreiheit aus Art. 12 I GG folgt. Der Verfassungsfreund wird den Bestand eines Arbeitsverhältnisses nach Betriebsübergang ohne oder gegen den Willen des Arbeitnehmers als rechtfertigungsbedürftige „Zwangsarbeit“ ansehen wollen. Indes: Auch § 566 BGB und § 69 VVG muten dem passiven Teil einen vollwirksamen Vertragsübergang zu. Begrenzt wird diese Zumutung zwar durch die Kündigungsmöglichkeit, doch wird dem „Übergangsoffer“ jedenfalls die Abwicklung mit dem neuen und ungeliebten Vertragspartner stets auferlegt. Dass die ein Verstoß gegen die negative Vertragsfreiheit sei, wird nicht behauptet.

Als Fiktion kann die Rückwirkung vor dem Vertragsverhältnis mit dem Erwerber nicht wirklich, sondern nur fiktiv helfen. Das ist ein schwacher Trost für zarte Seelen. An dem faktischen Leistungsaustausch – der von der herrschenden Meinung sogar zum Rechtsverhältnis aufgewertet wird – kann die Fiktion nichts mehr ändern.

3. Kohärenz zum Widerspruch nach Umwandlung

Der Widerspruch muss in seiner Rechtsfolge konsistent bleiben. Das wirft ein Problem für einen Sonderfall des Widerspruchs auf: Gem. § 324 UmwG bleibt bei Unternehmensumwandlungen § 613 a BGB unberührt – und zwar ausdrücklich auch mit den neuen Absätzen 5 und 6⁴⁴. Bei Verschmelzungen und Aufspaltungen führt dies zu einer Merkwürdigkeit: Der übertragende Alt-Arbeitgeber erlischt umstands- und liquidationslos. Das macht das Widerspruchsrecht nur scheinbar funktionslos. Inzwischen ist es ganz überwiegende Meinung, dass der Arbeitnehmer auch

in diesem Falle ein Widerspruchsrecht zur Abwehr des aufgezwungenen Vertragspartners hat⁴⁵. Das folgt im nunmehr auch daraus, dass § 324 UmwG in allen Umwandlungsfällen (auch) auf § 613 a VI verweist, aber gerade für die Fälle des erlöschenden Alt-Arbeitgebers in § 613 a III BGB eine Ausnahme von der Haftung macht.

Dieses Widerspruchsrecht kann dem Arbeitnehmer kein Arbeitsverhältnis zum Alt-Arbeitgeber verschaffen – dieser ist liquidationslos erloschen. Der Widerspruch lässt den Arbeitnehmer nun ins Leere springen. Immerhin kommt der Widerspruch dann einer fristlosen Sonderkündigung gleich (ohne dass der Arbeitnehmer einen Grund bräuchte). Die Vertragsabwicklung kann nur der neue Arbeitgeber leisten.

Missst man in diesen Fällen dem Widerspruch Rückwirkung bei, hieße das: Das Arbeitsverhältnis zum Erwerber (dem aufnehmenden Rechtsträger) erlischt rückwirkend. Der Arbeitnehmer hat für die Vergangenheit ab Betriebsübergang gar kein rechtlich vollwertiges Arbeitsverhältnis. Helfen kann ihm nur das fehlerhafte Arbeitsverhältnis zum Erwerber, womit dann die Rückwirkung praktisch insgesamt aufgegeben ist. Dass der Widerspruch in jenen Umwandlungsfällen, die der Gesetzgeber ausdrücklich § 613 a BGB zugeordnet hat, der andere Rechtsfolgen haben soll, lässt sich kaum begründen. Sinnvoll ist dort wie hier allein die ex-nunc-Wirkung.

4. Rückwirkung und fehlerhaftes Arbeitsverhältnis

Die These von der Rückwirkung fordert einen spezifischen arbeitsrechtlichen Widerspruch heraus: Es ist anerkannt, dass der Bestand eines Arbeitsverhältnisses gerade nicht rückwirkend beseitigt werden soll⁴⁶. Die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis lässt die Geltendmachung der Nichtigkeit des Arbeitsvertrags grundsätzlich nur ex nunc zu. Auch die Anfechtung einer Arbeitsvertragserklärung ist entgegen § 142 I BGB in der Regel nur mit Wirkung ex nunc möglich. Und das, obzwar die Anfechtung nicht nur ein „Rechtsfolgenverweigerungsrecht“, sondern ein „Rechtsfolgenbeseitigungsrecht“ ist.

Weswegen ausgerechnet der Widerspruch mit seinem Eingriff in die Vertragspartnerzuordnung Rückwirkung entgegen soll, wird von der h.M. nicht erklärt. Im Gegenteil: Während jene zunächst prinzipiell die Rückwirkung fordern, wird durchweg im zweiten Schritt das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Erwerber ignoriert. Dort soll nach der herrschenden Meinung im Gefolge der Rückwirkung ein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis entstehen⁴⁷ – das die Rückabwicklung ausschließt. Die Rückwirkung führt damit praktisch nur dazu, dass dem Arbeitnehmer ein zweites zusätzliches Arbeitsverhältnis zum Veräußerer zusteht (auf die Folgen komme ich später zurück). Das eigentliche Ziel des Widerspruches, den Arbeitnehmer vor dem rechtlichen Band zum Erwerber zu bewahren, wird nicht erreicht: An die Stelle des durch den Widerspruch rückwir-

43) S. o. Fußn. 11.

44) Weil Art. 5 des SeemannsÄndG den Verweis im UmwG entsprechend angepaßt hat, BGBl I 2002, 1163, 1168; BT-Dr 14/7760, S. 20.

45) *Wank* (o. Fußn. 15), § 124 Rdnr. 217; *Soergel/Raab* (o. Fußn. 10), § 613 a Rdnr. 177 m. w. Nachw.; so auch schon *Rieble*, ZIP 1997, 301 (306); *Lutter/Joast*, UmwG, 2. Aufl. (2000), § 324 Rdnr. 36; anders etwa *Schaub*, in: MünchKomm., 3. Aufl. (1997), § 613 a Rdnr. 202; *Krefel*, BB 1995, 925 (930); *Wlotzke*, DB 1995, 40 (43).

46) Aus zivilrechtlicher Sicht *Kramer*, in: MünchKomm., 4. Aufl. (2003) Einl. Vorb. § 241 Rdnrn. 63 ff, 74 ff; Arbeitsrechtlich *Richardi*, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR., 2. Aufl. (2000), Bd. I, § 46 Rdnr. 23 ff; *Picker*, ZfA 1981, 1.

47) *Franzen*, RdA 2002, 258 (270); *RGRK/Ascheid* (o. Fußn. 21), § 613 a BGB Rdnr. 169; *Gaul*, ZfA 1990, 87 (102); w. Nachw. bei: *Kallmeyer/Willemsen* UmwG, 2. Aufl. (2001), § 324 Rdnr. 22; a. A. *Staudinger/Richardi/Annuf* (o. Fußn. 5), § 613 a Rdnr. 157.

kend vernichteten Arbeitsverhältnisses tritt das fehlerhafte. Das Band zum „aufgedrängten“ und ungeliebten Neu-Arbeitgeber wird nicht durchschnitten, sondern aufrechterhalten. Damit wird nicht nur – mit *Franzen* – die ex-tunc-Wirkung des Widerspruchs „faktisch nicht unerheblich relativiert“⁴⁸. Sie wird rechtlich ad absurdum geführt.

Jede Rückwirkung ist wie gesehen Fiktion: Welche Rechtsfolgen sollen also – die Wahrheit ist konkret – durch die Rückwirkung des Widerspruchs fingiert werden? Das Hauptziel des Widerspruches – und die Rechtfertigung seiner Rückwirkung wird offenkundig und gewollt verfehlt. Es kann der Rückwirkungslehre nicht um die negative Vertragspartnerwahlfreiheit gehen, also die Abwehr des neuen Arbeitgebers. Folge der Rückwirkung ist nur, dass in der Vergangenheit positiv ein weiteres Arbeitsverhältnis zum Veräußerer geschaffen wird, das neben dem durch die Rückwirkung fehlerhaft gewordenen Arbeitsverhältnis zum Erwerber steht. Aber wozu diese Verdoppelung? Hier fehlt jede tiefere Analyse.

Mit dieser Verdoppelung des Arbeitsverhältnisses wird § 613 a I 1 als *Sukzessionstatbestand* geleugnet: Der Sukzession ist es fremd, dass das von der Rechtsnachfolge betroffene Rechtsverhältnis verdoppelt wird; für die Spaltung nach dem UmwG gilt gerade, dass ein Schuldverhältnis nicht auf zwei aufnehmende Rechtsträger „aufgeteilt“ werden darf⁴⁹. Deutlicher wird die Fehlkonstruktion, wenn der Arbeitnehmer rückwirkend seinen Widerspruch erklärt und dabei einer arglistigen Täuschung (oder einem Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften des Erwerbers) erlegen ist – etwa einer gezielten Fehlinformation nach § 613 a V BGB, die seinen Widerspruch provoziert hat. Nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Regeln wirkte die Anfechtung der Widerspruchserklärung ex nunc. Das passt nicht. Die bislang unbedachten Friktionen sind spürbar: Die rückwirkende Widerspruchserklärung wird ex nunc beseitigt, wodurch dann das Arbeitsverhältnis „doch noch“ auf den Erwerber übergehen muss. Aber nicht kraft Betriebsübergangs, denn der ist längst vorbei. Helfen könnte man nur, indem man der Anfechtung der Widerspruchserklärung entgegen dem arbeitsrechtlichen Grundgedanken ausnahmsweise rückwirkende Kraft beigemisst – weil sie sich ihrerseits auf ein rückwirkendes Rechtsgeschäft bezieht. Ein Systembruch löste den zweiten aus.

III. Bewältigung der Schwebephase

1. Bestand des Arbeitsverhältnisses

Bislang nicht erörtert sind die Auswirkungen der Rückwirkung auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses: Durch die ex-tunc-Rückkehr zum Alt-Arbeitgeber wird der Arbeitnehmer – dort – so behandelt, als habe es in der Zwischenzeit beim Erwerber keine vertragliche Weiterentwicklung gegeben. Das betrifft zunächst zwischenzeitliche Beendigungen des Arbeitsverhältnisses: durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag.

Ist das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers Ausfluss seines Bestandsschutzes, so muss sich die Entscheidung über die Rückwirkung an den Bestandsschutzfolgen messen lassen. In der Tat gewinnt die ex-tunc-Variante hier zunächst Überzeugungskraft: Würde nämlich der Arbeitnehmer beim Erwerber betriebsbedingt gekündigt, so würde die ex-nunc-Wirkung des Widerspruchs das Arbeitsverhältnis in gekündigtem Zustand zurückspringen lassen. Und selbst wenn beim Veräußerer Arbeit für den widersprechenden Arbeitnehmer vorhanden wäre, änderte dies nichts daran, dass das Arbeitsverhältnis durch die wirksame Kündigung des Erwerbers wirksam beendet worden ist. Die Rückwirkung dagegen könnte alle vertragsbezogenen Rechtsakte

des Erwerbers nachträglich beseitigen: Da er infolge der Rückwirkungsfiktion nie Vertragspartner geworden ist, fehlte ihm für jedwede Vertragsänderung die rechtliche Zuständigkeit. Die Kündigung durch eine Nichtvertragspartei ist unwirksam⁵⁰. Insofern kann man sogar Art. 12 I GG bemühen. Ist es nicht Ausdruck negativer Vertragspartnerwahlfreiheit, dass man den ungeliebten Erwerber nicht nur abwehren, sondern zugleich auch jedwedem Einfluss des Erwerbers auf das Arbeitsverhältnis nachträglich rückwirkend beseitigen können muss?

Dagegen kann die Rückwirkung von vornherein nicht helfen, wenn beim Veräußerer ein *zweiter Betriebsübergang* stattgefunden hat. Denn die arbeitsorganisatorische Zuordnung zu dem dann übergegangenen Betrieb oder Betriebsteil lässt sich nicht rückwirkend fingieren, sie muss tatsächlich vorgelegen haben⁵¹.

Die Vorteile der Rückwirkung werden fragwürdig, wenn es um eine andere als die betriebsbedingte Kündigung geht: Hat der Arbeitnehmer durch eine eigene Pflichtverletzung – womöglich eine Straftat – beim Erwerber den Grund für eine verhaltensbedingte oder gar außerordentliche Kündigung gesetzt, so vernichtete die Rückwirkung auch diese Kündigung. Die Straftat beim Erwerber ist für den Veräußerer als rückwirkend maßgeblichem Arbeitgeber regelmäßig kein Kündigungsgrund, weil sie sich nicht gegen den Arbeitgeber des zu kündigenden Arbeitsverhältnisses gerichtet hat, sondern gegen einen Dritten. Das kann man polemisch überspitzen: Der Arbeitnehmer, der sich seines Widerspruchsrechts hinreichend gewiss ist, kann beim Erwerber gefahrlos „auf den Putz hauen“: Selbstbeurlaubung und Geheimnisverrat, sexuelle Belästigung und Mobbing ließen sich durch den rückwirkenden Widerspruch gegen den Vertragsübergang *beraignen*: Sie bleiben zwar Pflichtverletzungen gegenüber dem Erwerber, aber ohne Sanktion, jedenfalls ohne kündigungrechtliche Sanktion, weil Vertragspartner nach dem rückwirkenden Widerspruch der Veräußerer geblieben ist⁵². Der Widerspruch könnte zum Reurecht des Arbeitnehmers gegenüber Eigenkündigung und Aufhebungsvertrag mutieren: Denn auch diesen lässt sich rückwirkend mit der Hinderung des Vertragspartnertausches die Grundlage entziehen. Gleiches gilt für eine Reduktion des Arbeitsvolumens auf Teilzeit (insbesondere nach § 8 TzBfG).

Auch bei der Annahme, der Widerspruch wirke stets zurück, ist freilich eine Einschränkung geboten: Das Widerspruchsrecht ist ein *Gestaltungsrecht aus dem Arbeitsverhältnis*. Ist das Arbeitsverhältnis einmal erloschen, so erlischt auch das Widerrufsrecht, so dass der Arbeitnehmer nach einer fristlosen Kündigung oder einem sofortigen Aufhebungsvertrag kein Rückkehrrecht zum Alt-Arbeitgeber mehr hat. Insofern ist der Arbeitsrechtler daran zu erinnern, dass auch die rückwirkende Genehmigung nach § 185 BGB Verfügungsbefugnis in der Sekunde der Genehmigung voraus-

48) *Franzen*, RdA 2002, 258 (270).

49) *Rieble*, ZIP 1997, 301 (307).

50) BAG (26. 4. 2000), NZA 2000, 1010 = EzA § 1 TVG Nr. 42 = AP Nr. 4 zu § 1 TVG Kündigung für die Kündigung des Tarifvertrags durch eine Nichtpartei.

51) BAG (13. 2. 2002), NZA 2003, 1111 Orientierungssatz = NJOZ 2003, 2631 gerade für diesen Fall. Allgemein zum Zuordnungserfordernis BAG, Urt. v. 25. 9. 2003 – 8 AZR 446/02 (Pressemitteilung 64/03).

52) Dagegen mag man einwenden, dass solche Pflichtverletzungen auch nach der Rückkehr zum Veräußerer dort eine Kündigung zur Folge haben könnten. Doch verlangt der strenge 2. Senat stets, dass die Kündigung rechtfertigende Pflichtverletzung einen Bezug zum kündigenden Arbeitgeber – genauer: zum Vertragsverhältnis mit ihm – haben muss. Das ist allenfalls dann der Fall, wenn die Pflichtverletzung so schwer wiegt, dass sie gleich einem außerdienstlichen Verhalten das Vertrauen in den Arbeitnehmer erschüttert; s. BAG (20. 11. 1997), NZA 1998, 323 = EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 52 = AP 43 zu § 1 KSchG 1969. Weiter *Eitzel*, in: KR, 6. Aufl. (2002), § 1 KSchG R.d.m. 395 f.

setzt und dass die Rückwirkung der Genehmigung als Rechtsfolge mit deren tatbestandlichen Voraussetzungen nichts zu tun hat⁵³. Damit lässt sich freilich nur das Ärgste verhindern. Immer bleibt dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, im auslaufenden Arbeitsverhältnis, also während der noch laufenden Kündigungsfrist, den Widerspruch zu erklären und so der Kündigung die Grundlage zu entziehen⁵⁴.

Im Übrigen erweist sich die Rückwirkung als fataler Missgriff. Man darf nicht einseitig auf den Arbeitnehmer und seine „Meistbegünstigung“ schauen. Das Arbeitsvertragsrecht, zu dem § 613 a BGB gehört, muss eine angemessene Risiko- und Lastenverteilung für *beide Seiten* beithalten. Insofern ist die ex-nunc-Wirkung des Widerspruches deutlich angemessener. Sie erlegt zwar dem Arbeitnehmer das Risiko auf, dass das Arbeitsverhältnis vor dem Wirksamwerden seines Widerspruchs durch den Erwerber beendet wird. Dieses Risiko ist aber ein vernünftiges Korrelat dafür, dass der Arbeitnehmer *beim Erwerber* die Chance hat, sein Arbeitsverhältnis fortzusetzen.

Dem Arbeitnehmer bleiben durch eine ex-nunc-Wirkung umgekehrt zwischenzeitliche Verbesserungen des Arbeitsvertrags – etwa eine Beförderung – erhalten: Sein Arbeitsverhältnis springt zum Veräußerer mit dem Inhalt zurück, den es in der Sekunde des Widerspruches hat. Nur für den besonderen Schutz der kollektivvertraglichen Arbeitsbedingungen gibt es keine Transformation nach § 613 a I 2 BGB, weil das vom Gesetzgeber für den Widerspruch so besonders anzuordnen wäre, wie für den Betriebsübergang. Gegenüber dem Veräußerer ist das nicht etwa eine legitimationslose Fremdbestimmung durch den Erwerber: Er selbst hat den Arbeitnehmer durch den Betriebsübergang zum Erwerber geschickt und durch unzureichende Information die Rückkehrmöglichkeit geschaffen.

Gegen die ex-nunc-Wirkung lässt sich nicht einwenden, der Arbeitnehmer käme nach einer längeren Unterbrechung zum Alt-Arbeitgeber zurück, weshalb dort wartezeitenabhängige Rechte – vor allem der Kündigungsschutz nach § 1 KSchG – in Gefahr gerieten⁵⁵. Das Zurückspringen ändert nichts daran, dass es sich um ein und dasselbe Rechtsverhältnis handelt – und nicht um zwei getrennte Arbeitsverhältnisse. In diesem einheitlichen Arbeitsverhältnis, das im Wege der Singularsukzession auf den Veräußerer zurückspringt, behält der Arbeitnehmer seine wartezeitenabhängigen Statusrechte.

2. Doppelt Entgelt im verdoppelten Arbeitsverhältnis?

a) *Annahmeverzugsentgelt*. Das eigentliche Problem jeder Rückwirkung des Widerspruchs liegt darin, dass tatsächliche Arbeitsleistung und das Arbeitsverhältnis als Rechtsgrundlage auseinanderfallen. Niemand will aber die Arbeitsleistung beim Erwerber rückabwickeln. Insofern spricht sich die h.M. unisono dafür aus, dass beim Erwerber ein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis vorliege. Das führt zur Verdoppelung der Rechtsverhältnisse. Weil der Arbeitnehmer während der Schwebephase nur in einem Arbeitsverhältnis – beim Erwerber – gearbeitet hat, erhält er sein normales synallagmatisches Arbeitsentgelt nur dort.

Vom Veräußerer könnte der Arbeitnehmer nach dem Widerspruch – für die Vergangenheit – allenfalls Annahmeverzugsentgelt nach § 615 BGB beanspruchen. Indes lässt sich auf den ersten Blick sagen, dass die Rückwirkung als Fiktion keine Leistungsstörungen in der Vergangenheit auslösen kann. Zwar führt die Genehmigung nach § 184 BGB dazu, dass ein Vertrag rückwirkend wirksam wird, doch kann rückwirkend kein Leistungsverzug eintreten. In der Vergangenheit war der Schuldner nicht zur Leistung verpflichtet⁵⁶. Mithin könnte auch durch die bloße Rückwirkung des Widerspruches dem Veräußerer für die Schwebep-

zeit keine Obliegenheit zur Entgegennahme einer gar nicht angebotenen Arbeitsleistung entstehen⁵⁷.

Indes wird der findige Arbeitnehmer, der nachträglich rückwirkend die Lohnerhöhung beim Alt-Arbeitgeber „mitnehmen“ möchte, unter dem neuen § 613 a V BGB anders argumentieren: Normalerweise besteht die den Annahmeverzug mitbegründende (kalendertagsmäßige) Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers im Zurverfügungstellen eines Arbeitsplatzes nebst Ausübung des Direktionsrechts⁵⁸. Warum soll nicht die Information nach § 613 a V BGB als „vorgelagerte“ Mitwirkungshandlung begriffen werden, weil der Arbeitnehmer nur auf der Basis dieser Information entscheiden kann, wo er arbeiten, insbesondere: seine Arbeitsleistung anbieten, möchte – beim Veräußerer oder beim Erwerber. In diese Richtung weist eine letztlich abseitige Entscheidung des 2. Senats, der es kündigungsschutzrechtlich für geboten hält, dass der Alt-Arbeitgeber freie Arbeitsplätze schon im Vorfeld eines Teilbetriebsübergangs nicht besetzt, sondern denjenigen vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmern „anbietet“⁵⁹.

Indes: Die in §§ 295, 296 BGB angesprochene Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers ist notwendig leistungsbezogen – und nicht vertragsbezogen: Sie muss wie die Ausübung des Direktionsrechts die tatsächliche Arbeitsleistung unmittelbar ermöglichen. Der Annahmeverzug setzt die Leistungspflicht (mit Blick auf das Direktionsrecht: dem Grunde nach) voraus. Die vertragsbezogene Handlung des Arbeitgebers schafft aber erst diejenige Leistungspflicht, die § 293 BGB doch voraussetzt. Vertragsänderungsobliegenheiten oder -pflichten können also den Annahmeverzug nicht begründen⁶⁰.

Daraus folgt zunächst: der Arbeitnehmer kann in der Schwebephase keine Verdoppelung der Vergütung verlangen, weil es an der Arbeitsleistung fehlt.

b) *Entgelt ohne Arbeitsleistung*. Freilich: im Arbeitsverhältnis gibt es *Vergütung auch ohne Arbeitsleistung* – manche sehen das mit Blick auf die Versorgungsbedürftigkeit des Arbeitnehmers schon als Regel an. Bei lohnausfallbezogenen Leistungen – Entgeltfortzahlung bei Krankheit und an Feiertagen, mutterschutzrechtliche Leistungen etc. – kann es zu keiner Doppelvergütung kommen, weil es an der leistungsstörungrechtlichen *Kausalität* fehlt. Der Arbeitnehmer erhält – solange er Widerspruch nicht erhoben hat – die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall nur beim Erwerber. Beim Veräußerer verursacht die Krankheit keinen Arbeitsausfall und damit auch keinen Lohnausfall⁶¹.

Problematisch sind solche *Entgeltbestandteile*, die nicht von einer Arbeitsleistung abhängen, sondern nur vom Be-

53) Dazu *Flume* (o. FuBn. 39), S. 910f; und schon *Hellwig* (o. FuBn. 39) S. 34.

54) In augenscheinlicher Parallele zum Wiedereinstellungsanspruch, BAG (4. 12. 1997), NZA 1998, 701 = EzA § 1 KSchG Wiedereinstellungsanspruch Nr. 3 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung.

55) Vgl. BAG (27. 6. 2002), NZA 2003, 145 = EzA § 1 KSchG Nr. 55 = AP Nr. 15 zu § 1 KSchG 1969 dazu, dass die Wartezeit des KSchG vom Betriebsübergang nicht unterbrochen wird, bzw. Vorzeiten beim Veräußerer anzurechnen sind; weiter *Pfeiffer*, in: KR (o. FuBn. 52), § 613 a Rdnr. 126; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, 13. Aufl. (2002), § 1 Rdnr. 75 m. w. Nachw.

56) Etwa: *Flume* (o. FuBn. 39), S. 899.

57) I. Erg. auch *Soergel/Raab* (o. FuBn. 10), § 613 a Rdnr. 157; *Franzen*, RdA 2002, 259 (271).

58) BAG (23. 1. 2001), NZA 2001, 1020 = EzA § 615 BGB Nr. 103 = AP Nr. 1 zu § 81 SGB IX.

59) BAG (15. 8. 2002), NZA 2003, 430 = EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 123 = AP Nr. 241 zu § 613 a BGB s. dazu *Lunk/Möller*, NZA 2004, 9 (in diesem Heft).

60) In diese Richtung BAG (3. 12. 2002), NZA 2003, 1215 = EzA § 81 SGB IX Nr. 1 = AP Nr. 2 zu § 81 SGB IX.

61) Eingehend zu den Kausalitätsfragen *Gutzeit*, Das arbeitsrechtliche System der Lohnfortzahlung, 2000; *ders.*, NZA 2003, 81.

stand des Arbeitsverhältnisses⁶². Hier geht es vor allem um tarifvertraglich oder arbeitsvertraglich versprochene Sondervergütungen – wie Weihnachtsgeld – die für die *Betriebs-treue* versprochen werden⁶³ und insbesondere an Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis in der Elternzeit ruht, gezahlt werden müssen⁶⁴. Folgt man der Rückwirkungslehre, ergibt sich eine neue Gruppe anspruchsberechtigter Arbeitnehmer: Der widerspruchsberechtigte Arbeitnehmer wartet zunächst ab, bis er beim Erwerber das Weihnachtsgeld erhalten hat und erklärt sodann – als Ausdruck allerhöchster Betriebsstreue zum Alt-Arbeitgeber – seinen Widerspruch, um dort wegen des rückwirkend manifesten Arbeitsverhältnisses ein zweites Mal Weihnachtsgeld zu fordern. Rückzahlungsklauseln beim Erwerber können in manchen Fällen helfen. Eine Generalanrechnungsklausel auf anderweitig verdientes Entgelt wie in § 615 BGB – oder zur Abwehr der Urlaubsdoppelung § 6 BUrlG⁶⁵ – gibt es bei solchen „primären“ Vergütungsansprüchen nicht.

Die nachträgliche Verdoppelung ein und desselben Arbeitsverhältnisses fußt allein auf der Rückwirkung. Wer diese nicht preisgeben will, wird entweder mit ergänzender Vertragsauslegung arbeiten müssen, die nur bei arbeitsvertraglichen Treueentgelten, nicht aber bei tarifvertraglichen Treueentgelten zulässig ist, oder er operiert mit § 242 BGB. Worin freilich die Treuwidrigkeit des Arbeitnehmers liegen soll, wenn er eine rechtliche Fehlkonstruktion nutzt, ist nicht einzusehen. Mir schwebte eher vor, mit Blick auf das eine Arbeitsverhältnis als ursprünglichen Rechtsgrund, für die Schwebezeit eine Gesamtschuld zwischen Alt- und Neu-Arbeitgeber zu konstruieren, um so die Verdoppelung zu hindern. Wer sich dem verweigert, und sich mit der Verdoppelung des Weihnachtsgeldes abfindet, so als habe der Arbeitnehmer eben zwei (Teilzeit-)Arbeitsverhältnisse gehabt, muss den Arbeitgebern zurufen, sie seien ja selbst schuld, weil sie die lange Schwebezeit durch eine unzureichende Information selbst zu verantworten hätten. So gewönne der Rechtsnachteil Privatstrafcharakter⁶⁶.

Dasselbe Problem stellt sich bei der *Betriebsrente* – genauer: der Versorgungszusage des Arbeitgebers –, die nach ständiger Rechtsprechung unabhängig von der erbrachten Arbeitsleistung ist⁶⁷. Soll dann ernstlich eine verdoppelte Anwartschaft entstehen, obwohl der Arbeitnehmer nur einmal gearbeitet hat? Im Normalfall hilft der Verfall nach den Versorgungsregeln, weil die gesetzliche Unverfallbarkeit der Versorgungsanwartschaft erst nach fünf Jahren einsetzt (§ 1 b I 1 BetrAVG). Aber auch hier sind krumme Fälle denkbar: So mag der Arbeitnehmer innerhalb einer Konzernversorgung wechseln; oder der Arbeitgeber eine Direktversicherung ohne Verfall zugesagt haben. Muss der Alt-Arbeitgeber dann für die Schwebezeit nachversichern, so dass der Arbeitnehmer die doppelte Altersversorgung erhält?

Unproblematisch sind Haftungsfragen. Schutzpflichten hängen nicht von der Wirksamkeit eines Vertrags ab. Insbesondere ist anerkannt, dass auch das fehlerhafte Arbeitsverhältnis wechselseitige Schutzpflichten auslöst. Der Arbeitnehmer haftet im Schadensfall also dem geschädigten Arbeitgeber wie sonst auch – und umgekehrt.

IV. Alternative zur Rückwirkung: Schadensrechtlich flexible Rückbeziehung

Ergibt man sich der zivilrechtlichen Logik und den arbeitsrechtlichen Widersprüchen, heißt das nicht, dass der Arbeitnehmer dem Betriebsübergang schutzlos ausgeliefert wäre. Die für unsere Frage wesentliche Änderung des Widerspruchsrechts folgt aus der neuen Anknüpfung des Widerspruchs an die Informationsobliegenheit. Die überwiegende Literatur sieht in der Information nach § 613 a V BGB zugleich eine Schuldspflicht⁶⁸. Dabei mag man sich

noch schwertun, weil Veräußerer und Erwerber in gleicher Weise angesprochen sind, weil der Erwerber vor dem Betriebsübergang noch keine rechtliche Verbindung zum Arbeitnehmer hat. Man kann und soll aber die Schuldspflicht auf den jeweiligen Vertragspartner des Arbeitnehmers beziehen, also vor dem Betriebsübergang auf den Alt-Arbeitgeber und danach auf den Erwerber. Als Obliegenheit kann die Informationslast schon vor Betriebsübergang den Erwerber treffen, damit er einen Vertragsübergang ohne missliches Widerspruchsrecht ernten kann.

Wenn nun der jeweilige Arbeitgeber seiner Verpflichtung zur angemessenen Information über den Betriebsübergang, den dadurch ausgelösten Vertragsübergang und die weiteren Folgen für den Arbeitnehmer nicht nachkommt, schuldet er – Vertretenmüssen vorausgesetzt – Schadensersatz aus § 280 BGB⁶⁹. Der Schaden des Arbeitnehmers kann – vergleichbar den Rentenfällen – darin liegen, dass er seinen Widerspruch zu spät geäußert hat. Über die Differenzhypothese ist dann der Verspätungsschaden auszugleichen, so dass schadensrechtlich eine kompensatorische Rückwirkung stattfindet.

Hiergegen wende man nicht ein, nun komme der Referent zum gleichen Ergebnis wie die Rückwirkungslehre. Erstens ist der Schadensersatz vom Vertretenmüssen abhängig, so dass wenigstens der Rechtsirrtum über die unklare Informationspflicht hilft. Zweitens läuft die Entscheidung über die Rückwirkung eines Gestaltungsrechts auf ein Alles-oder-Nichts in der Vergangenheit hinaus. Das Schadensrecht ist weitaus elastischer, weil es über den Schutzzweck den Arbeitnehmer vor genau denjenigen Nachteilen bewahren kann, die § 613 a BGB vermeiden will. Es kann aber das allgemeine Lebens- und Vertragsrisiko dort lassen, wo es hingehört: beim Arbeitnehmer. Das Schadensrecht kann schließlich über die Vorteilsausgleichung effektiv jedem Rosinenpicken entgegensteuern.

V. Ergebnis

1. Die herrschende Meinung misst dem Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers ohne tragfähigen Grund Rückwirkung bei. Rückwirkung ist als Fiktion die Ausnahme und muss grundsätzlich vom Gesetzgeber angeordnet werden. Das gilt insbesondere für Gestaltungsrechte mit ihrer einseitigen Gestaltungsmacht. § 613 a VI BGB aber schweigt zu den Rechtsfolgen des Widerspruchs.

62) Das übersieht *Franzen*, RdA 2002, 258 (271).

63) Etwa BAG (16. 4. 2003), DB 2003, 1849 (unter III 2: b bb bbb [1]); BAG (22. 5. 1996) NZA 1996, 938 = EzA § 2 BeschFG 1985 Nr.45 = AP Nr. 1 zu § 39 BAT; BAG (10. 2. 1993), EzA § 611 BGB Gratifikation, Prämie Nr. 96 = AP Nr. 149 zu § 611 BGB Gratifikation; eingehend *Wackerbarth*, Entgelt für Betriebsstreue, 1996, S. 115 ff.

64) Etwa BAG (11. 4. 2000), NZA 2001, 512 = EzA § 4 TVG Luftfahrt Nr. 4 = AP Nr. 13 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt; BAG (10. 5. 1995), NZA 1995, 1096 = EzA § 611 BGB Gratifikation, Prämie Nr. 125 = AP Nr. 174 zu § 611 BGB Gratifikation.

65) Wobei das parallele Arbeitsverhältnis noch als zum „früheren“ Arbeitgeber eingeordnet werden muss.

66) Diesen fördernd: *Schäfer*, AcP 202 (2002), 397 ff; hiergegen *Staudinger/Rieble* (2004), Vorb. zu §§ 339 ff Rdnr. 36.

67) Leitentscheidung zur Unverfallbarkeit v. 10. 3. 1972, EzA § 242 BGB Ruhegehalt Nr. 11 = AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt = BB 1972, 1005 = DB 1972, 1486; eingehend *Steinmeyer*, Betriebliche Altersversorgung und Arbeitsverhältnis, 1991, S. 11 ff zur Entwicklung und S. 49 ff zu der von ihm entwickelten Gegenauffassung; *Wackerbarth* (o. Fußn. 63), S. 20 ff; *Blomeyer/Otto*, Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, 2. Aufl. (1997), Einl. Rdnrn. 141 ff.

68) Vgl. *ErfK/Preis*, 3. Aufl. (2003), § 613 a Rdnr. 90; *Willemsen/Lembke* (o. Fußn. 27), NJW 2002, 1159 (1161); *Gaul/Otto*, Unterrichtsanspruch und Widerspruchsrecht bei Betriebsübergang und Umwandlung, DB 2002, 634 (639 ff.).

69) Dazu *ErfK/Preis* (o. Fußn. 68) § 613 a Rdnr. 90; *Willemsen/Lembke*, NJW 2002, 1159 (1161); auch *Gaul/Otto*, DB 2002, 634 (639).

2. Eine richterrechtliche Fundierung solcher Rückwirkung setzte ein unabwiesbares Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers voraus. Es ist nicht einmal dargetan.

3. Die Rückwirkung ist nicht ernst gemeint: Der Hauptzweck des Widerspruchsrechts, den ungewollten neuen Arbeitgeber abzuwehren, wird verfehlt. Die h. M. fordert mit der einen Hand die Rückwirkung und nimmt ihr durch die Anordnung eines fehlerhaften Arbeitsverhältnisses im Verhältnis zum Erwerber jede ex-tunc-Folge. Diese Perplexität bedeutet: Rückwirkung nur im Verhältnis zum Veräußerer. So kommt es zur Verdoppelung eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses. Sie ist schwer zu handhaben, will man dem Arbeitnehmer nicht einmal mehr Rosinen zusprechen. Dogmatisch ist sie verfehlt, weil der Betriebsübergang ein Rechtsnachfolgetatbestand ist. Praktisch zeigt sich das an der Verdoppelung von Entgeltansprüchen, die keine Arbeitsleistung voraussetzen.

4. Die halbseitige Rückwirkung nur im Verhältnis zum Veräußerer kann den Arbeitnehmer nicht effektiv davor schützen, dass er sein Arbeitsverhältnis in der Phase beim Erwerber verliert. Der Widerspruch ist ein Recht aus dem Arbeitsverhältnis. Ist das Arbeitsverhältnis – beim Erwerber – wirksam beendet, kann es kein Widerspruchsrecht geben. Außerdem ist ein solcher Schutz auch nicht angebracht: Die Rückwirkung soll dem Arbeitnehmer nicht das allgemeine Arbeitsvertragsrisiko nehmen.

5. Dem Schutzbedürfnis kann weitaus flexibler damit begegnet werden, dass man § 613 a V BGB eine Informationspflicht entnimmt, deren schuldhaftige Verletzung zum Ersatz der Schäden führen kann, die auf der informationsfehlerbedingte Verspätung des Widerspruchs beruhen. Also: Flexible schadensrechtliche Rückbeziehung statt Rückwirkung des Gestaltungsrechts.