

Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 24. Februar 2011
- 8 AZR 413/09 -

I. Arbeitsgericht Solingen

Urteil vom 26. Januar 2007
- 2 Ca 122/06 lev -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 27. Mai 2009
- 7 Sa 443/07 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Betriebsübergang - fehlerhafte Unterrichtung - Widerspruch - Verwirkung

Gesetz:

BGB §§ 242, 613a

Leitsätze:

keine



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 413/09
7 Sa 443/07
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Februar 2011

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Februar 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Breinlinger sowie den ehrenamtlichen Richter Lücken und die ehrenamtliche Richterin Wankel für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 27. Mai 2009 - 7 Sa 443/07 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung auch über die Kosten des Revisionsverfahrens an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten, ob zwischen ihnen über den 1. November 2004 hinaus ein Arbeitsverhältnis fortbesteht und inwieweit die Beklagte zur Zahlung von Arbeitsvergütung verpflichtet ist. 1

Die Klägerin war seit 1981 bei der Beklagten, zuletzt als „Leiterin der Planung und Steuerung“ im Geschäftsbereich C I (CI) beschäftigt. 2

Dieser Geschäftsbereich verzeichnete seit mehreren Jahren Umsatzrückgänge, welche die Beklagte zu Personalabbaumaßnahmen veranlassten. 3

Mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 informierte die Beklagte die Klägerin über die beabsichtigte Übertragung des Geschäftsbereichs CI auf die A GmbH. In diesem Schreiben heißt es ua.: 4

„...“

die A-G AG plant, den Geschäftsbereich C I (CI) mit Wirkung zum 1. November 2004 auf die A GmbH zu übertragen.

Für die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter, die dem Geschäftsbereich CI zugeordnet sind, führt diese Übertragung zu einem automatischen Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse. Dies ist in § 613 a BGB geregelt, dessen Bestimmungen auf den Übergang zwingend anwendbar



sind. § 613 a Absatz 5 BGB sieht eine schriftliche Information des von einem solchen Übergang betroffenen Arbeitnehmers vor, der nach § 613 a Absatz 6 BGB dem Übergang auch widersprechen kann.

Diese Bestimmungen lauten:

„Der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber hat die von einem Übergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang in Textform zu unterrichten über:

1. den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs,
2. den Grund für den Übergang,
3. die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und
4. die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen.

Der Arbeitnehmer kann dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach Absatz 5 schriftlich widersprechen. Der Widerspruch kann gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber oder dem neuen Inhaber erklärt werden.’

Ihr Arbeitsverhältnis ist dem Geschäftsbereich CI zugeordnet und würde deshalb mit dem 1. November 2004 auf A GmbH übergehen.

...

1. Zum geplanten Zeitpunkt des Übergangs:

Das Datum des geplanten Übergangs ist der 1. November 2004.

2. Zum Grund für den Übergang:

Grund des Übergangs ist die rechtliche Ver selbständigung des Geschäftsbereichs CI in der A GmbH und deren anschließende Veräußerung an N GmbH.

A GmbH mit Sitz in L umfasst das gesamte bisherige CI-Geschäft der A-G AG, also die Geschäftsfelder Film, Finishing und Laborgeräte. A GmbH übernimmt das Vermögen von CI. Hierzu gehören insbesondere Produktionsanlagen, Markenzeichen, Patente und technologisches Know-how, Vorräte und Forderungen.

...

Das Unternehmen wird mit einem guten Eigenkapital ausgestattet und verfügt über hohe Liquidität, um unerwartet auftretende Risiken bewältigen, in neue



Geschäfte investieren und Marktchancen besser nutzen zu können.

3. Zu den rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer:

Mit dem Übergang des Geschäftsbereichs CI tritt A GmbH in die bestehenden, unveränderten Arbeitsverhältnisse ein. Zur Klärung und Regelung der Einzelheiten haben A-G AG, A GmbH, Gesamtbetriebsrat der A-G AG sowie die örtlichen Betriebsräte am 24. September 2004 eine Überleitungsvereinbarung ‚zur Klärung der rechtlichen Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse betroffener Arbeitnehmer, auf die kollektiv-rechtlichen Regelungen sowie auf die betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen‘ abgeschlossen, die davon geprägt ist, so weit wie möglich Kontinuität zu wahren:

- Die bei der A-G AG verbrachten und/oder von ihr anerkannten Dienstjahre werden als Dienstzeit bei A GmbH anerkannt.
- Die Zugehörigkeit zu den Arbeitgeberverbänden der Chemischen Industrie wird auch bei A GmbH bestehen, d.h. es bleibt bei den Chemie-Tarifen.

...

...

5. Zu Ihrer persönlichen Situation:

Ihr Arbeitsverhältnis wird nach unserer Planung von dem geplanten Personalabbau gemäß Ziffer 4 betroffen sein. Die Zustimmung des Betriebsrats und des Sprecherausschusses zu Ihrer Aufnahme in die Namensliste liegt derzeit noch nicht vor. Insofern sind Verhandlungen mit dem Betriebsrat und dem Sprecherausschuss noch nicht abgeschlossen. Sie müssen jedoch damit rechnen, nach Abschluss dieser Verhandlungen mit oder ohne Ihre Aufnahme in die Namensliste der zur Kündigung vorgesehenen Mitarbeiter eine Kündigung zu erhalten.

Zur Milderung wirtschaftlicher Nachteile stehen Ihnen dann die für leitende Angestellte im Unternehmen üblichen Leistungen zu.

Die geplante Kündigung wirkt sich auf den Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses nicht aus.

Ihr Arbeitsverhältnis geht trotzdem über und Sie sind verpflichtet, Ihre Tätigkeit bei A GmbH fortzuführen.



Die nachfolgend dargestellten Konsequenzen eines eventuellen Widerspruchs treffen auch in Ihrem Falle zu.

6. Zum Widerspruchsrecht:

Sie haben das Recht, dem Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH binnen einer Frist von einem Monat ab Zugang dieses Schreibens schriftlich zu widersprechen. Die Erklärung kann nicht einseitig zurückgenommen oder widerrufen werden. Sie kann auch nicht an eventuelle Bedingungen geknüpft werden.

Sollten Sie dem Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses widersprechen wollen, müsste das schriftlich mit einer von Ihnen unterschriebenen Erklärung innerhalb dieser Frist erfolgen. Eventuelle Widerspruchsschreiben richten Sie bitte ausschließlich an:

...

7. Zu den Folgen eines Widerspruchs:

Im Falle eines fristgerechten Widerspruchs bleibt Ihr Arbeitsverhältnis bei der A-G AG und geht nicht auf die A GmbH über.

Da nach dem Übergang des vollständigen Geschäftsbereichs CI auf A GmbH Ihr bisheriger Arbeitsplatz bei A-G AG nicht mehr vorhanden sein wird und eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nicht besteht, müssen Sie daher im Falle der Ausübung Ihres Widerspruchsrechts mit der Kündigung Ihres Arbeitsverhältnisses durch A-G AG rechnen.

Wir weisen Sie ausdrücklich darauf hin, dass nach der eindeutigen Regelung in der mit dem Gesamtbetriebsrat der A-G AG und den örtlichen Betriebsräten vereinbarten Überleitungsvereinbarung in diesem Fall kein Anspruch auf eine Abfindung besteht, weder gegenüber der A-G AG, noch gegenüber A GmbH. Im Falle eines Widerspruchs müssen Sie deshalb damit rechnen, Ihren Arbeitsplatz ohne jede finanzielle Leistung zu verlieren. Außerdem sind bei einer eventuellen Arbeitslosigkeit nach einem Widerspruch Ihre Ansprüche auf Leistungen der Agentur für Arbeit in Frage gestellt.

Wir empfehlen Ihnen daher dringend, von einem Widerspruch abzusehen.

...“



Mit Wirkung zum 1. November 2004 wurde der Geschäftsbereich CI 5
ausgliedert und auf die neu gegründete A GmbH übertragen. Die Klägerin
widersprach dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf diese GmbH zu-
nächst nicht und arbeitete bis zum 31. Oktober 2005 auf ihrem bisherigen
Arbeitsplatz weiter.

Die A GmbH kündigte der Klägerin mit Schreiben vom 13. Dezember 6
2004 „aus dringend betrieblichen Erfordernissen“ zum 31. Dezember 2005.
Gegen diese Kündigung erhob die Klägerin keine Kündigungsschutzklage.

Unter dem Datum des 29. Oktober 2004 hatte die Beklagte der Klägerin 7
schriftlich mitgeteilt:

„... hiermit bestätigen wir Ihnen, dass Sie bei einer be-
triebsbedingten Beendigung des Anstellungsverhältnisses
zum 31.12.2005 eine Abfindung in Höhe von derzeit
109.125,00 EUR brutto erhalten.

Die Auszahlung erfolgt unter Berücksichtigung der steuer-
lichen Vorschriften. Bezüglich des Auszahlungszeitpunkts
der Abfindung besteht die Möglichkeit, die Auszahlung im
Januar 2006 vorzunehmen.

Die Beendigung des Anstellungsverhältnisses berührt
nicht den Anspruch der anlässlich von Dienstjubiläen
gewährten Leistungen.“

Im Mai 2005 stellte die A GmbH Antrag auf Eröffnung des Insolvenzver- 8
fahrens, welches am 1. August 2005 eröffnet wurde.

Die Klägerin widersprach mit Schreiben vom 23. Juni 2005 gegenüber 9
der Beklagten dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH wegen
nicht ausreichender Unterrichtung über den Betriebsübergang.

Die Klägerin meint, sie habe dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses 10
auf die A GmbH noch im Juni 2005 wirksam widersprechen können, weil sie bis
dahin nicht ordnungsgemäß iSd. § 613a Abs. 5 BGB über den Betriebsüber-
gang unterrichtet worden sei. So rügt sie insbesondere eine falsche Information
über die Liquidität der Betriebserwerberin. Für die Zeit ab dem 1. November
2004 macht die Klägerin Vergütungsansprüche gegen die Beklagte geltend.



Die Klägerin hat - soweit der Rechtsstreit in die Revisionsinstanz gelangt ist - beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien ein Anstellungsvertragsverhältnis besteht.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an sie 6.038,00 Euro brutto (Gehalt November 2005) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld iHv. 1.878,90 Euro nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Dezember 2005 zu zahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an sie 6.038,00 Euro brutto (Gehalt Dezember 2005) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld iHv. 1.878,90 Euro netto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2006 zu zahlen.
4. Die Beklagte wird verurteilt, an sie 6.038,00 Euro brutto (Gehalt Januar 2006) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld iHv. 1.878,90 Euro netto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Februar 2006 zu zahlen.
5. Die Beklagte wird verurteilt, an sie 6.038,00 Euro brutto (Gehalt Februar 2006) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld iHv. 1.878,90 Euro netto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. März 2006 zu zahlen.
6. Die Beklagte wird verurteilt, an sie 6.038,00 Euro brutto (Gehalt März 2006) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld iHv. 1.878,90 Euro netto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. April 2006 zu zahlen.
7. Die Beklagte wird verurteilt, an sie 6.038,00 Euro brutto (Gehalt April 2006) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld iHv. 1.878,90 Euro netto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Mai 2006 zu zahlen.
8. Die Beklagte wird verurteilt, an sie 6.038,00 Euro brutto (Gehalt Mai 2006) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld iHv. 1.878,90 Euro netto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juni 2006 zu zahlen.
9. Die Beklagte wird verurteilt, an sie 6.038,00 Euro brutto (Gehalt Juni 2006) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld iHv. 1.878,90 Euro netto nebst



Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juli 2006 zu zahlen.

10. Die Beklagte wird verurteilt, an sie 6.038,00 Euro brutto (Gehalt Juli 2006) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld iHv. 1.878,90 Euro netto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. August 2006 zu zahlen.
11. Die Beklagte wird verurteilt, an sie 6.038,00 Euro brutto (Gehalt August 2006) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld iHv. 1.878,90 Euro netto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. September 2006 zu zahlen.
12. Die Beklagte wird verurteilt, an sie 6.038,00 Euro brutto (Gehalt September 2006) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld iHv. 1.878,90 Euro netto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Oktober 2006 zu zahlen.
13. Die Beklagte wird verurteilt, an sie 6.038,00 Euro brutto (Gehalt Oktober 2006) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld iHv. 1.878,90 Euro netto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. November 2006 zu zahlen.
14. Die Beklagte wird verurteilt, an sie 6.038,00 Euro brutto (Gehalt November 2006) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld iHv. 1.878,90 Euro netto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Dezember 2006 zu zahlen.
15. Die Beklagte wird verurteilt, an sie 6.038,00 Euro brutto (Gehalt Dezember 2006) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld iHv. 1.878,90 Euro netto nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Dezember 2006 zu zahlen.
16. Die Beklagte wird verurteilt, an sie 6.038,00 Euro brutto (Jubiläumsgeld) nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2006 zu zahlen.
17. Die Beklagte wird verurteilt, an sie 887,84 Euro brutto (Bonus 2004) nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2006 zu zahlen.



18. Die Beklagte wird verurteilt, an sie 4.050,00 Euro brutto (Sondervergütung 2005) nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2006 zu zahlen.
19. Die Beklagte wird verurteilt, an sie 14.850,00 Euro brutto (Sondervergütung 2006) nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2007 zu zahlen.
20. Die Beklagte wird verurteilt, an sie 7.088,00 Euro brutto (anteilige Sondervergütung für das Jahr 2005) nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Mai 2006 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und mittels Widerklage die 12
Zurückzahlung der aufgrund des vorläufig vollstreckbaren arbeitsgerichtlichen
Urteils an die Klägerin geleisteten Zahlungen verlangt.

Sie beruft sich darauf, ihr Informationsschreiben vom 22. Oktober 2004 13
habe den Erfordernissen des § 613a Abs. 5 BGB genügt. Der Widerspruch der
Klägerin sei verspätet, da er nicht innerhalb der einmonatigen Widerspruchsfrist
nach Zugang des Unterrichtungsschreibens erhoben worden sei. Zumindest sei
das Widerspruchsrecht der Klägerin jedoch verwirkt.

Mit Ausnahme eines Anspruchs auf einen Bonus für das Jahr 2004 iHv. 14
739,86 Euro brutto stünden der Klägerin gegen sie keine Vergütungsansprüche
zu.

Das Arbeitsgericht hat dem zunächst nur hilfsweise gestellten Fest- 15
stellungsantrag in vollem Umfange und der auf Zahlung von Arbeitsvergütung
gerichteten Zahlungsklage teilweise stattgegeben. Die Berufung der Beklagten
hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin
hat es die Beklagte noch zur Zahlung der anteiligen Sondervergütung für 2005
verurteilt und die klägerische Berufung im Übrigen zurückgewiesen. Mit der vom
Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klage-
abweisungsantrag weiter, während die Klägerin die Zurückweisung der
Revision beantragt.



Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. 16

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: 17

Das Schreiben der Beklagten vom 22. Oktober 2004, mit dem sie die Klägerin über den Betriebsteilübergang unterrichtet habe, genüge nicht den Anforderungen des § 613a BGB. Wegen der fehlerhaften Unterrichtung der Klägerin habe für diese die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht zu laufen begonnen. Das Widerspruchsrecht sei auch nicht verwirkt. Es fehle für eine Verwirkung am Vorliegen des Umstandsmoments. Allein die tatsächliche Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit der A GmbH reiche dafür nicht aus. Durch die Nichterhebung einer Klage gegen die von der A GmbH am 13. Dezember 2004 ausgesprochene ordentliche Kündigung habe die Klägerin ebenfalls kein im Rahmen der Verwirkung zu berücksichtigendes Umstandsmoment gesetzt. Auch habe die Beklagte wegen der fehlerhaften Unterrichtung nicht darauf vertrauen dürfen, die Klägerin werde ihr Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben. Die geltend gemachten Vergütungsansprüche stünden der Klägerin in der ausgeurteilten Höhe wegen des Annahmeverzugs der Beklagten zu. Der Anspruch auf das begehrte Jubiläumsgeld ergebe sich aus der Gesamtbetriebsvereinbarung vom 1. Dezember 1987. 18

II. Die Begründung des Landesarbeitsgerichts, mit der es der Feststellungsklage stattgegeben hat, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 19

1. Ob zwischen den Parteien ab dem 1. November 2004, dem Zeitpunkt des Übergangs des Geschäftsbereichs CI auf die A GmbH im Wege eines Betriebsteilübergangs (§ 613a BGB), ein Arbeitsverhältnis noch bestanden hat, weil die Klägerin dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH wirksam widersprochen hat, durfte der Senat nicht entscheiden, weil die Sache 20



insoweit nicht entscheidungsreif war (§ 563 Abs. 3 ZPO iVm. § 72 Abs. 5 ArbGG).

2. Die Unterrichtung der Klägerin durch die Beklagte mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 über den am 1. November 2004 erfolgenden Betriebsteilübergang entsprach nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB (vgl. Senat 22. April 2010 - 8 AZR 871/07 -; 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - BAGE 128, 328 = AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106 und 12. November 2009 - 8 AZR 530/07 - NJW 2010, 1302 zu im Wesentlichen gleich gelagerten Unterrichtungen). Daher war deren Widerspruch im Juni 2005 nicht verspätet, weil die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht mit Zugang der Unterrichtung zu laufen begonnen hatte (st. Rspr., vgl. Senat 22. April 2010 - 8 AZR 871/07 -; 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - aaO und 12. November 2009 - 8 AZR 530/07 - aaO). 21
3. Die Klägerin könnte ihr Widerspruchsrecht allerdings verwirkt haben. 22
- a) Der Begründung des Landesarbeitsgerichts, mit welcher dieses eine Verwirkung des Widerspruchsrechts verneint hat, ist nicht zu folgen. 23
- aa) Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB). Mit der Verwirkung wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen. Sie dient dem Vertrauensschutz und verfolgt nicht den Zweck, den Schuldner stets dann von seiner Verpflichtung zu befreien, wenn dessen Gläubiger längere Zeit seine Rechte nicht geltend gemacht hat (*Zeitmoment*). Der Berechtigte muss vielmehr unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erweckten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (*Umstandsmoment*). Hierbei muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf Seiten des Verpflichteten das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist. 24



- bb) Nach der Rechtsprechung des Senats kann das Widerspruchsrecht wegen Verwirkung ausgeschlossen sein. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber eine Widerspruchsfrist eingeführt hat, schließt eine Anwendung der allgemeinen Verwirkungsgrundsätze nicht aus, weil jedes Recht nur unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben ausgeübt werden kann (*Senat 22. April 2010 - 8 AZR 871/07 -; 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - mwN, BAGE 121, 289 = AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 64*). 25
- cc) Angesichts der gesetzlichen Regelung kann hinsichtlich des Zeitmoments nicht auf eine feststehende Monatsfrist, beispielsweise von sechs Monaten abgestellt werden. Im Gesetzgebungsverfahren sind nämlich Vorschläge auf Aufnahme einer generellen Höchstfrist von drei (*BR-Drucks. 831/1/01 S. 2*) bzw. sechs Monaten (*BT-Drucks. 14/8128 S. 4*) nicht aufgegriffen worden. Abzustellen ist vielmehr auf die konkreten Umstände des Einzelfalles. Dabei ist, wie der Senat bereits zur Verwirkung der Geltendmachung eines Betriebsübergangs (*27. Januar 2000 - 8 AZR 106/99 -*) ausgeführt hat, davon auszugehen, dass bei schwierigen Sachverhalten die Rechte des Arbeitnehmers erst nach längerer Untätigkeit verwirken können. Erforderlich ist es weiterhin auch, die Länge des Zeitablaufes in Wechselwirkung zu dem ebenfalls erforderlichen Umstandsmoment zu setzen. Je stärker das gesetzte Vertrauen oder die Umstände, die eine Geltendmachung für den Anspruchsgegner unzumutbar machen, sind, desto schneller kann ein Anspruch verwirken. Es müssen besondere Verhaltensweisen sowohl des Berechtigten als auch des Verpflichteten vorliegen, die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen (*Senat 22. April 2010 - 8 AZR 871/07 -; 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347*). 26
- dd) Ob diese Voraussetzungen für die Annahme der Verwirkung im Streitfalle vorliegen, weil sich die Klägerin gegen die ihr von der A GmbH ausgesprochene Kündigung nicht zur Wehr gesetzt hat, kann noch nicht abschließend beurteilt werden. 27



b) Die Beurteilung der Frage, ob ein Recht verwirkt ist, unterliegt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts grundsätzlich den Tatsachengerichten, die den ihnen zur Begründung des Verwirkungseinwandes vorgelegten Sachverhalt eigenverantwortlich zu würdigen haben. Allerdings unterliegt der revisionsrechtlichen Überprüfung, ob das Gericht der Tatsacheninstanz alle erheblichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat und die Bewertung dieser Gesichtspunkte von den getroffenen tatsächlichen Feststellungen getragen wird (*BAG 17. Januar 2007 - 7 AZR 23/06 - AR-Blattei-ES 1100 Nr. 38; abweichend zur Prozessverwirkung: BAG 20. Mai 1988 - 2 AZR 711/87 - AP BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 5 = EzA BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 1*). Diesen Überprüfungsmaßstäben hält das Berufungsurteil nicht stand, weil dem Landesarbeitsgericht ein Rechtsfehler unterlaufen ist.

28

aa) Zwischen der Unterrichtung der Klägerin mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 über den bevorstehenden Betriebsteilübergang und ihrem Widerspruch mit Schreiben vom 23. Juni 2005 liegt ein Zeitraum von etwa acht Monaten. Damit könnte in der erforderlichen Gesamtschau mit einem gegebenen Umstandsmoment das so genannte Zeitmoment erfüllt sein (*vgl. Senat 22. April 2010 - 8 AZR 805/07 - DZWIR 2010, 368 und 21. Januar 2010 - 8 AZR 870/07 -*). Die Frist für die Verwirkung maßgebliche Zeitmoment beginnt nicht erst ab einem bestimmten Zeitpunkt zu laufen, insbesondere nicht erst mit der umfassenden Unterrichtung oder Kenntnis des Arbeitnehmers über den Betriebsübergang und dessen Folgen. Bei dem Zeitmoment handelt es sich nicht um eine gesetzliche, gerichtliche oder vertraglich vorgegebene Frist, für welche bestimmte Anfangs- und Endzeitpunkte gelten, die in den §§ 186 ff. BGB geregelt sind. Vielmehr hat bei der Prüfung, ob ein Recht verwirkt ist, immer eine Gesamtbetrachtung stattzufinden, bei welcher das Zeit- und das Umstandsmoment zu berücksichtigen und in Relation zu setzen sind. Wie der Senat am 15. Februar 2007 (*- 8 AZR 431/06 - BAGE 121, 289 = AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 64*) entschieden hat, ist die Länge des Zeitablaufes in Wechselwirkung zu dem ebenfalls erforderlichen Umstandsmoment zu setzen, was zur Folge hat, dass bei schwierigen Sachverhalten die Rechte des Arbeitnehmers möglicherweise erst nach einer längeren

29



Untätigkeit verwirken können. Erfolgt die Prüfung der Verwirkung nach diesen Grundsätzen, so ist es nicht geboten, ähnlich wie bei gesetzlichen, gerichtlichen oder vertraglichen Fristen für das so genannte Zeitmoment einen bestimmten Fristbeginn, wie etwa die Kenntnis des Berechtigten von bestimmten Tatsachen festzulegen. Vielmehr ist immer darauf abzustellen, ob der Verpflichtete aufgrund des Zeitablaufes, in dem der Berechtigte sein Recht nicht ausgeübt hat, und den Umständen des Einzelfalles, zu denen auch die Nichtkenntnis des Berechtigten von den für die Geltendmachung seines Rechts bedeutsamen Tatsachen gehört, darauf vertrauen durfte, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr geltend machen (*Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347*).

bb) Der Begründung des Landesarbeitsgerichts, dass die Voraussetzungen für das Umstandsmoment nicht vorliegen, ist nicht zu folgen. 30

Es hat das Vorliegen des Umstandsmoments mit der Begründung verneint, aus der Nichterhebung der Kündigungsschutzklage durch die Klägerin könne kein Erklärungswert hinsichtlich der Ausübung eines noch bestehenden Widerspruchsrechts hergeleitet werden. Außerdem habe die Beklagte wegen der nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung der Klägerin iSd. § 613a Abs. 5 BGB nicht darauf vertrauen dürfen, dass die Klägerin nicht mehr widersprechen werde. 31

Zutreffend nimmt das Landesarbeitsgericht zunächst an, dass allein die widerspruchslose Weiterarbeit der Klägerin bei der Betriebserwerberin noch keine Verwirkung des Widerspruchsrechts der nicht ordnungsgemäß nach § 613a Abs. 5 BGB unterrichteten Arbeitnehmerin begründet (*vgl. Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347*). 32

Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts kann aber ein ausschlaggebender Umstand für die Annahme der Verwirkung des Widerspruchsrechts deshalb vorliegen, weil die Klägerin die von der A GmbH am 13. Dezember 2004 ausgesprochene Kündigung widerspruchslos hingenommen hatte. Als ein Umstand, der möglicherweise das Vertrauen des bisherigen Arbeitgebers in die Nichtausübung des Widerspruchsrechts nach 33



§ 613a Abs. 6 BGB rechtfertigt, kann es nämlich angesehen werden, wenn der Arbeitnehmer über die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses dadurch disponiert hat, dass er einen Aufhebungsvertrag mit dem Betriebserwerber geschlossen oder eine von diesem nach dem Betriebsübergang erklärte Kündigung hingenommen hat (vgl. Senat 22. April 2010 - 8 AZR 805/07 - DZWIR 2010, 368, - 8 AZR 871/07 - und - 8 AZR 982/07 -; 21. Januar 2010 - 8 AZR 870/07 -; 20. März 2008 - 8 AZR 1016/06 - NZA 2008, 1354 und 27. November 2008 - 8 AZR 225/07 -).

Die Klägerin wäre, um den Eintritt der Verwirkung ihres Widerspruchsrechts zu vermeiden, nicht gezwungen gewesen, gegen die von der A GmbH ausgesprochene Kündigung eine (möglicherweise erfolglose) Kündigungsschutzklage zu erheben. Sie hätte sowohl gegenüber der Beklagten als auch gegenüber der A GmbH auch auf andere Weise zum Ausdruck bringen können, dass sie die Kündigung nicht akzeptiert, etwa deshalb, weil sie dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses noch widersprechen wolle und die A GmbH damit rückwirkend nicht mehr ihr Arbeitgeber sei.

34

Der Senat sieht als Disposition über den Bestand des Arbeitsverhältnisses, welcher als Umstandsmoment für eine Verwirkung des Widerspruchsrechts anzusehen ist, die „Hinnahme“ einer vom Betriebserwerber ausgesprochenen Kündigung an. „Hinnehmen“ ist aber nicht gleichbedeutend mit dem Nichterheben einer Kündigungsschutzklage.

35

So hat der Senat in der Entscheidung vom 24. Juli 2008 (- 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347) ausdrücklich darauf abgestellt, ob der Arbeitnehmer eine vom Betriebserwerber ausgesprochene Kündigung „widerspruchslos“ hingenommen hat und weiter ausgeführt: „... und dass der Kläger diese Kündigung weder mit einer Kündigungsschutzklage angegriffen noch in sonstiger Weise die Unwirksamkeit der Kündigung gegenüber der Beklagten (sc. Betriebsveräußerer) oder der A. Germany GmbH (sc. Betriebserwerber) geltend gemacht hat, ...“. In einem anderen Fall hat der Senat ein Umstandsmoment für die Verwirkung des Widerspruchsrechts verneint, weil der Arbeitnehmer, der eine vom Betriebserwerber ausgesprochene Kündigung nicht

36



angegriffen hatte, binnen der Dreiwochenfrist des § 4 KSchG den Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Betriebsveräußerer erklärt hatte. Dadurch habe der Arbeitnehmer die vom Betriebserber ausgesprochene Kündigung ins Leere gehen lassen, als noch die Möglichkeit zu einer gegen den Betriebserwerber zu richtenden Kündigungsschutzklage bestanden habe (*Senat 9. Dezember 2010 - 8 AZR 152/08 -*).

Die Annahme der Verwirkung des Widerspruchsrechts ist nicht ausgeschlossen, wenn nur der A GmbH, nicht aber der Beklagten alle von der Klägerin verwirklichten Umstandsmomente bekannt geworden sind. Bei der Verwirkung des Widerspruchsrechts im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang genügt es, dass einer der Verpflichteten von den vertrauensbildenden Umständen Kenntnis hat. Jedenfalls im unmittelbaren Verhältnis zwischen Betriebsveräußerer und Betriebserwerber sieht das Gesetz grundsätzlich eine gemeinsame Verpflichtung und Berechtigung beider aus dem Arbeitsverhältnis vor. Daraus folgt, dass immer dann, wenn sich der Betriebserwerber als neuer Arbeitgeber auf Verwirkungsumstände berufen könnte, diese auch der Betriebsveräußerer als früherer Arbeitgeber für sich in Anspruch nehmen kann.

Neuer und alter Arbeitgeber können sich wechselseitig auf die Kenntnis des anderen vom Arbeitnehmerverhalten berufen, eine nachgewiesene subjektive Kenntnis des in Anspruch genommenen Verpflichteten von einem bestimmten Arbeitnehmerverhalten ist nicht erforderlich, wenn feststeht, dass dieses Verhalten wenigstens dem anderen Verpflichteten bekannt geworden ist (*st. Rspr.: Senat 22. April 2010 - 8 AZR 871/07 -; 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - BAGE 128, 328 = AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106*).

Unzutreffend ist auch die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe wegen der fehlerhaften Unterrichtung der Klägerin über den Betriebsteilübergang nicht darauf vertrauen dürfen, diese werde ihr Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben. Würde man dieser Überlegung des Landesarbeitsgerichts folgen, führte das zu einem widersinnigen Ergebnis. Einerseits behielte der Arbeitnehmer sein Widerspruchsrecht deshalb länger als in § 613a Abs. 6



Satz 1 BGB normiert (*einen Monat ab Zugang der Unterrichtung*), weil die Unterrichtung nicht ordnungsgemäß war. Andererseits könnte das Widerspruchsrecht nicht verwirken, weil der Arbeitnehmer nicht entsprechend den Vorgaben des § 613a Abs. 5 BGB unterrichtet worden war. Dies hätte zur Folge, dass - entgegen der Rechtsprechung - die Verwirkung des Rechts zum Widerspruch im Falle einer fehlerhaften Unterrichtung durch den alten Arbeitgeber idR nicht eintreten könnte. Dies widerspräche dem Grundsatz, dass jedes Recht verwirken kann.

c) Trotz dieses Rechtsfehlers des Landesarbeitsgerichts war der Senat 40
gehindert, abschließend zu entscheiden, ob die Klägerin ihr Widerspruchsrecht zum Zeitpunkt seiner Ausübung im Juni 2005 verwirkt hatte.

Für die Gesamtschau zwischen Zeit- und Umstandsmoment ist nämlich 41
auch die Tatsache miteinzubeziehen, dass die Beklagte kurz vor dem Betriebsübergang am 1. November 2004 der Klägerin mit Schreiben vom 29. Oktober 2004 ua. mitgeteilt hatte: „hiermit bestätigen wir Ihnen, dass Sie bei einer betriebsbedingten Beendigung des Anstellungsverhältnisses zum 31. Dezember 2005 eine Abfindung in Höhe von derzeit 109.125,00 EUR erhalten.“ Ob der Umstand, dass die Klägerin die Unwirksamkeit der etwa sechs Wochen nach dem Betriebsübergang durch die A GmbH zum 31. Dezember 2005 „aus dringend betrieblichen Erfordernissen“ ausgesprochenen Kündigung nicht geltend gemacht hat, angesichts dieser „Bestätigung“ der Beklagten das Umstandsmoment erfüllt und in Zusammenschau mit dem Zeitmoment zur Verwirkung des Widerspruchsrechts führt, ist Gegenstand der tatrichterlichen Würdigung und diese muss vom Landesarbeitsgericht vorgenommen werden.

III. Inwieweit der Klägerin die geltend gemachten Vergütungsansprüche 42
zustehen, kann der Senat ebenfalls nicht abschließend entscheiden, weil diese vom Bestand eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien über den 1. November 2004 hinaus abhängen.



IV. Wegen der Zurückverweisung der Sache war auch nicht über die von der 43
Beklagten gemäß § 717 ZPO erhobene Widerklage zu entscheiden.

Hauck

Böck

Breinlinger

Wankel

Lüken



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)