
Datum: 14.10.2015
Gericht: Landesarbeitsgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 1. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 1 Sa 733/15
ECLI: ECLI:DE:LAGD:2015:1014.1SA733.15.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Essen, 6 Ca 1223/15

Schlagworte: Betriebsübergang, Widerspruch, Verwirkung des Widerspruchsrechts, Kündigung des Betriebserwerbers vor einem trotz Ablauf der Ein-Monats-Frist wirksamen Widerspruch

Normen: § 613a Abs. 6 BGB, § 242, §§ 164 ff BGB

Sachgebiet: Arbeitsrecht

Leitsätze:

1. Die Unterrichtung über einen Betriebsübergang, die dem Arbeitnehmer fälschlicherweise den Eindruck einer längerfristig gesicherten Beschäftigungsmöglichkeit beim Betriebserwerber vermittelt, ist unvollständig und setzt die nach § 613a Abs. 6 BGB vorgesehene einmonatige Widerspruchsfrist nicht in Lauf. Der Arbeitnehmer kann dem Betriebsübergang daher auch noch nach Ablauf der Frist wirksam widersprechen. 2. Das Recht des Arbeitnehmers zum Widerspruch kann verwirken. Das erforderliche Umstandsmoment ist regelmäßig erfüllt, wenn der Arbeitnehmer über den Bestand seines Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Betriebserwerber disponiert hat. Auch ein mit einer Kündigungsschutzklage angekündigter allgemeiner Feststellungsantrag gerichtet auf das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebserwerber ist nicht geeignet, das Umstandsmoment zu erfüllen. 3. Eine Kündigung des Betriebserwerbers nach dem Betriebsübergang und vor Ausübung eines nach Ablauf der einmonatigen Widerspruchsfrist noch wirksam erklärten - rückwirkenden - Widerspruchs des Arbeitnehmers gegen den Betriebsübergang wirkt nicht für und gegen den Betriebsveräußerer. Die Kündigung ist nicht genehmigungsfähig (§§ 180 Satz 2, 177 Abs. 1 BGB), weil der Betriebserwerber nicht als Vertreter des Betriebsveräußerers

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts

Essen vom 24.06.2015 - 6 Ca 1223/15 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 29 %
und die Beklagte zu 71 %.

Die Revision wird für die Beklagte zugelassen.

T a t b e s t a n d:	1
Die Parteien streiten in der Berufungsinstanz im Wesentlichen um die Wirksamkeit eines Widerspruchs der Klägerin gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses infolge eines Betriebsübergangs.	2
Die am 10.09.1974 geborene, verheiratete und zwei Kindern unterhaltsverpflichtete Klägerin war seit dem 01.09.2004 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin zuletzt als Assistentin Events in der Gastronomie "X." in der Philharmonie F. beschäftigt.	3
Die Beklagte betrieb die Gastronomie bis Ende August 2014. Insgesamt beschäftigte sie je nach Saison bis zu 60 Mitarbeiter, davon viele Teilzeitkräfte. Der zugrunde liegende Pachtvertrag mit der Stadt Essen war bis zum 31.12.2014 befristet. Seit Beginn des Jahres 2014 wurde nach einem neuen Pächter für die Einrichtung gesucht.	4
Mit Wirkung zum 01.09.2014 übernahm die O. N. Philharmonie GmbH & Co KG den Betrieb. Sie stieg in den befristeten Pachtvertrag der Beklagten mit der Stadt Essen ein. Sie erwarb die wesentlichen materiellen Betriebsmittel, soweit sie nicht bereits Gegenstand des Pachtvertrages waren, und übernahm die zu diesem Zeitpunkt bei der Beklagten beschäftigten Mitarbeiter.	5
Die O. N. Philharmonie GmbH & Co KG wurde am 15.09.2015 ins Handelsregister eingetragen, die persönlich haftende Beteiligungs-GmbH zuvor am 11.09.2015.	6
Mit Schreiben vom 12.09.2014, das nachmittags per Post versandt wurde, informierte die Beklagte die Klägerin über den Betriebsübergang. Dieses Schreiben lautet:	7
"Sehr geehrte Frau X.,	8
die O. N. Philharmonie GmbH & Co KG, C. str. 8, F., gesetzlich vertreten durch ihren alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer Herrn O. N., hat mit Wirkung zum 01.09.2014 den Geschäftsbetrieb in den Betriebsräumen der X. Gastronomie & Catering GmbH in der Philharmonie F. übernommen und ist in den bestehenden Pachtvertrag mit der Stadt Essen eingetreten.	9
Grund des Pächterwechsels zwischen der X. Gastronomie & Catering GmbH und O. N. Philharmonie GmbH & Co KG ist die Entscheidung, der Philharmonie F. eine leistungsfähige	10

Gastronomie unter neuer Führung zu erhalten. Herr O. N. hat in F. als Gastronom einen sehr guten Ruf. Wir gehen davon aus, dass für die Mitarbeiter der X. Gastronomie & Catering GmbH die Zusammenarbeit mit Herrn O. N. eine Bereicherung darstellen wird. Mit der Fortführung des Geschäftsbetriebs durch die O. N. Philharmonie GmbH & Co KG wird die gastronomische Versorgung der Philharmonie F. noch besser als bisher schon gewährleistet werden.

Arbeitsrechtlich stellt die Übernahme des Geschäftsbetriebs und der Eintritt in den Pachtvertrag mit der Stadt Essen durch die O. N. Philharmonie GmbH & Co KG einen Betriebsübergang im Sinne von § 613a BGB dar. Mit dem Betriebsübergang erfolgt ein Arbeitgeberwechsel; ihr zukünftiger Arbeitgeber ist mit Wirkung 01.09.2014 die O. N. Philharmonie GmbH & Co KG. 11

Diese tritt in alle Rechte und Pflichten der am 01.09.2014 bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Dies gilt auch für Ihr Arbeitsverhältnis. Ihre bei uns verbrachte Betriebszugehörigkeit wird von der O. N. Philharmonie GmbH & Co KG kraft Gesetzes ohne Unterbrechung fortgeschrieben. Alle bisherigen Arbeitsbedingungen gelten fort, künftig wird die O. N. Philharmonie GmbH & Co KG für alle Verpflichtungen hieraus eintreten. 12

Wir haften aus allen Verbindlichkeiten aus Ihrem Arbeitsverhältnis, die bis zum Betriebsübergang am 01.09.2014 entstehen und innerhalb eines Jahres fällig werden. Werden solche Verpflichtungen nach dem Zeitpunkt des Übergangs fällig, so ist unsere Haftung auf den Teil beschränkt, der vor dem Betriebsübergang bei uns erdient wurde. 13

Da die O. N. Philharmonie GmbH & Co KG unseren Betrieb übernommen hat und dessen Identität insoweit erhalten bleibt, gelten auch alle bei uns bestehenden Betriebsvereinbarungen unverändert weiter. 14

Schließlich ist eine Kündigung Ihres Arbeitsverhältnisses wegen des Betriebsüberganges unwirksam. Vielmehr setzt die Kündigung Ihres Arbeitsverhältnisses einen rechtlich anerkannten, z.B. betriebsbedingten Grund voraus. Entsprechende Maßnahmen sind von der O. N. Philharmonie GmbH & Co KG nicht beabsichtigt. Wie schon am 10.09.2014 mitgeteilt ist bis auf Weiteres eine unveränderte Fortführung des Betriebs in der Philharmonie F. vorgesehen. 15

Sie haben das Recht der Fortsetzung Ihres Arbeitsverhältnisses mit der O. N. Philharmonie GmbH & Co KG zu widersprechen. Ein etwaiger Widerspruch muss schriftlich innerhalb eines Monats nach Erhalt dieses Schreibens entweder zu unseren Händen oder gegenüber der O. N. Philharmonie GmbH & Co KG erklärt werden. 16

Soweit Sie in Erwägung ziehen von Ihrem Widerspruchsrecht Gebrauch zu machen, berücksichtigen Sie bitte, dass wir nach erfolgtem Betriebsübergang auf die O. N. Philharmonie GmbH & Co KG keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr für Sie haben und Ihr Arbeitsverhältnis betriebsbedingt beenden müssten." 17

Die Klägerin arbeitete weiter für die Betriebserwerberin. 18

Die Betriebserwerberin verhandelte - wie auch schon zuvor - weiter mit der Stadt Essen über die Verlängerung des Pachtvertrages. Abgeschlossen wurde - der Zeitpunkt des Abschlusses ist zwischen den Parteien streitig - ein Verlängerungsvertrag über drei Monate. Zu einer weiteren Verlängerung des Pachtvertrages kam es nicht. 19

Mit Schreiben vom 06.03.2015 kündigte die O. N. Philharmonie GmbH & Co KG das Arbeitsverhältnis der Klägerin zum 31.05.2015. Gegen die Kündigung hat die Klägerin vor dem Arbeitsgericht Essen - 5 Ca 715/15 - Kündigungsschutzklage erhoben.

Am 31.03.2015 schloss die O. N. Philharmonie GmbH & Co KG die Restauration in der Philharmonie. 21

Mit Schreiben vom 24.04.2015 widersprach die Klägerin gegenüber der Beklagten dem Betriebsübergang. Die Beklagte kündigte daraufhin mit Schreiben vom 28.04.2015 fristgemäß zum nächstmöglichen Termin, nach ihrer Berechnung zum 30.06.2015. 22

Mit ihrer am 27.04.2015 beim Arbeitsgericht Essen eingereichten Klage hat die Klägerin die Feststellung begehrt, dass sie in einem Arbeitsverhältnis zu der Beklagten steht. Mit Schriftsatz vom 04.05.2015, der Beklagten zugestellt am 07.05.2015, hat sie die Klage erweitert und die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung vom 28.04.2015 geltend gemacht. 23

Die Klägerin hat ausgeführt: 24

Die Beklagte habe sie nicht ordnungsgemäß über den Betriebsübergang unterrichtet mit der Folge, dass sie ihm auch noch nach acht Monaten habe widersprechen können. In dem Unterrichtungsschreiben sei die Betriebserwerberin mangels Angabe der persönlich haftenden Gesellschafterin nicht richtig bezeichnet. Auch sei die O. N. Philharmonie GmbH & Co KG zum Zeitpunkt der Unterrichtung noch nicht im Handelsregister eingetragen gewesen. Es finde sich weiter kein Hinweis darauf, dass der Pachtvertrag, in den die Erwerberin eingetreten sei, bis zum Jahresende befristet gewesen sei. Es sei keine ordnungsgemäße Information über die Grundlage des Betriebsübergangs erfolgt und nicht darüber, dass Verhandlungen über die Verlängerung des Pachtvertrages stattgefunden hätten. Auch die kollektivrechtlichen und tarifvertraglichen Rahmenbedingungen seien nicht angesprochen worden. Die Kündigung vom 28.04.2015 sei aus mehreren Gründen rechtsunwirksam und beachte nicht die für das Arbeitsverhältnis maßgebende gesetzliche Kündigungsfrist. 25

Die Klägerin hat beantragt 26

1.festzustellen, dass sie sich bei der Beklagten in einem ungekündigten und unbefristeten Arbeitsverhältnis befindet, 27

2.festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung vom 28.04.2015 weder zum 30.06.2015 noch zum 31.08.2015 aufgelöst wird. 28

Die Beklagte hat beantragt, 29

die Klage abzuweisen. 30

Sie hat vorgetragen: 31

Die Unterrichtung über den Betriebsübergang sei ordnungsgemäß erfolgt. Der Widerspruch sei verspätet, im Übrigen aber auch rechtsmissbräuchlich. Angesichts der Kündigung der Betriebserwerberin, die sie genehmige, sei das Arbeitsverhältnis nach der Entscheidung des LAG Köln vom 05.10.2007 - 11 Sa 257/07 - jedenfalls als gekündigtes auf sie zurückgefallen. Spätestens werde es durch ihre Kündigung beendet. 32

Mit Urteil vom 24.06.2015 hat das Arbeitsgericht Essen unter Abweisung der Klage im Übrigen festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 28.04.2015 nicht 33

zum 30.06.2015 beendet wird. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

Die Unterrichtung über den Betriebsübergang sei nicht ordnungsgemäß erfolgt. Die O. N. Philharmonie GmbH & Co KG habe es mangels Eintragung in das Handelsregister zum maßgeblichen Zeitpunkt der Abfassung des Unterrichtungsschreibens noch nicht gegeben. Die Klägerin habe ihr Widerspruchsrecht auch nicht verwirkt. Das Arbeitsverhältnis sei nicht im gekündigten Zustand auf die Beklagte zurückgefallen. Der Entscheidung des LAG Köln werde nicht gefolgt. Die Kündigung der Beklagten beende das Arbeitsverhältnis unter Beachtung der gesetzlichen Kündigungsfrist zum 31.08.2015. 34

Gegen das ihr am 25.06.2015 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit einem beim Landesarbeitsgericht am 15.07.2015 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit einem hier am 24.08.2015 eingereichten Schriftsatz begründet. 35

Die Klägerin hat gegen das ihr am 25.06.2015 zugestellte Urteil mit einem beim Landesarbeitsgericht am 23.07.2015 eingegangenen Schriftsatz ebenfalls Berufung eingelegt und diese mit einem hier am 27.08.2015 eingereichten Schriftsatz wieder zurückgenommen. 36

Die Beklagte, die mit am 21.08.2015 hier eingegangenen Schriftsätzen der Stadt Essen, der Grundstücksverwaltung der Stadt Essen GmbH, der O. N. Philharmonie GmbH & Co KG und Herrn O. N. den Streit verkündet hat, trägt im Wesentlichen vor: 37

Die Betriebserwerberin sei mit Gesellschaftervertrag am 03.09.2014 zusammen mit der Beteiligungsgesellschaft gegründet worden. Die Eintragung der Betriebserwerberin ins Handelsregister habe zum Zeitpunkt der Unterrichtung unmittelbar bevorgestanden. Jedenfalls sei der Widerspruch der Klägerin gegen den Betriebsübergang verwirkt. Die Betriebsschließung sei bereits am 20.02.2014 in der Presse bekanntgegeben worden. Die Klägerin habe sich gegen die Kündigung der Betriebserwerberin auch nicht nur mit der Kündigungsschutzklage gerichtet, sondern in dem Verfahren weiter die Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses beantragt. Sie habe damit aktiv ihre Zuordnung zu der Betriebserwerberin betrieben. Auch sei der Entscheidung des LAG Köln zu folgen. 38

Die Beklagte beantragt, 39

das Urteil des Arbeitsgerichts Essen vom 24.06.2015 - 6 Ca 1223/15 - abzuändern, soweit es der Klage stattgegeben hat, und die Klage insgesamt abzuweisen. 40

Die Klägerin beantragt, 41

die Berufung zurückzuweisen. 42

Sie verteidigt die Entscheidung des Arbeitsgerichts Essen und wiederholt ihren erstinstanzlichen Vortrag. 43

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Einzelnen wird auf den in der Berufungsinstanz mündlich vorgetragenen Inhalt der Akte ausdrücklich Bezug genommen. 44

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e: 45

A. 46

Die Berufung der Beklagten, gegen deren Zulässigkeit keine Bedenken bestehen, ist unbegründet. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin bestand trotz des Betriebsübergangs auf die 47

O. N. Philharmonie GmbH & Co KG bis zum 31.08.2015 zur Beklagten fort. Es ist weder durch die Kündigung der Betriebserwerberin vom 06.03.2015 zum 31.05.2015 aufgelöst worden noch durch die Kündigung der Beklagten vom 28.04.2015 zum 30.06.2015.

- I. Zwischen der Klägerin und der Beklagten bestand über den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zum 01.09.2014 hinaus ein Arbeitsverhältnis. 48
1. Streitgegenstand einer Kündigungsschutzklage mit einem Antrag nach § 4 Satz 1 KSchG ist, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien aus Anlass einer bestimmten Kündigung zu dem in ihr vorgesehenen Termin aufgelöst worden ist. Die begehrte Feststellung erfordert nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung eine Entscheidung über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt der Kündigung (BAG 26.03.2015 - 2 AZR 783/13 - Rn. 18, juris; BAG 26.09.2013 - 2 AZR 682/12 - Rn. 18, BAGE 146, 161; BAG 22.11.2012 - 2 AZR 732/11 - Rn. 19, juris). 49
2. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin bestand trotz des Betriebsübergangs auf die O. N. Philharmonie GmbH & Co KG mit der Beklagten fort. Die Klägerin hat dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses mit rechtlichem Erfolg widersprochen. 50
- a) Das Unterrichtungsschreiben vom 12.09.2014 entsprach nicht den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB, so dass es die Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht in Gang gesetzt hat. Das Schreiben, mit dem die Beklagte auch nach dem Betriebsübergang ordnungsgemäß hätte unterrichten können, informierte zwar ausreichend über die Betriebserwerberin, nicht aber ausreichend über die wirtschaftlichen Folgen des Betriebsübergangs iSv. § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB. Dazu hätte es einer Stellungnahme zu der Fortführung des Pachtvertrages mit der Stadt Essen bedurft. Ob die Unterrichtung - wie von der Klägerin geltend gemacht - mit weiteren Mängeln behaftet war, bedarf keiner Entscheidung. 51
- aa) Zwar sieht § 613a Abs. 5 BGB vor, dass die Unterrichtung über einen Betriebsübergang vor diesem zu erfolgen hat, damit die Frage des Übergangs von Arbeitsverhältnissen zeitnah geklärt werden kann (BT-Drucks. 14/7760 S. 19). Der Gesetzgeber geht jedoch zugleich davon aus, dass die Unterrichtung erst nach dem Betriebsübergang erfolgen kann und die Widerspruchsfrist erst dann zu laufen beginnt (BAG 13.07.2006 - 8 AZR 382/05 -, Rn. 36, juris; BAG 24.05.2005 - 8 AZR 398/04 - AP BGB § 613a Nr. 284). 52
- bb) Die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB wird nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der sich die Berufungskammer anschließt, nur durch eine ordnungsgemäße Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB in Lauf gesetzt (vgl. nur: BAG 26.03.2015 - 2 AZR 783/13 - Rn. 18, juris; BAG 14.11.2013 - 8 AZR 824/12 - Rn. 18 mwN). 53
- cc) Die Beklagte hat mit dem Unterrichtungsschreiben hinreichende Klarheit über die Identität der Betriebserwerberin geschaffen. 54
- (1) Eine ordnungsgemäße Unterrichtung über den Betriebsübergang beinhaltet zunächst die Information über die Person des Erwerbers. Dazu gehört die Firmenbezeichnung, die Angabe eines Firmensitzes, um das zuständige Handelsregister einsehen zu können, und die Angabe einer Geschäftsadresse, um gegebenenfalls einen Widerspruch gegenüber dem neuen Inhaber erklären zu können, § 613a Abs. 6 Satz 2 BGB. Bei Gesellschaften gehört, sofern eine vollständige gesetzliche Vertretung nicht angegeben wird oder angegeben werden kann, die Nennung einer identifizierbaren natürlichen Person mit Personalkompetenz als 55

Ansprechpartner des Betriebserwerbers dazu. Der Erwerber muss mithin konkret identifizierbar sein (BAG 23.07.2009 - 8 AZR 539/08 - Rn. 25, juris).

(2) Die Beklagte hat die "O. N. Philharmonie GmbH & Co. KG" als Betriebserwerberin genannt und in Abs. 3 Satz 2 des Unterrichtungsschreibens als neue Arbeitgeberin bezeichnet. Soweit das Arbeitsgericht die Auffassung vertreten hat, das Unterrichtungsschreiben sei schon deshalb fehlerhaft, weil es die "O. N. Philharmonie GmbH & Co. KG" mangels Eintragung in das Handelsregister zum damaligen Zeitpunkt noch nicht gegeben habe, folgt dem die Berufungskammer nicht. Die Betriebserwerberin war vor Abfassung des Unterrichtungsschreibens mit Gesellschaftervertrag am 03.09.2014 gegründet worden und unabhängig von der Handelsregistereintragung mit Aufnahme ihrer Geschäftstätigkeit entstanden. 56

(a) Hinsichtlich der Entstehung der KG im Außenverhältnis ist danach zu unterscheiden, ob das Handelsgewerbe, welches die Gesellschaft betreibt, kraft Gesetzes als solches besteht (§1 Abs. 2 HGB) oder ob die Tätigkeit der Gesellschaft erst mit Eintragung der KG im Handelsregister zum Handelsgewerbe wird (§§ 2, 3 und 105 Abs. 2 HGB). Beginnt die Gesellschaft mit Zustimmung der Gesellschafter ihre Tätigkeit vor ihrer Handelsregistereintragung und ist diese Tätigkeit gem. § 1 Abs. 2 HGB als Handelsgewerbe zu qualifizieren, so entsteht die KG im Außenverhältnis mit Aufnahme ihrer Tätigkeit (§ 161 Abs. 2 i.V.m. § 123 Abs. 2 HGB), die anschließende Handelsregistereintragung ist in diesem Fall nur deklaratorisch (Hesselmann/Tillmann Handbuch der GmbH & Co KG, 19. Aufl. 2005, § 4 Rn. 15,16). 57

(b) Das Betreiben einer Gaststätte ist ein Grundhandelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB. Dafür, dass die Führung des gastronomischen Betriebs in der Philharmonie F. einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert hätte (§ 4 HGB), besteht - zumal angesichts der Anzahl der beschäftigten Mitarbeiter - kein Anhaltspunkt (vgl. BGH 19.12.1977 - II ZR 202/76 - BGHZ 70, 132-142, Rn. 9). 58

(3) Auch soweit die Einsichtnahme in das Handelsregister den Mitarbeitern die Möglichkeit geben soll, sich über die Betriebserwerberin genauer zu informieren, bestehen keine Bedenken an der ordnungsgemäßen Unterrichtung, da die Klägerin diese Möglichkeit hatte. Da das Unterrichtungsschreiben nach Abfassung am Freitag, den 12.09.2014, nachmittags per Post versandt worden ist, wird die Klägerin das Schreiben frühestens am Samstag, den 13.09.2014, vielleicht aber auch erst am Montag, den 15.09.2014, erhalten haben. Sie hatte damit nach Zugang des Unterrichtungsschreibens während der gesamten einmonatigen Widerspruchsfrist ausreichend Gelegenheit, sich im Handelsregister über die Betriebserwerberin zu informieren. 59

(4) Das Unterrichtungsschreiben beinhaltet auch die erforderlichen Angaben zur Betriebserwerberin. Es ist die Geschäftsadresse benannt und mit "O. N." die maßgebende natürliche Person, die hinter der Betriebserwerberin stand und die als Ansprechpartner und Geschäftsführer der persönlich haftenden GmbH zur Verfügung stand und an die die Mitarbeiter sich wenden konnten. Soweit die Klägerin beanstandet, dass die persönlich haftende Beteiligungsgesellschaft nicht benannt war, ist dies nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG 23.07.2009 - 8 AZR 539/08 - Rn. 25, juris), der die Berufungskammer sich anschließt, entbehrlich. Die Unterrichteten konnten sich mit den ihnen erteilten Informationen ein ausreichendes Bild über die Betriebserwerberin machen und die persönlich haftende Gesellschafterin über das Handelsregister erfahren. 60

dd) Die Beklagte hat die Klägerin aber nicht vollständig über die wirtschaftlichen Folgen des Betriebsübergangs informiert.

(1) Der Arbeitnehmer soll durch die Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB eine ausreichende Tatsachengrundlage für eine sachorientierte Entscheidung darüber erhalten, ob er sein Widerspruchsrecht ausüben soll oder nicht (vgl. BT-Drs. 14/7760 S. 19). § 613a Abs. 5 BGB gebietet daher eine Information des Arbeitnehmers auch über die mittelbaren Folgen eines Betriebsübergangs - etwa darüber, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen beim Erwerber zu keiner Sicherung der Arbeitnehmer führen -, wenn darin ein relevantes Kriterium für einen möglichen Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses gesehen werden muss (BAG 14.11.2013 - 8 AZR 824/12 - Rn. 30, juris; BAG 31.01.2008 - 8 AZR 1116/06 - Rn. 32, juris). Zu den wirtschaftlichen Folgen iSv. § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB gehören auch solche Veränderungen, die sich den Bestimmungen des § 613a Abs. 1 bis Abs. 4 BGB nicht als unmittelbare rechtliche Folge entnehmen lassen (BAG 14.11.2013 - 8 AZR 824/12 - aaO für eine Sozialplanprivilegierung der Erwerberin nach § 112a Abs. 2 BetrVG; BAG 10.11.2011 - 8 AZR 430/10 - Rn. 28, juris).

62

(2) In dem Unterrichtungsschreiben ist ausgeführt, dass mit der Fortführung des Geschäftsbetriebs durch die O. N. Philharmonie GmbH & Co KG die gastronomische Versorgung der Philharmonie F. noch besser als bisher schon gewährleistet sei und bis auf Weiteres eine unveränderte Fortführung des Betriebs in der Philharmonie F. vorgesehen sei. Angesichts der Tatsache, dass der Pachtvertrag mit der Stadt Essen bis zum 31.12.2014 befristet war, eine Fortführung des gastronomischen Betriebs durch die Beklagte nicht in Betracht kam, vielmehr seit Beginn des Jahres 2014 ein neuer Pächter gesucht worden war, konnte die mit dem Unterrichtungsschreiben übermittelte positive Botschaft von den Mitarbeitern nur so verstanden werden, dass es weiter gehe, ihre Arbeitsplätze wieder gesichert seien und die Entscheidung über eine Verlängerung des Pachtverhältnisses gefallen sei. Dies umso mehr, als der Hinweis auf den Eintritt "in den bestehenden Pachtvertrag mit der Stadt Essen" und die bereits zum 01.09.2014 erfolgte Betriebsübernahme durch die neue Pächterin schon die Vermutung nahe legten, der Pachtvertrag mit der Stadt Essen sei verlängert worden. Denn für nur wenige Monate machte der Betriebsübergang wirtschaftlich keinen Sinn, zumal es sich um keinen kleinen gastronomischen Betrieb in der Philharmonie F. handelt und nach den Angaben der Beklagtenvertreterin im Termin zur mündlichen Verhandlung vor der Berufungskammer von erheblichen Investitionen der Betriebserwerberin die Rede war. Tatsächlich war der Pachtvertrag indes nicht verlängert worden. Anders als es das Unterrichtungsschreiben dem sorgfältigen Leser nahe legt, war die Fortführung des Geschäftsbetriebs durch die Betriebserwerberin zum Zeitpunkt des Unterrichtungsschreibens mangels Unterzeichnung des Verlängerungsvertrages rechtlich noch nicht gesichert. Zwar waren offensichtlich alle Seiten in sicherer Erwartung, dass es zu einer solchen Verständigung kommen werde, anders lässt sich die tatsächliche Betriebsübernahme auch nicht erklären. Letztlich ist die Verlängerung aber doch gescheitert. Zur vollständigen Unterrichtung der Mitarbeiter und um einen falschen Eindruck über die Verlängerung des Pachtvertrages zu vermeiden, hätte es daher des Hinweises bedurft, dass trotz aller positiven Tendenzen, die Verhandlungen über die Verlängerung des Pachtvertrages noch nicht abgeschlossen waren und der Vertrag noch nicht unterzeichnet war. Diese Information war für die Mitarbeiter auch wichtig, da sie Folgen für die Arbeitsverhältnisse hatte. Entgegen des vermittelten Eindrucks waren die Arbeitsplätze bei der Betriebserwerberin mangels Abschluss des Verlängerungsvertrages gerade noch nicht gesichert. Zwar waren sie das bei der Beklagten erst recht nicht. Die verbleibende Unsicherheit auch bei der Betriebserwerberin hätte aber ihre Entscheidung über die Ausübung ihres Widerspruchsrechts beeinflussen können. Damit hatte ihnen die

63

Unterrichtung keine ausreichende, weil unrichtige Wissensgrundlage für die Ausübung oder Nichtausübung ihres Widerspruchsrechts verschafft.

(3) Soweit in der Berufungsinstanz unstreitig geworden ist, dass ein Verlängerungsvertrag mit der Betriebserwerberin - für drei Monate - geschlossen worden ist, ändert sich dadurch die Beurteilung nicht. Der Umstand, dass eine nur kurzzeitige Verlängerung vereinbart wurde, weist deutlich darauf hin, dass es sich insoweit nur um eine Zwischenlösung gehandelt hat, weil die Verhandlungen über den eigentlich erwarteten langfristigen Vertrag noch nicht abgeschlossen waren und die Vertragspartner die Hoffnung hatten, sich noch abschließend verständigen zu können. Das würde auch dafür sprechen, dass der Verlängerungsvertrag, wie von der Klägerin behauptet, erst nach der Abfassung des Unterrichtungsschreibens - vermutlich vor Auslaufen des Pachtvertrages - vereinbart worden ist. Letztlich konnte das aber dahingestellt bleiben. 64

(4) Es bedurfte keiner Darlegung durch die Klägerin, dass sie im Falle einer ordnungsgemäßen Unterrichtung innerhalb der in Gang gesetzten Monatsfrist nach § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB widersprochen hätte. Für die wirksame Ausübung des Widerspruchsrechtes sieht das Gesetz eine Kausalität zwischen der fehlerhaften Information und dem nicht ausgeübten Widerspruchsrecht nicht vor (BAG 22.01.2009 - 8 AZR 808/07 -, Rn. 30, juris; BAG 20.03.2008 - 8 AZR 1016/06 - Rn. 36, juris mit Verweis auf BAG 14.12.2006 - 8 AZR 763/05 - Rn. 42, AP BGB § 613a Nr. 318). Dies gilt auch dann, wenn der Widerspruch bei einer nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung erst nachträglich ausgeübt wird. (BAG 22.01.2009 - 8 AZR 808/07 -, Rn. 30, juris; BAG 20.03.2008 - 8 AZR 1016/06 - aaO). 65

b) Die Klägerin hat ihr Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB nicht nach § 242 BGB verwirkt. Das dafür erforderliche Umstandsmoment liegt nicht vor. 66

aa) Das Arbeitsgericht hat die allgemeinen Grundsätze, die für die Verwirkung von Rechten gelten, zutreffend dargestellt. Die Verwirkung dient dem Vertrauensschutz. Deshalb kann allein der Zeitablauf nicht zur Verwirkung eines Rechts führen. Zu dem Zeitpunkt müssen vielmehr besondere Umstände sowohl im Verhalten des Berechtigten als auch des Verpflichteten hinzutreten (Umstandsmoment), die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen. Dabei muss der Berechtigte unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erwecken konnten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (BAG 17.06.2014 - 3 AZR 412/13 - Rn. 62, juris; BAG 10.12.2013 - 3 AZR 832/11 - Rn. 73 mwN). 67

bb) Es kann dahinstehen, ob vorliegend das Zeitmoment erfüllt ist. Entsprechend kommt es entgegen der Auffassung der Beklagten nicht darauf an, dass die Mitarbeiter wahrscheinlich schon Ende Februar 2015 im Zusammenhang mit den Presseveröffentlichungen von der Schließung des gastronomischen Betriebs in der Philharmonie F. erfahren haben. Es fehlt bereits am Umstandsmoment. Die Klägerin hat durch ihr Verhalten, insbesondere durch ihre Weiterarbeit bei der Betriebserwerberin und durch ihre Kündigungsschutzklage gegen die von ihr ausgesprochene Kündigung vom 06.03.2015 das Umstandsmoment nicht verwirklicht. 68

(1) Das Umstandsmoment ist erfüllt, wenn der Arbeitgeber aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers annehmen durfte, er habe den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber akzeptiert (vgl. BAG 23.07.2009 - 8 AZR 539/08 -, Rn. 57, juris; BAG 27.11.2008 - 8 AZR 188/07 - juris; BAG 21.08.2008 - 8 AZR 407/07 - AP BGB § 613a Nr. 348). Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer über den Bestand seines 69

Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Betriebserwerber disponiert hat (vgl. BAG 27.11.2008 - 8 AZR 174/07 - NZA 2009, 552; BAG 20.03.2008 - 8 AZR 1016/06 - NZA 2008, 1354). Allein der Umstand, dass der Arbeitnehmer (zunächst) widerspruchslos beim Betriebserwerber weiterarbeitet, stellt keine Disposition über den Bestand des Arbeitsverhältnisses dar (vgl. BAG 23.07.2009 - 8 AZR 539/08 -, Rn. 57, juris; BAG 27.11.2008 - 8 AZR 225/07 - juris; BAG 24.07.2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347). Auch soweit der Arbeitnehmer die Kündigung des Betriebserwerbers mit einer Kündigungsschutzklage beantwortet hat, ist dies kein Umstandsmoment. Durch die Kündigungsschutzklage will er nur den Bestand des Arbeitsverhältnisses sichern, nicht aber über ihn disponieren (st. Rspr., vgl. BAG 14.11.2013 - 8 AZR 824/12 -, Rn. 32, juris; BAG 2. April 2009 - 8 AZR 178/07- Rn. 27, AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 9). Als Disposition über den Bestand des Arbeitsverhältnisses stellen sich nur solche Vereinbarungen oder Verhaltensweisen des Arbeitnehmers dar, durch welche es zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt, z.B. Abschluss eines Aufhebungsvertrages bzw. die Hinnahme einer vom Betriebserwerber ausgesprochenen Kündigung oder durch welche das Arbeitsverhältnis auf eine völlig neue rechtliche Grundlage gestellt wird (z.B. die Begründung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses) (vgl. BAG 17.10.2013 - 8 AZR 974/12 -, Rn. 32, juris; BAG 22.04.2010 - 8 AZR 805/07 - Rn. 37, juris ; BAG 21.01.2010 - 8 AZR 870/07 - Rn. 33 f. juris; BAG 27.11.2008 - 8 AZR 225/07 - Rn. 37, juris).

(2) Eine solche Disposition der Klägerin über den Bestand ihres Arbeitsverhältnisses hat im Streitfall nicht vorgelegen. Den obigen Grundsätzen folgend, ist weder die Fortsetzung der Tätigkeit der Klägerin ab dem 1.09.2014 bei der O. N. Philharmonie GmbH & Co KG noch die Erhebung der Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung der Betriebserwerberin vom 06.03.2015 geeignet, das Umstandsmoment zu erfüllen. Auch soweit die Klägerin im Rahmen dieses Kündigungsschutzverfahrens den von der Beklagten zitierten Feststellungsantrag gestellt hat, hat sie keine Umstände gesetzt, die ein Vertrauen der Beklagten in die Nichtausübung des Widerspruchsrechts rechtfertigen könnten. Auch mit diesem allgemeinen Feststellungsantrag hat sie - wie mit dem Kündigungsschutzantrag - nur den Bestand des Arbeitsverhältnisses sichern, nicht aber über den Bestand disponieren wollen. 70

II. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin ist nicht im gekündigten Zustand an die Beklagte zurückgefallen. Die Kündigung der Betriebserwerberin vom 06.03.2015 wirkt nicht für und gegen die Beklagte. Die Berufungskammer schließt sich insoweit den zutreffenden Erwägungen des Arbeitsgerichts an. 71

1. Wird das Widerspruchsrecht nach dem Betriebsübergang vom Arbeitnehmer ausgeübt, wirkt es auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück (sog. ex-tunc-Wirkung; st. Rspr., vgl. nur BAG 16.04.2013 - 9 AZR 731/11 - Rn. 26 juris; BAG 23.07.2009 - 8 AZR 538/08 - Rn. 51, BAGE 131, 258-276; BAG 13.07.2006 - 8 AZR 305/05 - Rn. 41 mwN, AP BGB § 613a Nr. 312). Der Widerspruch führt dazu, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien ununterbrochen fortbestand (BAG 16.04.2013 - 9 AZR 731/11 - Rn. 26, juris; BAG 13.07.2006 - 8 AZR 305/05 - Rn. 39, juris) mit der Folge, dass kein Arbeitsverhältnis zu dem Betriebserwerber bestanden hat. Da der Widerspruch mithin keinen Fall einer Rechtsnachfolge auslöst, kann das Arbeitsverhältnis im Falle der zwischenzeitlichen Kündigung des Betriebserwerbers auch nicht im gekündigten Zustand auf den Betriebsveräußerer zurückfallen. 72

2. Die Kündigung der Betriebserwerberin vom 06.03.2015 ist von einer Nichtberechtigten ausgesprochen worden und konnte von der Beklagten nicht genehmigt werden. Soweit das Landesarbeitsgericht Köln mit Urteil vom 05.10.2007 - 11 Sa 257/07 - die Auffassung vertreten hat, eine Kündigung des Betriebserwerbers nach einem erfolgten Betriebsübergang 73

und vor der wirksamen Ausübung eines - rückwirkenden - Widerspruchs des Arbeitnehmers gegen den Betriebsübergang, wirke unmittelbar für und gegen den Betriebsveräußerer, sofern dieser die Kündigung zumindest konkludent genehmige, folgt dem die Berufungskammer nicht.

a) Das LAG Köln ist von der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 24.08.2006 - 8 AZR 574/05 - ausgegangen. Danach wirkt ein zwischen dem Betriebsveräußerer und dem Arbeitnehmer geschlossener Prozessvergleich über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses für und gegen den Betriebserwerber, wenn der Vergleichsabschluss nach dem Betriebsübergang erfolgt und dem Arbeitnehmer dieser auch bekannt war. Der Betriebsveräußerer handele in diesem Fall als Vertreter zumindest auch im Namen des Betriebserwerbers. Dies gelte jedenfalls dann, wenn der (unterstellte) Betriebsübergang nach Klageerhebung erfolgt sei und der Betriebsveräußerer damit den Prozess im eigenen Namen in gesetzlicher Prozessstandschaft weiterführen dürfe. Das Landesarbeitsgericht Köln hat die Auffassung vertreten, wegen der ähnlichen Interessenlage könne nichts anderes gelten, wenn im umgekehrten Fall der Betriebserwerber nach einem erfolgten Betriebsübergang und vor der wirksamen Ausübung eines - rückwirkenden - Widerspruchs des Arbeitnehmers gegen den Betriebsübergang das Arbeitsverhältnis kündigt, sofern der Betriebsveräußerer diese Kündigung zumindest konkludent genehmigt. Ebenso wie eine Beendigungsvereinbarung sei eine Kündigung, auch wenn diese vom Betriebserwerber zunächst ohne Vertretungsmacht ausgesprochen worden sei, nach §§ 177 Abs. 1, 184 Abs. 1, 180 Satz 2 BGB genehmigungsfähig. 74

b) Anders als im Ausgangsfall des Bundesarbeitsgerichts und anders als das LAG Köln in der zitierten Entscheidung angenommen hat, handelt der Betriebserwerber nach dem Betriebsübergang und vor der wirksamen Ausübung eines - rückwirkenden - Widerspruchs des Arbeitnehmers gegen den Betriebsübergang nach Auffassung der Berufungskammer nicht als Vertreter. Nach § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB ist es zwar unerheblich, ob ein Vertreter ausdrücklich im fremden Namen handelt, oder ob dies die Umstände ergeben. Vor Kenntnis von einem - rückwirkenden - Widerspruch und ohne jeglichen Hinweis darauf, dass es dazu kommen könne, bestehen aber - anders als in dem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall - keine Anhaltspunkte dafür, dass der Betriebserwerber zumindest auch im fremden Namen, im Namen des Betriebsveräußerers, handeln könnte. Vielmehr handelt er, wenn er eine Kündigung ausspricht, ausschließlich im eigenen Namen. Handelt der Betriebserwerber aber nicht als Vertreter, scheidet eine Genehmigung der Erklärung durch den Betriebsveräußerer gemäß §§ 180 Satz 2, 177 Abs. 1 BGB aus. 75

III. Die Kündigung der Beklagten vom 28.04.2015 hat das Arbeitsverhältnis nicht zum 30.06.2015 aufgelöst. Soweit das Arbeitsgericht die gesetzliche Kündigungsfrist für maßgebend gehalten hat, ist dem die Beklagte in der Berufungsinstanz nicht mehr entgegengetreten. 76

B. 77

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1 Satz 1, 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO i.V.m. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG. Ausgehend von dem erstinstanzlich festgesetzten Streitwert in Höhe von insgesamt sechs Bruttomonatsgehältern (11.412,- €) ist das von der Beklagten mit ihrer Berufung verfolgte Interesse hinsichtlich des erstinstanzlich nur teilweise zugesprochenen Kündigungsschutzantrags mit zwei Bruttomonatsgehältern und das von der Klägerin mit ihrer Berufung verfolgte Interesse mit vier Bruttomonatsgehältern angesetzt worden. Unter Berücksichtigung der Gebührenermäßigung wegen der erklärten Berufungsrücknahme durch die Klägerin und angesichts des Unterliegens der Beklagten mit ihrer Berufung ergibt sich 78

eine Kostenquote von 29% für die Klägerin und von 71% für die Beklagte.

Da die Voraussetzungen einer Divergenzrevision vorliegen, bestand für die Zulassung der Revision an das Bundesarbeitsgericht ein gesetzlicher Grund (vgl. § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG). 79

RECHTSMITTELBELEHRUNG 80

Gegen dieses Urteil kann von der beklagten Partei 81

REVISION 82

eingelegt werden. 83

Für die klagende Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben. 84

Die Revision muss innerhalb einer Notfrist* von einem Monat schriftlich oder in elektronischer Form beim 85

Bundesarbeitsgericht 86

Hugo-Preuß-Platz 1 87

99084 Erfurt 88

Fax: 0361-2636 2000 89

eingelegt werden. 90

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung. 91

Die Revisionsschrift muss von einem Bevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen: 92

1.Rechtsanwälte, 93

2.Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder, 94

3.Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. 95

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben. 96

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten. 97

Bezüglich der Möglichkeit elektronischer Einlegung der Revision wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I 98

Seite 519) verwiesen.

* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.

99

GöttlingGallWesendonk

100