

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

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



NZA 8/2009

27. April · 26. Jahrgang 2009 · Seite 401–456

Aufsätze und Berichte

Professor Dr. Volker Rieble, und wiss. Ass. Bernd Wiebauer, München*

Widerspruch (§ 613 a VI BGB) nach Aufhebungsvertrag

Das Widerspruchsrecht des § 613 a VI BGB schützt den Arbeitnehmer vor dem aufgedrängten Arbeitgeber. Es kann aber – vor allem wenn die Widerspruchsfrist nicht läuft – als umfassendes Instrument der Vertragsreue genutzt werden. Das zeigen jene Fälle, in denen der Arbeitnehmer beim Erwerber einen Aufhebungsvertrag (gegen Abfindung) schließt und danach den Widerspruch erklärt. Bislang begegnet die Rechtspraxis dieser Erscheinung mit unbeholfenem Hantieren im Verwirkungstatbestand. Es ist Zeit für mehr Dogmatik!

I. Später Widerspruch aus später Reue

§ 613 a I 1 BGB schützt den Arbeitnehmer im Betriebsübergang vor Arbeitsplatzverlust, zwingt ihm indes einen Vertragspartner auf. Die negative Vertragspartnerwahlfreiheit des Art. 12 I GG fordert deshalb ein Widerspruchsrecht, das inzwischen in § 613 a VI BGB kodifiziert ist¹. Flankiert wird es von der Informationspflicht (nebst Schadensersatz) in Absatz 5².

Die Entscheidung, durch Widerspruch zurück zum Alt-Arbeitgeber zu gelangen, birgt Risiken und ist im Kern irreversibel³. Die Entscheidung für den Betriebserwerber scheint dagegen grundsätzlich vorläufig. Endgültigkeit träte nach der Konzeption des Gesetzes vor allem durch den Ablauf der Widerspruchsfrist ein. Indes: Diese beginnt in der Regel nicht zu laufen, weil die Anforderungen an eine transparente, rechtsdogmatisch einwandfreie⁴, vollständige und richtige Unterrichtung praktisch kaum zu erfüllen sind. Bei manchen anwaltlich verfassten Unterrichtungsschreiben von mehr als zehn Seiten kann das schon zur Intransparenz führen (vergleichbar der medizinrechtlichen Überaufklärung). So bleibt in der Konsequenz ein zunächst unbefristetes Widerspruchsrecht mit umfassender Rückkehroption – auch noch nach Jahren⁵. Das kann vom Alt-Arbeitgeber sogar gewollt sein: Auf diese Weise kann er dem Arbeitnehmer an Stelle einer rechtsgeschäftlichen Rückkehrzusage mit ihren Schwächen auch gezielt das gesetzliche Rückkehrrecht verschaffen⁶.

Damit wird das Widerspruchsrecht zum umfassenden Reue-recht: Der Arbeitnehmer reagiert nicht mehr auf die Situation bei Betriebsübergang, sondern auf die zwischenzeitliche Entwicklung. Droht beim Erwerber Arbeitsplatzabbau oder gar Insolvenz (Fall *Siemens/BenQ*), so hat der vom Betriebsübergang betroffene Arbeitnehmer „einen Arbeitgeber in Reserve“. Zwar muss er auch dort mit einer betriebsbedingten Kündigung rechnen⁷; seitdem das BAG aber jedem willkürlichen Rückkehrer das Recht auf Verdrängung vergleichbarer Arbeitnehmer in der Sozialauswahl eingeräumt hat⁸, ist der Widerspruch rechtlich attraktiv (faktisch

* Prof. Dr. Volker Rieble ist Direktor des ZAAR – Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht in München; Bernd Wiebauer ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am ZAAR.

- 1 Zur Entwicklung des Widerspruchsrechts durch die Rechtsprechung *Grau*, Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang, 2005, S. 11 ff.
- 2 BAG (31. 1. 2008), NZA 2008, 642; *Rieble*, in: Festschr. ARGE ArbR im DAV, 2006, S. 687, 688; *Willemsen/Lembke*, NJW 2002, 1159 (1164); *ausf. Grau* (o. Fußn. 1), S. 74 ff. und 312 ff.
- 3 Ausnahme: Anfechtung und Schadensersatz wegen Falschunterrichtung, dazu *Rieble*, in: Festschr. ARGE ArbR im DAV (o. Fußn. 2), S. 687, 704 ff., 711 ff.; *HWK/Willemsen/Müller-Bonanni*, 3. Aufl. (2008), § 613 a Rdnr. 337; *Grau* (o. Fußn. 1), S. 304 ff., 312 ff.
- 4 Insb. die diffizile Unterscheidung von normativer und gesetzlicher Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen erläuternde – BAG (14. 12. 2006), NZA 2007, 682.
- 5 BAG (20. 3. 2008), NZA 2008, 1354 = BB 2008, 2072; BAG, NZA 2007, 682 = AP BGB § 613 a Nr. 318 = EzA § 613 a BGB 2002 Nr. 63; BAG (13. 7. 2006 – 8 AZR 305/05), NZA 2006, 1268 = AP BGB § 613 a Nr. 312 = EzA § 613 a BGB 2002 Nr. 56; *Bernsau/Dreher/Hauck*, Betriebsübergang, 2. Aufl. (2008), § 613 a BGB Rdnr. 166; *Bauer/v. Steinau-Steinrück*, ZIP 2002, 457 (464); *Gaul/Otto*, DB 2002, 634 (638 f.); *Willemsen/Lembke*, NJW 2002, 1159 (1164); *APS/Steffan*, 3. Aufl. (2007), § 613 a BGB Rdnr. 216; *ErfK/Preis*, 9. Aufl. (2009), § 613 a BGB Rdnr. 94.
- 6 Umfassend *Diehn*, Rückkehrzusagen beim Betriebsübergang, 2009, S. 243 ff.
- 7 Dazu *ErfK/Preis* (o. Fußn. 5), § 613 a BGB Rdnr. 107; *APS/Steffan* (o. Fußn. 5), § 613 a BGB Rdnr. 226.
- 8 BAG (31. 5. 2007), NZA 2008, 33 = AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 94 = EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 77; dazu *Eylert/Spinner*, BB 2008, 50 ff.; *krit. Quecke*, ZIP 2007, 1846 ff.

kann eine zielgerichtete Indiskretion in der Belegschaft zu umfassender sozialer Ächtung führen).

Weil zwischen der Informationspflichtverletzung des § 613 a V BGB und der späten Widerspruchsmöglichkeit kein Kausalitätszusammenhang bestehen muss, kann der Arbeitnehmer „einfach so“ – kraft eigenen Beliebens oder Willkür – späte Reue üben. Das geht mitunter recht weit, wie ein aktueller Fall des *LAG München* zeigt: Der Arbeitnehmer (ein Hardware-Entwickler mit einem Gehalt von rund 6 800 Euro im Monat) wechselte am 1. 10. 2005 von *Siemens* zu *BenQ*. Dort schloss er am 30. 8. 2006 einen Aufhebungsvertrag mit einer (erkecklichen) Abfindung von 200 000 Euro. Das Arbeitsverhältnis sollte zum 31. 7. 2007 enden. Noch in dieser Auslaufphase erklärte der Kläger durch Schreiben vom 27. 10. 2006 den Widerspruch (vielleicht lockte bei der *Siemens AG* eine höhere Abfindung)⁹.

Einen ähnlichen, etwas komplizierteren Fall hatte zuvor das *LAG Düsseldorf* entschieden¹⁰:

- Betriebsübergang am 1. 11. 2004,
- am 25. 5. 2005 betriebsbedingte Kündigung durch Erwerber zum 31. 12. 2005, wogegen der Arbeitnehmer keine Kündigungsschutzklage erhob;
- am 20. 6. 2005 Abschluss einer Frühruhestandsvereinbarung mit Abfindung von mehr als 160 000 Euro;
- am 1. 8. 2005 Insolvenz des Erwerbers nebst Übertritt auch des Arbeitnehmers in eine Beschäftigungsgesellschaft, die für widersprechende Arbeitnehmer ausgeschlossen war;
- am 9. 5. 2006 dann der späte Widerspruch.

II. Verwirkung als untauglicher Ausweg

Solch krumme Fälle werden in der Rechtsprechung wie in der Literatur gern mit § 242 BGB weichgespült – Stichwort: „Verwirkung des Widerspruchsrechts“. Das *LAG München*¹¹ hat eine solche Verwirkung (im Ergebnis zu Recht) verneint, den Widerspruch also „durchgehen lassen“, aber den Umstand des Aufhebungsvertrags nicht gewürdigt.

Rechtstechnisch ist zu trennen zwischen der materiell-rechtlichen Verwirkung des Widerspruchs als Gestaltungsrecht¹² und der prozessualen Verwirkung des Klagerechts¹³. Die Verwirkung bildet einen Spezialfall des aus Treu und Glauben abgeleiteten Verbots widersprüchlichen Verhaltens¹⁴. Die Interessenabwägung berücksichtigt, dass der Gläubiger oder Gestaltungsberechtigte sein Recht eine gewisse Zeit lang nicht ausgeübt hat (Zeitmoment) und dadurch beim Schuldner oder Gestaltungsgegner das schutzwürdige Vertrauen geschaffen hat, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (Umstandsmoment). Dabei muss in den Worten des BAG das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf Seiten des Verpflichteten das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist¹⁵.

Nun ist diese auf Forderungen im Zweiparteienverhältnis zugeschnittene Abwägung auf das Gestaltungsrecht des Widerspruchs im Dreieck zu übertragen. Materiell-rechtlich unterliegt auch das Gestaltungsrecht als subjektives Recht der Verwirkung als Ausübungsgrenze¹⁶. Einen strukturellen Unterschied zum Anspruch als subjektivem Recht gibt es nicht.

Ein zweiter Blick gilt der Unzumutbarkeit auf Gestaltungsgegnerseite: Der Betriebserberwerber kann sich des Arbeitnehmers ohnehin nicht sicher sein. Dessen Weggang kann für diesen unzumutbar allenfalls dann sein, wenn das Arbeitsverhältnis über längere Zeit nicht kündbar ist. Unzumutbarkeit kommt also typischerweise allenfalls gegenüber dem

Betriebsveräußerer in Betracht – er erhält durch den späten Widerspruch einen aufgedrängten Arbeitnehmer, den er losgeworden zu sein glaubte.

Misslich ist auch der Umgang mit dem Zeit- und Umstandsmoment – Literaturmeinungen wollen hier vielfach das Widerspruchsrecht großzügig beschneiden – contra legem. Deutlich wird dies am Zeitmoment: Wenige Monate der Weiterarbeit sollen bereits genügen¹⁷, obwohl das Gesetz – trotz entsprechender Vorstöße im Gesetzgebungsverfahren¹⁸ und anders als andere Gestaltungsrechte (etwa § 121 II BGB) – gerade keine absolute Höchstfrist für den Widerspruch vorsieht. Diese Entscheidung für ein an sich unbefristetes Widerspruchsrecht bei fehlerhafter Unterrichtung darf aber nicht auf dem Umweg über eine „pauschale“ Verwirkung konterkariert werden¹⁹.

Ausgangspunkt ist zunächst die Feststellung, dass die beteiligten Arbeitgeber sich durch unzureichende Information nach Absatz 5 selbst in die für sie missliche Lage gebracht haben. Fragen lässt sich also zunächst, ob der Informationspflichtverstoß geringfügig und unverschuldet erfolgt ist²⁰.

Die bloße Weiterarbeit des Arbeitnehmers beim Betriebserberwerber begründet von vornherein keine Erwartung, er werde nicht widersprechen²¹. Der Arbeitnehmer muss doch seiner Arbeitspflicht gegenüber dem Erwerber genügen; der mögliche Widerspruch begründet kein Leistungsverweigerungsrecht. Pflichterfüllung hat weder einen eigenständigen Erklärungswert, noch wirkt sie vertrauenerweckend oder bestärkend. Der Arbeitnehmer tut, was er muss. Aus diesem Grund können Leistungen des Arbeitgebers in Erfüllung einer vermeintlichen Verpflichtung nicht den Vertrauensstatbestand der betrieblichen Übung begründen²².

Womit also soll der Arbeitnehmer die berechnete und über den Vertrauensschutz zu respektierende Erwartung (vor al-

9 *LAG München*, Urt. v. 6. 8. 2008 – 10 Sa 182/08.

10 *LAG Düsseldorf*, Urt. v. 30. 5. 2007 – 7 Sa 158/07, BeckRS 2009, 57444, nicht rechtskräftig, Az. BAG 8 AZR 530/07.

11 *LAG München*, Urt. v. 6. 8. 2008 – 10 Sa 182/08.

12 Grundlegend BAG, NZA 2007, 682 = AP BGB § 613 a Nr. 318 = EzA § 613 a BGB 2002 Nr. 63 m. w. Nachw.

13 Dazu BAG (18. 12. 2003), NZA 2004, 791 = AP BGB § 613 a Nr. 263 = EzA § 613 a BGB 2002 Nr. 20; *LAG Schleswig-Holstein* (30. 10. 2002), AuA 2003, 48 m. Anm. *Schnitker/Grau*, EWir 2003, 355 f.

14 *Staudinger/Looschelders/Olzen*, BGB, 2005, § 242 Rdnr. 302; *Larenz, SchuldR I*, 14. Aufl. (1987), S. 134; ausf. *Kühn*, NZA 2008, 1328.

15 BAG (25. 4. 2001), NZA 2001, 966 = AP BGB § 242 Verwirkung Nr. 46 = EZA-SD 2001, Nr. 16, 13-15; BAG (18. 12. 2003), NZA 2004, 791 = AP BGB § 613 a Nr. 263 = EzA § 613 a BGB 2002 Nr. 20; BAG, Urt. v. 24. 5. 2006 – 7 AZR 365/05.

16 BGH (18. 10. 2001), NJW 2002, 669 = GRUR 2002, 280 = ZIP 2002, 400; *Staudinger/Looschelders/Olzen* (o. Fußn. 14), § 242 Rdnr. 304.

17 *Bauer/v. Steinau-Steinrück*, ZIP 2002, 457 (464); *Franzen*, RdA 2002, 258 (266); *Grau*, RdA 2005, 367 (370); *Laber/Roos*, ArbRB 2002, 303 (306); *Gaul*, Das ArbR der Betriebs- und Unternehmensspaltung, 2002, § 11 Rdnr. 56; *Gaul/Otto*, DB 2002, 634 (637); *Krügermeyer-Kalthoff/Reutershan*, MDR 2003, 541 (544).

18 BT-Dr 14/8128, S. 4 (sechs Monate ab Betriebsübergang); BR-Dr 831/1/01, S. 2 (drei Monate ab Betriebsübergang).

19 So auch *Olbertz/Ungnad*, BB 2004, 213 (215).

20 *Löwis/Göpfert/Siegrist*, DB 2007, 2538 (2539).

21 BAG, NZA 2007, 682 = AP BGB § 613 a Nr. 318 = EzA § 613 a BGB 2002 Nr. 63; *LAG Köln* (4. 6. 2007), AuR 2007, 403 = PersV 2008, 71 = BeckRS 2007, 47107; *HWK/Willemsen/Müller-Bonanni* (o. Fußn. 3), § 613 a Rdnr. 341; a. A. wohl *LAG München* (14. 12. 2006), AE 2007, 220 = BeckRS 2007, 41 060 = AuA 2007, 241 = BB 2007, 502 m. zust. Anm. *Göpfert/Siegrist* sowie *Grau*, RdA 2005, 367 (370); *Bauer/v. Steinau-Steinrück*, ZIP 2002, 457 (464); *Laber/Roos*, ArbRB 2002, 303 (306).

22 BAG (17. 12. 1987), NZA 1988, 801 = AP BGB § 611 Dienstordnungs-Angestellte Nr. 65 = EzA § 71 ZPO Nr. 1; BAG (20. 6. 2007), NZA 2007, 1293 = AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 52 = EZA-SD 2007, Nr. 16, 6; *Bepler*, RdA 2004, 226 (233 f.); *HWK/Thüsing* (o. Fußn. 3), § 611 BGB Rdnr. 232.

lem des Veräußerers) begründen, er werde sein bestehendes Widerspruchsrecht nicht ausüben?

Insofern ist – mit Blick auf die „Denkform der Alternative in der Jurisprudenz“²³ – zuerst zu fragen, wie sich der Arbeitnehmer denn „richtig“ verhalten kann, also so, dass er sein Widerspruchsrecht nicht einbüßt. Eine frühzeitige Entscheidung über die Wahl zwischen den beiden Arbeitgebern kann ihm nicht abverlangt werden; die Arbeitgeberseite hat den fehlenden Fristlauf zu verantworten. Soll der Arbeitnehmer wöchentlich einen „Vorbehalt“ erklären, dahin, dass er auf sein Widerspruchsrecht nicht verzichte (vgl. § 341 III BGB)? Eine absurde Vorstellung – vor allem vor dem Hintergrund, dass die beteiligten Arbeitgeber es ja in der Hand haben, durch nachträgliche, richtige und vollständige Information nach § 613 a V BGB die Frist in Gang zu setzen. Kurz: Ein Umstandselement ist nicht zu greifen. Bestätigt wird das durch einen Seitenblick auf § 767 ZPO: Als gesetzliches und unbefristetes Gestaltungsrecht nach freiem Belieben kann der Arbeitnehmer nicht einmal prozessual präkludiert werden²⁴ – wie soll dann Vertrauensschutz seine Rechte beschneiden können?

Richtig fordert das BAG deshalb für die Verwirkung des Widerspruchsrechts „besondere Verhaltensweisen“ des Arbeitnehmers, die darauf schließen lassen, dass er den Erwerber endgültig als seinen neuen Arbeitgeber anerkannt habe²⁵. Das kann gerade auch ein einvernehmlicher Vertrag sein, etwa eine Arbeitszeitverkürzung nach § 8 TzBfG oder eine Veränderung des Tätigkeitsbereiches oder anderer Arbeitsbedingungen – und eben auch der Aufhebungsvertrag²⁶.

Doch ist in diesen Fällen daran zu denken, dass sich das Schicksal des Arbeitsverhältnisses auf rechtsgeschäftliche Weise klärt – dies hat vor dem weichen und abwägungsoffenen Verwirkungstatbestand dogmatisch den Vorrang – und führt im Ergebnis zur Erkenntnis: Eine Verwirkung des Widerspruchsrechts ist als Rechtsfigur weithin entbehrlich. So hat das LAG Düsseldorf entschieden!

III. Äußerste Grenze: Fortbestand des Arbeitsverhältnisses

Das Widerspruchsrecht ist ein Gestaltungsrecht aus dem Arbeitsverhältnis. Deswegen endet es notwendig mit diesem: Spricht also der Arbeitnehmer nach Betriebsübergang eine Eigenkündigung aus, schließt er einen Aufhebungsvertrag oder nimmt er eine Kündigung des Erwerbers hin, so endet mit dem Arbeitsverhältnis notwendig sein Widerspruchsrecht²⁷.

Dagegen lässt sich auch nicht die vom BAG und der herrschenden Meinung postulierte Rückwirkung des Widerspruchs²⁸ ins Feld führen. Zwar ist es konstruktiv denkbar, dass die Rückwirkung den Beendigungstatbestand „überholt“ und vernichtet – weil der Widerspruch in seiner Rückwirkung dazu führt, dass der Beendigungstatbestand (Kündigung oder Aufhebungsvertrag) mit dem Erwerber den „falschen“ Arbeitgeber als Vertragspartner oder als Urheber oder Adressaten der Kündigung einbezieht und also scheitert. Wer (nur) in Schutzkategorien denkt, der wird diese Folge bejahen: Ist es nicht Ausdruck negativer Vertragspartnerwahlfreiheit, dass man den ungeliebten Erwerber nicht nur abwehren, sondern zugleich auch jedweden Einfluss des Erwerbers auf das Arbeitsverhältnis nachträglich rückwirkend beseitigen können muss?

Indes ist dies ein zirkulärer Gedanke. Mit dem Gestaltungsrecht verfügt der Arbeitnehmer über sein Arbeitsverhältnis²⁹;

dies setzt Verfügungsbefugnis in der Sekunde des Widerspruchs voraus. Ist das Arbeitsverhältnis bereits erloschen, fehlt diese. Das ist im Zivilrecht allgemein anerkannt: Die rückwirkende Genehmigung des § 185 BGB setzt Verfügungsbefugnis in der Sekunde der Genehmigung voraus. Die Rückwirkung der Genehmigung als Rechtsfolge kann deren tatbestandliche Voraussetzungen nicht verändern³⁰. Ebenso setzt die Aufrechnung voraus, dass die Forderungen noch bestehen und nicht etwa zuvor durch Erfüllung vernichtet wurden. Die Rückwirkung der Aufrechnung kann die zwischenzeitliche Erfüllung nicht ungeschehen machen – und dadurch erst die Voraussetzungen der Aufrechnung schaffen³¹.

Mit dieser Begrenzung – die im Übrigen weitgehend parallel zu den Grenzen des Wiedereinstellungsanspruchs verläuft³² – lässt sich nur das Ärgste verhindern. Im auslaufenden Arbeitsverhältnis besteht das Widerspruchsrecht also zunächst bis zu dessen Ende. Während der noch laufenden Kündigungsfrist oder der im Arbeitsvertrag vereinbarten Auslauffrist kann der Widerspruch noch erklärt und damit der Kündigung oder dem Aufhebungsvertrag die Grundlage entzogen werden. Das zeigt gerade der vom LAG München entschiedene Fall: Aufhebungsvertrag am 30. 8. 2006 mit Auslauffrist zum 31. 7. 2007 – Widerspruch noch in der Auslaufphase am 27. 10. 2006. Lange Auslaufzeiten werden für die beteiligten Arbeitgeber zum Rechtsrisiko!

23 So der Titel des grundlegenden Werks von Jürgen Rüdiger (1969).

24 Allgemein BGH (25. 2. 1985), NJW 1985, 2481 = JZ 1985, 750 = MDR 1985, 574; für den Verbraucherwiderruf etwa Karsten Schmidt, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl. (2007), § 767 Rdnr. 82 a. E.; Zöllner/Herget, ZPO, 26. Aufl. (2007), § 767 Rdnr. 14.

25 BAG (15. 2. 2007 – 8 AZR 431/06), NZA 2007, 793 = AP BGB § 613 a Nr. 320 = EzA § 613 a BGB 2002 Nr. 64.

26 Löwisch/Göpfert/Siegrist, DB 2007, 2538 (2540).

27 Eingehend Rieble, NZA 2004, 1 (6 f.); HWK/Willemsen/Müller-Bonanni (o. Fußn. 3), § 613 a Rdnr. 341; Willemsen, NJW 2007, 2065 (2073); a. A. LAG München, Urt. v. 23. 11. 2006 – 3 Sa 644/06, BeckRS 2009, 54850; LAG Düsseldorf, Urt. v. 20. 12. 2006 – 7 (1) Sa 763/06, BeckRS 2007, 46851.

28 St. Rspr., etwa BAG, NZA 2008, 1354 = EzA-SD 2008, Nr. 18, 8-11 = BB 2008, 2072; BAG, NZA 2006, 1268 = AP BGB § 613 a Nr. 312 = EzA-SD 2006 Nr. 22, 11-14; ebenso die h. L., statt aller Franzen, RdA 2002, 258 (270); Grau (o. Fußn. 1), S. 368 f., 373 m. w. Nachw.; a. A. Rieble, NZA 2004, 1 (4 ff.); Willemsen, NJW 2007, 2065 (2073) (ex-nunc-Wirkung); a. A. auch Staudinger/Annufß, BGB, 2005, § 613 a Rdnr. 186 (Übergang des Arbeitsverhältnisses aufschiebend bedingt); zum Meinungsstand auch Neufeld/Beyer, NZA 2008, 1157 (1158 f.).

29 Seit einiger Zeit wird das Vertragsverhältnis als der Verfügung zugänglicher „Gegenstand“ angesehen: Larenz (o. Fußn. 14), S. 272 f. zur Verfügung durch Aufhebungsvertrag; Möschel, in: MünchKomm, Bd. 2, 5. Aufl. (2007), Vorb. § 414 Rdnr. 8; Larenz (o. Fußn. 14), S. 618 zur gewillkürten Vertragsübernahme; dazu noch unten VI.

30 Dazu BGH (23. 5. 1989), NJW 1989, 2049 = ZIP 1989, 995 = DB 1989, 2598; Flume, AT BGB, Bd. II, 4. Aufl. (1992), S. 910 f.; Helwig, in: Festschr. f. die Juristische Fakultät in Gießen, 1907, S. 23 ff., 34; Schramm, in: MünchKomm, Bd. 1, 5. Aufl. (2006), § 184 Rdnr. 22.

31 Allg. Meinung, etwa Staudinger/Gursky, BGB, 2006, § 387 Rdnr. 125.

32 BAG (6. 8. 1997), NZA 1998, 254 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA § 1 KSchG Wiedereinstellungsanspruch Nr. 2; BAG (4. 12. 1997), NZA 1998, 701 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 4 = EzA § 1 KSchG Wiedereinstellungsanspruch Nr. 3; BAG (25. 10. 2007), NZA 2008, 357 = AP BGB § 613 a Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA § 613 a BGB 2002 Nr. 80; BAG (21. 8. 2008), NZA 2009, 29 = NJW 2009, 391. Eine Ausnahme macht der 8. Senat nur für den Fall, dass der Betriebsübergang nach Ende des Arbeitsverhältnisses gerade durch willentliche Übernahme der Hauptbelegschaft ausgelöst wird, BAG (13. 11. 1997), NZA 1998, 251 = AP BGB § 613 a Nr. 169 = EzA § 613 a BGB Nr. 154; BAG (12. 11. 1998), NZA 1999, 311 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 5 = EzA § 613 a BGB Nr. 171; zust. Müller-Glöge, NZA 1999, 449 (455 f.); offen gelassen für einen auf die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gestützten Wiedereinstellungsanspruch nach Abschluss eines Aufhebungsvertrags BAG (8. 5. 2008), NZA 2008, 1148 = AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 40 = EzA § 520 ZPO Nr. 6.

Mit der (wirksamen) fristlosen Kündigung nimmt der Erwerber dem Arbeitnehmer also auch das Rückkehrrecht zum Veräußerer. Das ist auch geboten, weil der Arbeitnehmer, der sich seines Widerspruchsrechts hinreichend gewiss ist, sonst beim Erwerber gefahrlos „auf den Putz hauen“ könnte³³. Denn Pflichtverletzungen (bis hin zu Straftaten) beim Erwerber sind für den Veräußerer kein kündigungsrelevantes Verhalten³⁴.

IV. Untergang des Widerspruchsrechts durch bestätigende Ausübung

1. (Kein) Verzicht

Mitunter sucht die Praxis das Heil in einem unterstellten Verzicht des Arbeitnehmers auf sein Gestaltungsrecht³⁵: Der Verzicht auf Gestaltungsrechte ist ohne Weiteres möglich und bedarf – anders als der Forderungsverzicht – keines Vertrags, sondern nur einer einseitigen Verzichtserklärung³⁶.

Der Verzicht unterscheidet sich von der Verwirkung dadurch, dass er von einem entsprechenden Rechtsfolgwillen getragen ist³⁷. Nach herrschender Meinung kann der Arbeitnehmer für einen konkret anstehenden³⁸ Betriebsübergang auf das Widerspruchsrecht verzichten³⁹. Überwiegend wird das Schriftformerfordernis des § 613 a VI 1 BGB dafür analog angewendet⁴⁰. Das wiederum schließt den konkludenten Verzicht aus.

2. Gestaltungsrechte als Wahlrechte

Sieht man genauer hin, so geht es nicht um einen Verzicht auf das Gestaltungsrecht, sondern um dessen Ausübung. Jedes Gestaltungsrecht gewährt dem Berechtigten ein Wahlrecht zwischen (mindestens) zwei Rechtszuständen, ein Verzicht kann nur in der Aufgabe eben des Wahlrechts liegen. Wer sich für einen der möglichen und wählbaren Rechtszustände entscheidet, übt sein Wahlrecht gerade aus und büßt es nicht ein⁴¹.

Das ist für das Widerspruchsrecht des § 613 a VI BGB bedeutsam. Es ist ein Wahlrecht zwischen zwei Arbeitgeber und kann vom Arbeitnehmer auch zu Gunsten des Betriebs erwerbers ausgeübt werden – durch „Bestätigung“ (analog § 144 BGB) des Arbeitsverhältnisübergangs nach § 613 a I BGB⁴².

Dass Gestaltungsrechte sowohl positiv als auch negativ ausgeübt werden können, folgt aus § 144 BGB: Das anfechtbare Rechtsgeschäft wird durch Bestätigung endgültig wirksam. Terminologisch wird dies zwar überwiegend als „Verzicht“ auf das Anfechtungsrecht bezeichnet⁴³. Der mit *Flume* vorzunehmende dogmatische Blick zeigt jedoch, dass die Bestätigung die positive Entscheidung des Anfechtungsberechtigten ist, dass das anfechtbare Geschäft gelten soll⁴⁴. Das Anfechtungsrecht stellt die Nichtigkeitsfolge des § 142 I BGB gerade in das Belieben des Gestaltungsberechtigten. Und eben diese positive Entscheidung hat die spezifische Gestaltungswirkung – indem sie dem Rechtsgeschäft zu endgültiger Wirksamkeit verhilft⁴⁵. Dieser innere Zusammenhang zwischen Anfechtung und Bestätigung wird zerrissen, wenn man letztere als eigenständiges (Gestaltungs-)Recht begreift, die Gestaltungsbefugnis rechtsgeschäftlich aufzugeben⁴⁶. Als Ausübung des Gestaltungsrechts ist die Bestätigung (entgegen dem RG) zugangsbedürftige Erklärung⁴⁷.

Das entspricht auch der Willensrichtung des Anfechtungsberechtigten. Er hat doch keine Verfügung über sein Anfechtungsrecht im Sinn, sondern will an dem Vertrag festhalten.

Deutlich wird dies bei der konkludenten Bestätigung: Wer bei Vertragsschluss arglistig getäuscht wurde und die Kaufsache gleichwohl in Kenntnis des Anfechtungsrechts benutzt, der bringt zum Ausdruck, dass er am Kauf festhalten will, nicht aber, dass er die Täuschung billigt⁴⁸.

Bestätigt wird dieser allgemeine Rechtsgedanke einmal durch die Vorschriften über die Genehmigung (§§ 108 II, 177 II, 184 I i. V. mit § 182 I BGB): Das Genehmigungsrecht umfasst als Gestaltungsrecht gleichrangig die Genehmigung und ihre Verweigerung. Die Verweigerung ist also mitnichten ein Verzicht auf das Genehmigungsrecht als Gestaltungsrecht, sondern dessen Ausübung. Das ist gerade mit Blick auf die Genehmigung der Vertragsübernahme analog § 415 BGB für den Betriebsübergang bedeutsam.

Wie der Übergang des Arbeitsverhältnisses beim Betriebsübergang vollzieht sich auch der Vonselbsterwerb der Erbschaft (§ 1922 I BGB). Das Ausschlagungsrecht (§ 1942 I

33 Schon *Rieble* NZA 2004, 1 (6).

34 Außerdienstliches Verhalten (und um solches geht es aus Sicht des Veräußerers) rechtfertigt eine Kündigung nur bei konkretem Bezug zum Arbeitsverhältnis, dazu: *BAG* (20. 11. 1997), NZA 1998, 323 = AP KSchG 1969 § 1 Nr. 43 = *EzA* § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 52. Weiter *KR-Griebeling*, 8. Aufl. (2007), § 1 KSchG Rdnr. 450 f.

35 *HWK/Willemsen/Müller-Bonanni* (o. Fußn. 3), § 613 a BGB Rdnr. 356; *Tschöpel/Beseler*, *Anwaltshdb. ArbR*, 5. Aufl. (2007), 2 G Rdnr. 72; *Staudinger/Arnauß* (o. Fußn. 28), § 613 a Rdnr. 204; *krit. Nehls*, NZA 2003, 822 (826 f.); *Gaul/Otto*, DB 2002, 634 (638); *Grau* (o. Fußn. 1), S. 354; *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, 2005, Rdnr. 140.

36 *Allg. Staudinger/Rieble*, BGB, 2005, § 397 Rdnr. 62 ff. m. w. Nachw.

37 *Staudinger/Looschelders* (o. Fußn. 14), § 242 Rdnr. 305; *Gamerith*, WRP 2004, 75 (77).

38 Ein vom konkreten Anlass losgelöster Verzicht im Voraus wird einheitlich abgelehnt: *Olbertz/Ungnad*, BB 2004, 213 (217); *HWK/Willemsen/Müller-Bonanni* (o. Fußn. 3), § 613 a BGB Rdnr. 356; *Staudinger/Arnauß* (o. Fußn. 28), § 613 a Rdnr. 201; *Grau* (o. Fußn. 1), S. 352.

39 Statt aller *Olbertz/Ungnad*, BB 2004, 213 (217); *Grau* (o. Fußn. 1), S. 352 m. w. Nachw.

40 *ErFK/Preis* (o. Fußn. 5), § 613 a BGB Rdnr. 102; *Franzen*, RdA 2002, 258 (268); *Müller-Glöge*, in: *MünchKomm*, Bd. 3, 5. Aufl. (2009), § 613 a Rdnr. 115; *Olbertz/Ungnad*, BB 2004, 213 (218); *Gaul* (o. Fußn. 17), § 11 Rdnr. 49; *Grau* (o. Fußn. 1), S. 355 f. m. w. Nachw.; dagegen *HWK/Willemsen/Müller-Bonanni* (o. Fußn. 3), § 613 a BGB Rdnr. 356; *Staudinger/Arnauß* (o. Fußn. 28), § 613 a Rdnr. 204.

41 Eingehend *Staudinger/Rieble* (o. Fußn. 36), § 397 Rdnr. 62; so schon *Seckel*, in: *Festschr. f. Koch*, 1903, S. 205, 229 Fußn. 6; dagegen *Kleinschmidt*, *Der Verzicht im SchuldR*, 2004, S. 159 ff.; *Graba*, *Bestätigung und Genehmigung von Rechtsgeschäften*, 1967, S. 13.

42 *LAG Düsseldorf*, Urt. v. 30. 5. 2007 – 7 Sa 158/07, BeckRS 2009, 57444 nicht rechtskräftig; *Az. BAG 8 AZR 530/07; Rieble*, in: *Festschr. ARGE ArbR im DAV* (o. Fußn. 2); S. 687, 704; in diese Richtung auch *Grau* (o. Fußn. 1), S. 352, 355, der allerdings nur meint, bei dem Verzicht handle es sich „in der Sache“ um eine negative Ausübung des Widerspruchsrechts; ähnlich *Nehls*, NZA 2003, 822 (826).

43 *Palandt/Ellenberger*, BGB, 68. Aufl. (2009), § 144 Rdnr. 1; *Staudinger/Roth*, BGB, 2003, § 144 Rdnr. 2; *Medicus*, BGB AT, 9. Aufl. (2006), Rdnr. 534; *Brox/Walker*, BGB AT, 32. Aufl. (2008), Rdnr. 437; *Kleinschmidt* (o. Fußn. 41), S. 165.

44 So *Flume* (o. Fußn. 30), S. 568 f.; ihm folgend *Busche*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 30), § 144 Rdnr. 3; so schon *Walsmann*, *Der Verzicht*, 1912, S. 105; *Simons*, *Der Verzicht im BGB*, 1935, S. 33; insoweit auch *Graba* (o. Fußn. 41), S. 12.

45 So sieht auch *Kleinschmidt* (o. Fußn. 41), S. 161, die Bestätigung als Beseitigung des Schwebezustands, meint aber, das Verständnis der Bestätigung als Verzicht entspreche „natürlicher Betrachtung“.

46 So aber *Kleinschmidt* (o. Fußn. 41), S. 163.

47 *Feuerborn*, in: *Dauner-Lieb/Heidel/Ring*, *AnwKomm BGB*, Bd. 1, 2005, § 144 Rdnr. 7; *Busche*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 30), § 144 Rdnr. 4; *Staudinger/Roth* (o. Fußn. 43), § 144 Rdnr. 4; *Medicus* (o. Fußn. 43), Rdnr. 534; *Larenz/Wolf*, BGB AT, 9. Aufl. (2004), § 44 Rdnr. 28; a. A. *RG* (20. 5. 1908), RGZ 68, 398; *Palandt/Ellenberger* (o. Fußn. 43), § 144 Rdnr. 2; *Erman/Palm*, BGB, 12. Aufl. (2008), § 144 Rdnr. 1; *Soergel/Hefermehl*, BGB, 13. Aufl. (1999), § 144 Rdnr. 1, die aber ein für den Anfechtungsgegner erkennbares Verhalten fordern.

48 *Vgl. BGH* (28. 4. 1971), NJW 1971, 1795; *BGH* (1. 4. 1992), NJW-RR 1992, 779; *Graba* (o. Fußn. 41), S. 11.

BGB) eröffnet dem Erben die Wahl, die Rechtsnachfolge entweder rückwirkend zu beseitigen (§ 1953 I BGB) oder die Erbschaft anzunehmen⁴⁹. Auch dieses Gestaltungsrecht ist also Wahlrecht: Mit Ablauf der Ausschlagungsfrist erlischt nicht etwa das Ausschlagungsrecht, sondern die Erbschaft gilt als angenommen (§ 1943 Halbs. 2 BGB)! Auch die widerrufende Rücknahme hinterlegter Gegenstände (§ 379 III BGB) ist Gestaltungsrecht; der „Verzicht“ (§ 376 II Nr. 1 BGB) ist wiederum Ausübung des Gestaltungsrechts, wie § 378 BGB zeigt. Indem der Schuldner sich bestätigend endgültig für die Hinterlegung entscheidet, wird er von seiner Schuld befreit.

Für das Arbeitsrecht hilfreich ist ein Seitenblick auf die Verbraucherwiderrufsrechte. Diese sind nämlich als gesetzliche Schutzrechte an sich unverzichtbar; gleichwohl muss der Verbraucher sein Wahlrecht hinsichtlich des schwebenden Rechtsgeschäfts auch bestätigend ausüben können – weil er am Vertrag festhalten und ihn gerade nicht zu Fall bringen will⁵⁰. Ein Sonderfall dieser Bestätigung ist geregelt in § 312 d III Nr. 2 BGB⁵¹. Danach endet das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei einem auf eine Dienstleistung gerichteten Fernabsatzvertrag, wenn der Unternehmer mit Zustimmung des Verbrauchers mit der Leistungserbringung vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt oder aber der Verbraucher die Leistung abrufen. Das Gestaltungsrecht erlischt also durch Ausübung in dem Moment, in dem der Verbraucher sich für den abgeschlossenen Vertrag entscheidet.

Dass der Gesetzgeber bei Fernabsatzverträgen die Bestätigung gesondert regelt, liegt daran, dass ohne diese Sonderregelung die bloße Anforderung der Leistung nicht als Bestätigung interpretiert werden könnte. Das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen soll dem Verbraucher eine ungebundene Prüfung der empfangenen Leistung ermöglichen. Vor diesem Hintergrund ist auch die Regelung des § 312 d III Nr. 1 BGB zu sehen, wonach das Widerrufsrecht bei Finanzdienstleistungen vor Ablauf der Widerrufsfrist nur erlischt, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt ist (ähnlich der neue § 8 III 2 VVG). Eine Bestätigung des Vertrags wird für diesen Sonderfall scheinbar ausgeschlossen, weil der Gesetzgeber den Verbraucher angesichts der regelmäßig erheblichen Auswirkungen von Finanzdienstleistungen auf seine wirtschaftliche Situation für besonders schutzwürdig hält⁵². Bei genauerem Hinsehen zeigt sich, dass auch hier ein Fall der Bestätigung geregelt ist – mit erhöhten Anforderungen. Mit der qualifizierten Bestätigung übt der Verbraucher sein Widerrufsrecht aus, und dieses erlischt.

3. Folgen für die Bestätigung des Arbeitgeberwechsels

a) *Widerspruchsrecht als Wahlrecht.* Diese Erkenntnis ist zwanglos auf das Widerspruchsrecht aus § 613 a VI 1 BGB zu übertragen. Der Arbeitnehmer hat die Wahl, ob er die Rechtsfolge des § 613 a I 1 BGB, nämlich den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber, hinnehmen will oder nicht. Er muss zwischen altem und neuem Arbeitgeber als Vertragspartner wählen. Der Widerspruch wählt den alten Arbeitgeber; gleichberechtigt muss dem Arbeitnehmer aber auch die – endgültige – Wahl des Erwerbers als neuem Arbeitgeber offenstehen; auch dies rechnet zu seiner von Art. 12 I GG geschützten Vertragspartnerwahlfreiheit. Die Bestätigung des von § 613 a I 1 BGB angeordneten und durch das Widerspruchsrecht in der Schwebe gehaltenen Arbeitgeberwechsels ist also kein Verzicht auf das Widerspruchsrecht, sondern Ausübung desselben Wahlrechts⁵³.

Das wird noch deutlicher, wenn man sich die Regelungsalternative eines zwar gesetzlichen Vertragsübergangs vorstellt, der aber zum Schutz des Betroffenen wie nach § 415 BGB von seiner Genehmigung abhängt (schwebende Unwirksamkeit). Dass die positive Zustimmung zum Vertragspartnerwechsel in jenem Fall Ausübung des Gestaltungsrechts ist, liegt auf der Hand. Weshalb diese Zustimmung zum Arbeitgeberwechsel keine Ausübung des Gestaltungsrechts mehr sein könne, wenn der Gesetzgeber den Vertragspartnerwechsel wie in § 613 a I 1 BGB schwebend wirksam anordnet, ist unerfindlich.

Das LAG Düsseldorf leitet dieses Ergebnis – gerade für den Fall eines Aufhebungsvertrags nach Widerspruch – aus einer analogen Anwendung des § 144 BGB ab⁵⁴. Mit der gesetzlichen Verankerung des Widerspruchsrechts sei eine Regelungslücke entstanden, weil das BGB keine Folgeeregungen für den Fall treffe, dass die Widerspruchsfrist nicht in Gang gesetzt werde. Die rechtliche Situation sei bei Anfechtungsrecht und Widerspruchsrecht vergleichbar; in beiden Fällen bewirke die Ausübung des Rechts die rückwirkende Vernichtung eines Vertragsverhältnisses⁵⁵. Dieser Analogieschluss ist letztlich entbehrlich, weil § 144 BGB einen allgemeinen Rechtsgedanken für alle Gestaltungsrechte nur wiedergibt. Dass das Widerspruchsrecht die Bestätigung umfasst, folgt unmittelbar aus seiner Rechtsnatur als wählendem Gestaltungsrecht. Das LAG München⁵⁶ sieht das Problem leider nicht.

b) *Erklärung der Bestätigung.* Weil die Bestätigung eine Ausübung des Widerspruchsrechts ist, gelten für sie aus formalen Gründen dieselben Regeln wie für den Widerspruch, also auch das Schriftformerfordernis des § 613 a VI 1 BGB⁵⁷. § 144 II BGB ist nicht einschlägig, weil § 613 a VI 1 BGB nur die Form der Gestaltungserklärung regelt.

Immerhin könnte man erwägen, die Bestätigung auch formlos zuzulassen, weil das Formgebot eine einseitige Schutzrichtung hat: Es will den Arbeitnehmer vor der Selbstgefährdung seines Arbeitsplatzes durch Widerspruch schützen⁵⁸ – und steht so in Verbindung zu § 623 BGB. Die Bestätigung des Arbeitsverhältnisübergangs hingegen akzeptiert den Erwerber als Vertragspartner und gleicht damit eher dem Arbeitsvertragsschluss – der formlos möglich ist. Bei „materialer“ Betrachtung spricht deshalb mehr für die Formfreiheit⁵⁹. Allerdings bedingt das die „Gefahr“ konkludenter Bestätigungen. Vor dieser Gefahr freilich will die Formvorschrift des § 613 a VI 1 BGB nicht schützen⁶⁰. Die Beweisfunktion

49 Mit Recht sieht auch *Seckel*, in: Festschr. f. Koch (o. Fußn. 41), S. 230 Fußn. 6 und S. 231 die Annahme als Ausübung des Ausschlagungsrechts, wohingegen die h. M. einen Verzicht auf die Ausschlagung behauptet: *Leipold*, in: MünchKomm, Bd. 6, 4. Aufl. (2004), § 1943 Rdnr. 9 m. w. Nachw.

50 *Staudinger/Rieble* (o. Fußn. 36), § 397 Rdnr. 63; einschränkend *Erman/Saenger* (o. Fußn. 47), § 312 f Rdnrn. 6 f.; abl. *Kleinschmidt* (o. Fußn. 41), S. 162 f. m. w. Nachw.

51 Dies übersieht *Kleinschmidt* (o. Fußn. 41), S. 162 f., der aus der Unverzichtbarkeit auf die Unzulässigkeit einer Bestätigung schließt.

52 *Staudinger/Thüsing*, BGB, 2005, § 312 d Rdnr. 32.

53 *Rieble*, in: Festschr. ARGE ArbR im DAV (o. Fußn. 2), S. 687, 703 f.; *Nehls*, NZA 2003, 822 (826); *Grau* (o. Fußn. 1), S. 355.

54 *LAG Düsseldorf*, Urt. v. 30. 5. 2007 – 7 Sa 158/07, BeckRS 2009, 57444, nicht rechtskräftig, Az BAG 8 AZR 530/07.

55 *LAG Düsseldorf*, Urt. v. 30. 5. 2007 – 7 Sa 158/07, BeckRS 2009, 57444.

56 *LAG München*, Urt. v. 6. 8. 2008 – 10 Sa 182/08.

57 Wer hingegen wie die h. M. die Bestätigung als Verzicht versteht, kann die Vorschrift allenfalls analog anwenden, dazu *Grau* (o. Fußn. 1), S. 354 ff.

58 So die RegBegr. BT-Dr 14/7760, S. 20.

59 So auch *Staudinger/Annus* (o. Fußn. 28), § 613 a Rdnr. 204 für den Verzicht.

60 *Grau* (o. Fußn. 1), S. 355.

der Schriftform spricht nicht für die Formbedürftigkeit der Bestätigung⁶¹; Formfreiheit ist Vertragsfreiheit.

Nach § 613 a VI 2 BGB kann die Bestätigung sowohl gegenüber dem Veräußerer wie gegenüber dem Erwerber erklärt werden – in Übereinstimmung mit § 182 I BGB. Das heißt: Auch wenn die Bestätigung des Arbeitgeberwechsels in erster Linie Bedeutung für den Veräußerer hat, kann sie vom Arbeitnehmer gegenüber dem Erwerber erklärt werden – insbesondere im Zuge von Veränderungen des Arbeitsverhältnisses zu diesem.

c) *Konkludente Bestätigung durch Aufhebungs- oder Änderungsvertrag?* Eine ausdrückliche Bestätigung des Arbeitgeberwechsels ist bislang die Ausnahme – auch weil die Kautelarpraxis nicht so weit ist. Überdies ist mit Blick auf das Maßregelungsverbot des § 612 a BGB Vorsicht geboten. Solange dem Arbeitnehmer das Widerspruchsrecht als Wahlrecht zusteht, darf er keine Nachteile aus seiner Entscheidung erfahren – soweit diese nicht unmittelbar mit der Entscheidung verbunden sind. Freilich darf der Erwerber neue Arbeitsverträge, insbesondere Beförderungen, durchaus davon abhängig machen, dass der Arbeitnehmer sich „für ihn entscheidet“.

Häufiger wird der Fall sein, dass der Arbeitnehmer die Bestätigung konkludent äußert. Das ist im Ausgangspunkt unproblematisch möglich⁶² – darf aber nicht vorschnell bejaht werden. Die Rechtsprechung ist bei der Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts nach § 144 BGB mit Recht zurückhaltend⁶³. Zuerst kommt es darauf an, ob der Arbeitnehmer überhaupt Kenntnis vom Widerspruchsrecht hat, bzw. genauer: ob der Adressat der möglichen konkludenten Erklärung hiervon ausgehen kann. Das ist insbesondere beim „geheimen Betriebsübergang“ problematisch, mitunter auch dann, wenn jede Unterrichtung – auch über das Widerspruchsrecht selbst – fehlt. Sodann kommt es zweitens darauf an, ob der Arbeitnehmer sich mit seinem Verhalten zum Erwerber als Vertragspartner bekennt – und also deutlich macht, dass er nicht zum Veräußerer zurückkehren will. Auch insoweit kann die bloße Weiterarbeit als Vollzug des angreifbaren Arbeitsverhältnisses zum Erwerber keinen entsprechenden Erklärungsgehalt bedeuten (o. II). Wohl aber bekundend einvernehmliche Vertragsänderungen zwischen Arbeitnehmer und Erwerber (Beförderung, Entgelterhöhung, aber auch einvernehmliche Teilzeit usw.), dass der Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis auch in Zukunft beim Erwerber sieht. Lediglich kurzzeitig befristete Änderungen (eine Abordnung für wenige Wochen) deuten nicht auf eine endgültige Entscheidung des Arbeitnehmers hin.

Je nachdem, ob man die Bestätigung dem Schriftformgebot des § 613 a VI 1 BGB unterstellt (eben b), ist für die Bejahung der konkludenten Bestätigung nicht nur überhaupt ein Schriftstück erforderlich, sondern muss sich der Bestätigungswille nach der Andeutungstheorie aus der Urkunde selbst ergeben⁶⁴. Das ist aber bei der Ausfertigung eines geänderten Arbeitsvertrags wenig problematisch. Auf der anderen Seite dürfen die Anforderungen auch nicht überspannt werden: Die Bestätigung ist gerade kein Verzicht, weswegen auch kein „Verzichtswille“ festgestellt werden müsste, für den in der Tat strenge Anforderungen gelten⁶⁵.

Das gilt insbesondere für den Aufhebungsvertrag (der schon wegen § 623 BGB seinerseits schriftlich geschlossen sein muss): Wer über sein Arbeitsverhältnis verfügt, erkennt damit sein Gegenüber als Arbeitgeber an – weil der Aufhebungsvertrag nur zwischen den Vertragsparteien geschlos-

sen werden kann⁶⁶. Das gilt insbesondere, wenn der Arbeitnehmer – wie in den Ausgangsfällen von *LAG Düsseldorf* und *LAG München* – eine Abfindung erhält. Damit veräußert der Arbeitnehmer „sein Arbeitsverhältnis“ und stellt sich streitfrei. Eine Abfindung kann er aber nur von seinem Arbeitgeber erhalten. Mit dem Aufhebungsvertrag (oder der Eigenkündigung) will auch der Arbeitnehmer erkennbar zu einem Ende kommen. Das verlangt nach endgültiger Anerkennung des Erwerbers als Vertragspartner. Dagegen ist die bloße Hinnahme der Kündigung des Erwerbers keine einvernehmliche Verfügung.

Der Aufhebungsvertrag mit dem Erwerber und der Widerspruch gegen den Betriebsübergang stehen im Widerspruch zueinander. Ist das Arbeitsverhältnis bereits beendet, so scheidet der Widerspruch a priori (o. III); im Übrigen müsste der Widerspruch in der Auslaufphase den Aufhebungsvertrag (nach h. M.) rückwirkend zu Fall bringen. Wer also in der Unterschrift des Arbeitnehmers unter den Aufhebungsvertrag keine endgültige Entscheidung gegen einen Widerspruch sieht, unterstellt ihm widersprüchliche Absichten⁶⁷. Eine am Grundsatz von Treu und Glauben orientierte Vertragsauslegung (§ 157 BGB) darf solche inneren Widersprüche nicht unterstellen⁶⁸. Nur wenn der Arbeitnehmer sich im Zusammenhang mit dem Aufhebungsvertrag den Widerspruch vorbehält, scheidet eine Deutung als Bestätigung aus. Ein geheimer Vorbehalt hingegen ist nach § 116 S. 1 BGB unbeachtlich⁶⁹.

Das heißt weiter: Es kommt für den Aufhebungsvertrag (oder die Eigenkündigung des Arbeitnehmers) schlussendlich doch nicht darauf an, ob der nachfolgende Widerspruch noch innerhalb der Auslaufzeit erfolgt, weil das Widerspruchsrecht bereits durch Abschluss des Aufhebungsvertrags qua Bestätigung verbraucht wird. Ein Wettlauf von Aufhebung und Widerspruch findet nicht statt.

Dabei darf nicht irritieren, dass die Beendigungskonkurrenz von Aufhebungsvertrag und Kündigung anders gesehen wird: Wird das Arbeitsverhältnis nach Abschluss des Aufhebungsvertrags, aber vor Ende der vereinbarten Restlaufzeit, durch außerordentliche Kündigung „überholend“ beendet, so wird der Aufhebungsvertrag (mit seiner Abfindungsregelung) gegenstandslos⁷⁰.

Der zentrale Unterschied liegt darin, dass Kündigung und Aufhebungsvertrag dasselbe Ziel – Beendigung des Arbeitsverhältnisses – verfolgen und einander tatbestandlich nicht ausschließen (solange der Arbeitsvertrag ausläuft). Beide laufen parallel und stehen nur im zeitlichen Wettstreit des ersten Auflösungsstatbestands. Vergleichbar ist der Fall des *BGH*,

61 So aber *Grau* (Fußn. 1), S. 356.

62 Eingehend *Staudinger/Gursky* (o. Fußn. 31), § 182 Rdnrn. 9 ff. für die konkludente Genehmigung.

63 AG (16. 12. 2004), NZA 2006, 624 Os. = NJOZ 2006, 2031 = AP BGB § 123 Nr. 64 = EzA § 123 BGB 2002 Nr. 5 = ZTR 2005, 379; BAG, Urt. v. 13. 4. 2000 – 2 AZR 258/99, BeckRS 2009, 54852; *BGH* (2. 2. 1990), NJW 1990, 1106 = BB 1990, 587 = JZ 1990, 499.

64 BAG (13. 7. 2006 – 8 AZR 382/05), NZA 2006, 1406 = AP BGB § 613 a Widerspruch Nr. 1 = EzA § 613 a BGB 2002 Nr. 57.

65 *Graba* (o. Fußn. 41), S. 12; zum Verzichtswillen *Staudinger/Rieble* (o. Fußn. 36), § 397 Rdnr. 101.

66 *LAG Düsseldorf*, Urt. v. 30. 5. 2007 – 7 Sa 158/07, BeckRS 2009, 57444.

67 Diesen Widerspruch betonen auch *Löwisch/Göpfert/Siegrist*, DB 2007, 2538 (2540), leiten daraus jedoch eine Verwirkung des Widerspruchsrechts ab.

68 *Larenz/Wolf* (o. Fußn. 47), § 28 Rdnr. 45.

69 So auch *LAG Düsseldorf*, Urt. v. 30. 5. 2007 – 7 Sa 158/07, BeckRS 2009, 57444.

70 BAG (29. 1. 1997), NZA 1997, 813 = AP BGB § 626 Nr. 131 = EzA § 611 BGB Aufhebungsvertrag Nr. 27.

der mit *Flume* (!) aus der Geltendmachung von Kaufgewährleistungsansprüchen gerade nicht die Bestätigung des anfechtbaren Kaufvertrags abgeleitet hat – weil Anfechtung und Gewährleistung dasselbe Ziel verfolgen⁷¹. Und eben aus diesem Grund sieht auch das BAG in der Kündigung eines anfechtbaren Arbeitsverhältnisses keine Bestätigung i. S. des § 144 BGB⁷². Beide Rechtsbehelfe wollen dasselbe und widersprechen sich nicht. Die Kündigung zeigt also nicht, dass der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag in jedem Fall gelten lassen will⁷³.

Dagegen stehen Widerspruch und Aufhebungsvertrag in tatbestandlichen Antagonismus: Mit dem Aufhebungsvertragschluss anerkennt der Arbeitnehmer seinen Vertragspartner und kann ihn nicht mehr durch Widerspruch „abschießen“. Und deshalb liegt im Aufhebungsvertrag auch eine Bestätigung i. S. von § 144 BGB.

V. Widerspruchsrecht als Reurecht?

Das Recht des Arbeitnehmers, sein (!) Arbeitsverhältnis zum Erwerber zu bestätigen, ist privatautonome Selbstbestimmung. Dem Arbeitnehmer wurde kein Vertragspartner aufgezwungen, sondern er selbst hat die Wahl getroffen und damit kein schutzwürdiges Interesse mehr daran, mit einem rückwirkenden⁷⁴ Widerspruch die Zeit quasi zurückzudrehen und alle Rechtsgeschäfte mit dem Erwerber zu beseitigen. Ein solches Reurecht ginge nicht nur über die Sicherung der „negativen Vertragspartnerwahlfreiheit“⁷⁵ hinaus, es wäre dem BGB fremd⁷⁶.

Einzig beim Verbraucherwiderruf führt eine fehlerhafte Belehrung nach der nicht analogiefähigen Sondervorschrift des § 355 III 3 BGB zu einem unbefristeten Reurecht, wenn der Unternehmer die Belehrungsfehler nicht nachträglich heilt. Für jene Widerrufsbelehrung kann der Unternehmer allerdings auf ein amtliches Muster zurückgreifen⁷⁷, während Gesetzgeber und Rechtsprechung den Arbeitgebern rechtssichere und klare Vorgaben für die Unterrichtung nach § 613 a V BGB bislang verweigern⁷⁸. Vor allem aber ist das Widerrufsrecht von Anfang an als – wenn auch befristetes – Reurecht konstruiert. Der Verbraucher soll in Ruhe und unbeeinflusst entscheiden, ob er den unter besonderen Umständen abgeschlossenen oder mit besonderen Risiken verbundenen Vertrag wirklich will⁷⁹. Der Widerspruch gegen den Betriebsübergang hingegen sichert keine zweite Entscheidung über eine eigene Willensbetätigung, sondern schützt davor, ex lege einen anderen Vertragspartner aufgedrängt zu bekommen.

Die Unterrichtungspflicht soll eine informierte Entscheidung für oder gegen den Widerspruch ermöglichen⁸⁰. Die Bindung des Arbeitnehmers an seine einmal erklärte Bestätigung kann deshalb nicht so weit gehen, dass er im Ergebnis das Risiko der fehlerhaften Information tragen muss. Dabei geht es nicht um ein spezifisches Problem der Bestätigung; die gleichen Erwägungen gelten umgekehrt für den auf Grund unvollständiger Informationen erklärten Widerspruch.

Abhilfe schafft zum einen das Recht zur Anfechtung der Bestätigung (oder des Widerspruchs)⁸¹. Insbesondere die Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit des Arbeitgebers sind für das Arbeitsverhältnis maßgebende Eigenschaften i. S. des § 119 II BGB⁸². Erst recht rechtfertigt eine bewusst falsche Information die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 I BGB⁸³. Wurde im Zuge des Betriebsübergangs also nicht über bereits bekannte Liquiditätsprobleme des Erwerbers informiert, so rechtfertigt das eine Anfechtung der Bestätigung.

Zum anderen kann der Arbeitnehmer aus § 280 BGB Schadensersatz verlangen, wenn die Arbeitgeber ihre Unterrichtspflicht aus § 613 a V BGB verletzt haben⁸⁴. Dieser Anspruch ist etwa von Bedeutung, wenn eine Anfechtung ausscheidet, weil die Informationen nicht vorsätzlich falsch waren und auch kein Irrtum über eine relevante Eigenschaft vorliegt. Auf diese Weise ist den Interessen des Arbeitnehmers angemessen Rechnung getragen⁸⁵.

Beide Rechte setzen voraus, dass die fehlerhafte Unterrichtung sich kausal auf das Verhalten des Arbeitnehmers ausgewirkt hat. Dieser muss also nachweisen, dass er bei korrekter und vollständiger Information sein Widerspruchsrecht in anderer Weise ausgeübt hätte. Die Erkenntnis etwa, dass ein Verbleib beim alten Arbeitgeber angesichts der ungünstigen wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens des Erwerbers sinnvoller gewesen wäre, genügt nicht – wenn es nicht schon zum Zeitpunkt der Unterrichtung Anzeichen gab, über welche die Arbeitgeber hätten informieren müssen⁸⁶. Auf diese Weise ist gesichert, dass das Widerspruchsrecht nicht zum Reurecht für Rechtsgeschäfte zwischen Arbeitnehmer und Betriebserwerber mutiert. Der Arbeitnehmer kann solchen Geschäften nur dann den Boden entziehen, wenn er sich bei fehlerfreier Unterrichtung gar nicht auf sie eingelassen hätte.

VI. Alternativ: Genehmigung des verfügenden Aufhebungsvertrages durch den Erwerber?

Löwisch schlägt eine andere Lösung vor: Weil der Aufhebungsvertrag zwischen Erwerber und Arbeitnehmer über das Arbeitsverhältnis verfüge (oben Fußn. 29), und der Erwerber infolge des rückwirkenden Widerspruches zum Nichtberechtigten werde, könne der Veräußerer als nunmehr Berechtigter nach § 185 BGB den Aufhebungsvertrag rückwirkend genehmigen. Die „verfügende“ Kündigung durch den Erwerber müsse von einer vorherigen Einwilligung gedeckt sein. Nur die Eigenkündigung des Arbeitnehmers gegenüber dem Erwerber ist keine Verfügung der Arbeitgeber-

71 BGH, NJW 1990, 1106 = BB 1990, 587 = JZ 1990, 499; *Flume* (o. Fußn. 30), S. 569.

72 BAG, NZA 2006, 624 Os. = NJOZ 2006, 2031 = AP BGB § 123 Nr. 64 = EZA § 123 BGB 2002 Nr. 5 = ZTR 2005, 379.

73 BAG, NZA 2006, 624 Os. = NJOZ 2006, 2031 = AP BGB § 123 Nr. 64.

74 Nachw. o. Fußn. 28.

75 *Rieble*, NZA 2004, 1.

76 So ist die Anfechtung wegen Irrtums ausgeschlossen, wenn der Anfechtungsgegner sich auf das Geschäft zu den vom Anfechtungsberechtigten eigentlich gewollten Konditionen einlässt; *Staudinger/Singer*, BGB, 2004, § 119 Rdnr. 100; *Lobinger*, AcP 195 (1995), 274, 278 ff.

77 Zu Problemen damit *Buchmann*, MMR 2007, 347 ff.; Mittlerweile hat der Gesetzgeber die Musterbelehrung neu formuliert, dazu *Masuch*, NJW 2008, 1700 ff.

78 Zur Kritik: *Willemsen*, NJW 2007, 2065 (2067 ff.).

79 *Bülow/Artz*, VerbraucherprivatR, 2. Aufl. (2008), Rdnr. 28.

80 BAG, NZA 2006, 1268 = AP BGB § 613 a Nr. 312 = EZA-SD 2006, Nr. 22, 11-14; BT-Dr 14/7760, S. 19; *Grau* (o. Fußn. 1), S. 18; *Bernsau/Dreher/Hauck* (o. Fußn. 5), § 613 a BGB Rdnr. 10; *ErFK/Preis* (o. Fußn. 5), § 613 a BGB Rdnr. 84; *APS/Steffan* (o. Fußn. 5), § 613 a BGB Rdnr. 202.

81 Zur Anfechtbarkeit des Widerspruchs BAG (15. 2. 2007 – 8 AZR 310/06), AP BGB § 613 a Widerspruch Nr. 2 = EZA § 613 a BGB 2002 Nr. 66 = ZIP 2007, 1618; *HWK/Willemsen/Müller-Bonanni* (o. Fußn. 3), § 613 a BGB Rdnr. 337; *Bernsau/Dreher/Hauck* (o. Fußn. 5), § 613 a BGB Rdnr. 167.

82 *Rieble*, in: Festschr. ARGE ArbR im DAV (o. Fußn. 2), S. 687, 710.

83 Zum Problem der Täuschung durch den Veräußerer, wenn die Bestätigung gegenüber dem Erwerber erklärt wurde (oder umgekehrt) *Rieble*, in: Festschr. ARGE ArbR im DAV (o. Fußn. 2), S. 687, 705 ff.

84 Ausf. dazu *Rieble*, in: Festschr. ARGE ArbR im DAV (o. Fußn. 2), S. 687, 711 ff.

85 Vgl. *BGH* (16. 3. 2006), NJW 2006, 1971 zum Schadensersatz wegen einer Verletzung der Informationspflicht bei Fernabsatzverträgen.

86 *Rieble*, in: Festschr. ARGE ArbR im DAV (o. Fußn. 2), S. 687, 714.

seite; insoweit spricht sich *Löwisch* für eine ergänzende Zielrichtung der Kündigung an den wahren (und rückwirkend geänderten) Arbeitgeber aus⁸⁷.

Die hier vertretene Bestätigungstheorie ist logisch vorrangig: Wenn der Aufhebungsvertrag den Arbeitgeberwechsel bestätigt, bleibt der Erwerber „unangefochten“ Arbeitgeber – und damit Verfügungsbefugter. Für eine Genehmigung ist kein Raum. Die Eigenkündigung geht dem richtigen Arbeitgeber zu. Ein nach dem Beendigungszeitpunkt erklärter Widerspruch ist von vornherein unwirksam, oben III.

Im übrigen setzt die Genehmigungsfähigkeit nach § 185 BGB voraus, daß der Aufhebungsvertrag wirklich „nur“ Verfügung ist – also ein gegenstandsbezogenes Rechtsgeschäft. Nur dann nämlich ist es gerechtfertigt, jedweden Dritten als Nichtberechtigten verfügen zu lassen. Ist der Aufhebungsvertrag oder die Kündigung als *contrarius actus* zumindest auch personenbezogenes Verpflichtungsgeschäft, so bewendet es beim Offenkundigkeitsprinzip des § 164 BGB, der Rechtsgeschäfte Dritter gerade nur dann zuläßt, wenn sie im Namen der betroffenen Person vorgenommen werden. Das ist ein grundlegendes Problem. Der historische Gesetzgeber hat das Schuldverhältnis als „Organismus“ noch nicht als Gegenstand gesehen. Insbesondere § 174 BGB liefe für Kündigungen leer: Für eine ausschließlich verfügende Kündigung kann es kein Zurückweisungsrecht geben, weil dieses im Dienst des Offenkundigkeitsprinzips steht.

Überdies bedarf die Verfügung einer *causa*, die ihrerseits Verpflichtungsgeschäft ist. Teil dieses Kausalgeschäfts ist auch die Vereinbarung einer Abfindung⁸⁸. Worin soll aber der Rechtsgrund für einen ausschließlich verfügenden Aufhebungsvertrag liegen⁸⁹? Viel spricht deshalb dafür, den Aufhebungsvertrag als Einheit (§ 139 BGB) von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zu sehen⁹⁰. Durch Genehmigung nach § 185 BGB kann das Verpflichtungsgeschäft nicht konvaleszieren; dazu müßte der Veräußerer vom Kausalverhältnis erfaßt werden – sei es durch Stellvertretung, sei es durch Vertragsübernahme.

Für den Änderungsvertrag geht § 311 I BGB vom Verpflichtungscharakter aus – auch wenn er die Leistungspflichten nur einschränkt und damit wie eine verfügende „Teilaufhebung“ wirkt. Und auch der Rücktritt ist nach der Konzeption des BGB keine Verfügung. Schließlich meint der Vor-

behalt des § 328 II BGB, das Recht des Dritten aufzuheben oder zu ändern, die Vernichtung der Forderung des Dritten durch Einwirkung auf das Verpflichtungsgeschäft im Deckungsverhältnis. Keinesfalls geht es um eine systemwidrige Verfügung zu Lasten Dritter.

Das BAG jedenfalls darf sich mit schönen zivilrechtsdogmatischen Fragen befassen – und wird hierzu womöglich den *Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes* befragen müssen.

VII. Ergebnis

Fehlinformation nach § 613 a V BGB führt grundsätzlich zu einem unbefristeten Widerspruchsrecht. Die Verwirkung ist ein untaugliches Instrument zu dessen Begrenzung. Ausgeschlossen ist der Widerspruch, sobald das Arbeitsverhältnis endgültig beendet ist. Ausgeschlossen ist er auch, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitsverhältnisübergang bestätigt. Wie alle Gestaltungsrechte gewährt das Widerspruchsrecht aus § 613 a VI 1 BGB ein Wahlrecht zwischen zwei Rechtszuständen – im Ergebnis zwischen zwei Arbeitgebern. Die Entscheidung für den Erwerber ist daher kein Verzicht, sondern Ausübung des Wahlrechts. Der Arbeitnehmer kann die Bestätigung nicht nur ausdrücklich erklären sondern auch konkludent, wenn er nur eindeutig zum Ausdruck bringt, dass er den Erwerber als seinen neuen Arbeitgeber anerkennt. Eine solche Erklärung liegt auch in einem Aufhebungsvertrag, den der Arbeitnehmer mit dem Erwerber schließt. Unterrichtsfehler können eine Anfechtung der Bestätigung rechtfertigen, wenn der Arbeitnehmer darlegt, dass er sich auf Basis vollständiger und richtiger Informationen für den Verbleib beim Veräußerer entschlossen hätte. Scheidet eine Anfechtung aus, bleiben Schadensersatzansprüche wegen Verletzung der Unterrichtungspflicht. ■

87 *Löwisch*, BB 2009, 326 ff.

88 *Thies*, Der Schutz des Arbeitnehmers bei Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge (2007) S. 164.

89 Siehe schon die Bedenken bei *Staudinger/Rieble* (2005) § 397 Rn. 58.

90 Näher *Bork*, Der Vergleich (1988) S. 69 ff.; Für ein Zusammenfallen von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft *uno actu* auch *Burkardt*, Der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag (2004) S. 37; *Thies* (Fußn. 87) S. 163 f.; *Franz*, Der Abschluss eines Aufhebungsvertrags (2005) S. 305; *Lorenz*, JZ 1997, 277, 278.