

Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 24. Februar 2011
- 8 AZR 469/09 -

I. Arbeitsgericht Solingen

Urteil vom 21. Mai 2007
- 1 Ca 330/07 lev -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 27. Mai 2009
- 7 Sa 1454/07 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Betriebsübergang - fehlerhafte Unterrichtung - Widerspruch - Verwirkung

Gesetz:

BGB §§ 242, 613a

Leitsätze:

keine



BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 469/09
7 Sa 1454/07
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Februar 2011

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

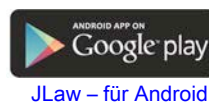
Kläger, Berufungskläger, Berufungsbeklagter, Revisionskläger und
Widerbeklagter,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin, Revisionsbeklagte
und Widerklägerin,



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



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

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 27. Mai 2009 - 7 Sa 1454/07 - 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 darüber, ob zwischen ihnen vor dem 1. November 2004 ein sog. „Früherbestandsverhältnis“ vereinbart wurde. Hilfsweise streiten sie darüber, ob nach dem Widerspruch des Klägers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses dieses zwischen den Parteien über den 31. Oktober 2004 hinaus besteht. Außerdem macht der Kläger die sich je nach Art eines zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses ergebenden Zahlungsansprüche geltend.

1

Der Kläger war seit dem 1. April 1968 bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten mit einer Vergütung von zuletzt 4.939,89 Euro brutto pro Monat beschäftigt. Sein Arbeitsbereich gehörte zum Geschäftsbereich „C I“ (CI).

2

Die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die A-G AG musste sich schon seit Jahren mit Effektivierung, Rationalisierung, Personalabbau und Betriebsänderungen befassen. Für den Geschäftsbereich CI wurden dabei ab Herbst 2003 zwei Umstrukturierungsmaßnahmen in Angriff genommen: zum einen ein Personalabbau, der die Schwellenwerte für eine Betriebsänderung nach den

3



§§ 111 ff. BetrVG überschreiten sollte, das sog. CIPP 2, zum anderen die Übertragung des Geschäftsbereichs auf die Tochterfirma A GmbH. Der Personalabbau wurde auch durch Abschluss sog. „Früruhestandsvereinbarungen“ oder durch Altersteilzeitverträge bewältigt, bei denen den betroffenen Arbeitnehmern zum Teil erhebliche finanzielle Leistungen zugesagt wurden.

Das Arbeitsverhältnis des Klägers war von beiden Maßnahmen betroffen. Unter dem 23. September 2004 erstellte die Beklagte für den Kläger eine „Früruhestandsberechnung“, bei der ein Ausscheiden durch betriebsbedingte Kündigung zum 31. Mai 2005 oder 30. Juni 2005 sowie anschließende Leistungen bis zum 20. Juli 2007 zugrunde gelegt wurden. Am 20. Oktober 2004 fand zwischen der Geschäftsleitung der Beklagten und dem Betriebsrat eine Besprechung zur Sozialauswahl hinsichtlich der Personalabbaumaßnahme statt. Nach dem Protokoll dieser Besprechung ist der Kläger für „FRS“ (dh. „Früruhestand“) vorgesehen.

Für die vom Betriebsteilübergang betroffenen Belegschaftsmitglieder fanden Informationsveranstaltungen statt, ua. am 19. August 2004. Auf dieser Veranstaltung gab das Vorstandsmitglied der Beklagten R, der spätere Geschäftsführer der A GmbH, Informationen zur wirtschaftlichen Situation der Betriebserwerberin. In einer Mitarbeiterzeitschrift vom September 2004 wurde für die A GmbH ein Eigenkapital iHv. 300 Mio. Euro und Barmittel zwischen 70 und 72 Mio. Euro angegeben.

Mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 informierte die Beklagte den Kläger über die beabsichtigte Übertragung des Geschäftsbereichs CI auf die A GmbH. Dieses Schreiben lautet auszugsweise:

„...“

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 die 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 Verselbständigung des Geschäftsbereichs CI in der A GmbH und deren anschließende Veräußerung an die 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. ...

...

4. Zu den hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen:

Der Geschäftsbereich CI muss unabhängig von dem Übergang seine Strukturen den Entwicklungen des Marktes anpassen und damit Kosten signifikant reduzieren. Daneben müssen möglichst viele unabhängig von Verkauf und Produktion anfallende fixe Kosten zu solchen Kosten variabilisiert werden, die immer nur dann anfallen, wenn die entsprechende Leistung gebraucht wird. Dazu gehört auch Outsourcing von Aktivitäten, die nicht zwingend selbst und mit eigenem Personal durchgeführt werden müssen.

Mit dem im vergangenen Jahr eingeführten „Consumer Imaging Programm für Profitabilität“ (CIPP) ist es gelungen, das Ergebnis trotz des massiven Umsatzrückgangs nicht weiter zu verschlechtern. Aber es ist weiterhin stark negativ und die Umsatzentwicklung ist deutlich schwächer als geplant.



Die Unternehmensleitung hat daher dem Wirtschaftsausschuss eine „CIPP2“-Planung vorgestellt, die einen weiteren Personalabbau beinhaltet. Mit Nachdruck hat sie darauf hingewiesen, dass dieser vollkommen unabhängig davon ist, dass CI zum geplanten Datum des Übergangs am 1. November 2004 zur eigenständigen Firma A GmbH werden wird. Denn diese Maßnahmen müssten ohne den Übergang auch von A-G AG durchgeführt werden.

Diese Planungen sind Gegenstand der Verhandlungen mit den örtlichen Betriebsräten und gehen davon aus, dass ca. 125 Arbeitsplätze in Deutschland im Wege des Outsourcing ausgegliedert werden können. Dies betrifft: Logistik (L, M), GICS (L), Rechnungswesen (L), Personalwesen (L).

Der Personalabbau mit den Schwerpunkten PPH und sonstige Bereiche L/K umfasst weitere ca. 210 Stellen in Deutschland:

- PPH (vor allem L, daneben auch V, W, M) ca. 120 Stellen,
- Laborgeräte (M/P) und Optikzentrum (P) ca. 25 Stellen,
- Einkauf (L/M), Logistik (L), SCM (L), Marketing/Sales (L/K) sowie weitere Bereiche der Verwaltung, insgesamt ca. 65 Stellen.

Die auf örtlicher Ebene geführten Verhandlungen über Interessenausgleich und Sozialplan sollen eine Identifizierung der von Kündigung Betroffenen durch entsprechende Namenslisten beinhalten.

5. Zu Ihrer persönlichen Situation:

Ihr Arbeitsverhältnis wird nach unserer Planung von dem geplanten Personalabbau gemäß Ziffer 4 betroffen sein. Die Zustimmung des Betriebsrats zu Ihrer Aufnahme in die Namensliste liegt derzeit noch nicht vor. Insofern sind Verhandlungen mit dem Betriebsrat 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 in unserem Sozialplan vorgesehenen Leistungen zu.

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



verhältnis 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 ausgegliedert und auf die neu gegründete A GmbH übertragen. Der Kläger widersprach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf diese GmbH zunächst nicht.

7

Unter Bezugnahme auf die mit dem Kläger geführten Gespräche kündigte die A GmbH unter dem 14. Dezember 2004 das Arbeitsverhältnis aus dringenden betrieblichen Erfordernissen zum 30. Juni 2005. Unter Bezugnahme auf diese Kündigung teilte die A GmbH dem Kläger unter dem 15. Dezember 2004 mit, dass er im Sinne einer Früheruhestandsvereinbarung monatliche Leistungen vom 1. Juli 2005 bis 31. Mai 2012 iHv. insgesamt 168.718,68 Euro brutto voraussichtlich erhalten werde. Unter dem 29. Dezember 2004 bestätigte der Kläger auf diesem Zugeschreiben, dass er es zur Kenntnis genommen habe. Eine Kündigungsschutzklage erhob der Kläger nicht.

8

Am 20. Mai 2005 stellte die A GmbH einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der Kläger bezog seit 1. Mai 2005 Insolvenzgeld und ab 24. Juni 2005 Arbeitslosengeld. Mit anwaltlichem Schreiben vom 23. Juni 2005 ließ der Kläger dem Übergang seines Vertragsverhältnisses auf die A GmbH widersprechen und forderte die Beklagte auf, ihren Verpflichtungen aus der Früheruhestandsvereinbarung nachzukommen. Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der A GmbH wurde am 1. August 2005 eröffnet.

9

Der Kläger hat behauptet, am 23. September 2004, also schon vor dem Betriebsteilübergang, sei er sich mit der Beklagten darüber einig geworden, in ein Früheruhestandsverhältnis überzuwechseln. Entsprechend sei er bei den Verhandlungen des Sozialplanes zu CIPP 2 auch schon als Früheruheständler geführt worden. Wegen des Betriebsteilüberganges habe dann die Betriebs-erwerberin im Dezember 2004 die vereinbarte Vorgehensweise verbindlich ausgeführt, also eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen und die Versorgung für die Zeit nach dem Arbeitsverhältnis zugesagt. Er habe die Kündigung nicht angegriffen, um seinerseits das vereinbarte Vorgehen einzuhalten. Eine Disposition über sein Arbeitsverhältnis gegenüber der Betriebs-

10



erwerberin könne darin nicht gesehen werden, sodass sein Widerspruch nicht verwirkt sei und das Frühergestandsverhältnis mit der Beklagten bestehe. Hilfsweise hat der Kläger die Auffassung vertreten, dass aufgrund des wirksamen Widerspruchs jedenfalls ein Anstellungsverhältnis zur Beklagten existiere, weil bei wirksamem Widerspruch auf Vereinbarungen mit der Betriebserwerberin A GmbH nicht mehr abgestellt werden könne. Bei der Beurteilung der Wirksamkeit des Widerspruchs müsse zudem berücksichtigt werden, dass die Beklagte den Kläger über die wirtschaftliche Situation bei der Betriebserwerberin bewusst und vorsätzlich getäuscht habe. Auf eine etwa doch anzunehmende Disposition über sein Arbeitsverhältnis bei der Betriebserwerberin könne sich daher die Beklagte nicht berufen. Wegen dieses Verhaltens sei die Beklagte im Übrigen zu den geltend gemachten Zahlungen auch unter dem Gesichtspunkt eines Schadensersatzanspruchs verpflichtet.

Der Kläger hat beantragt

11

festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Vorruhestandsvertragsverhältnis besteht.

Hilfsweise hat er beantragt

12

festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Anstellungsverhältnis besteht.

Außerdem hat der Kläger das restliche Arbeitsentgelt für Mai und Juni 2005 eingeklagt. Daneben hat er hinsichtlich seines Hauptantrags die Garantiebeträge aus der Frühergestandsvereinbarung für die Zeit vom Juli 2005 bis Februar 2007 und hinsichtlich des Hilfsantrags hilfsweise das monatliche Arbeitsentgelt für Juli 2005 bis März 2007 sowie Urlaubsgeld und tarifliche Jahresleistungen für 2005 und 2006 geltend gemacht.

13

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und mittels Widerklage die Zurückerstattung der aufgrund des vorläufig vollstreckbaren arbeitsgerichtlichen Urteils an den Kläger geleisteten Zahlungen verlangt. Dies hat sie damit begründet, dass ungeachtet ihrer korrekten Unterrichtung des Klägers zum Betriebsteilübergang dessen Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeits-

14



verhältnisses jedenfalls verwirkt sei. Denn der Kläger habe mit der Hinnahme der Kündigung der Betriebserwerberin über sein Arbeitsverhältnis disponiert und damit neben dem Zeit- auch das für die Verwirkung erforderliche Umstandsmoment verwirklicht. Letztlich versuche der Kläger, nach der Insolvenz der Betriebserwerberin, die Beklagte als solvente Schuldnerin für seine Frühruhestandsansprüche einzutauschen.

Das Arbeitsgericht hat den auf Feststellung eines zwischen den Parteien bestehenden Frühruhestandsverhältnisses gerichteten Hauptantrag des Klägers abgewiesen, seinen Widerspruch jedoch für wirksam gehalten und deswegen ein Anstellungsverhältnis mit den nachgeordneten Zahlungsansprüchen bestätigt. Während die Berufung des Klägers ohne Erfolg blieb, hat das Landesarbeitsgericht auf die Berufung der Beklagten die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Anträge weiter, während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt.

15

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

16

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

17

Für die Vereinbarung einer „Frühruhestandsregelung“ schon vor dem Betriebsteilübergang mit der Beklagten habe der Kläger nicht hinreichend substantiiert vorgetragen. Tatsachen dafür, dass es zu einem rechtsverbindlichen Abschluss gekommen sei, habe der Kläger nicht benannt. Er habe einräumen müssen, die Abwicklungsvereinbarung mit der Betriebserwerberin abgeschlossen zu haben. Deren Versorgungszusage habe er akzeptiert, gegen die ausgesprochene Kündigung habe er keine Kündigungsschutzklage erhoben und dadurch über sein Arbeitsverhältnis disponiert. Unter Berücksichtigung des

18



Zeitmoments habe danach die Beklagte als Veräußerer berechtigterweise darauf vertrauen dürfen, der Kläger werde sich dem nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB angeordneten Vertragspartnerwechsel nicht mehr durch einen Widerspruch widersetzen. Mit der Annahme der Abwicklungsvereinbarung habe der Kläger zudem auf sein Widerspruchsrecht verzichtet.

B. Diese Begründung des Landesarbeitsgerichts für die Klageabweisung hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 19

I. Die Unterrichtung des Klägers 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 sein Widerspruch vom 23. 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*). 20

II. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats kann das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers grundsätzlich verwirken (*vgl. zB 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347*). Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, vorliegend habe der Kläger sein Recht zum Widerspruch verwirkt, ist jedoch nicht frei von Rechtsfehlern. Ob ein Fall der Verwirkung vorliegt, kann der Senat nicht entscheiden, weil die Sache insoweit nicht entscheidungsreif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO iVm. § 72 Abs. 5 ArbGG). 21

1. 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 be- 22



freien, wenn dessen Gläubiger längere Zeit seine Rechte nicht geltend gemacht hat (Zeitmoment). Der Berechtigte muss vielmehr unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erweckt haben, 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.

Schon nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vor dem Inkrafttreten des § 613a Abs. 5 und 6 BGB konnte das Widerspruchsrecht wegen Verwirkung ausgeschlossen sein. An dieser Rechtsprechung hat der Senat im Einklang mit der herrschenden Auffassung im Schrifttum auch nach der neuen Rechtslage festgehalten. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber eine Widerspruchsfrist eingeführt hat, schließt eine Anwendung der allgemeinen Grundsätze 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*).

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 (*Senat 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - BAGE 121, 289 = AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 64*). 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. Zutreffend ist es weiterhin auch, die Länge des Zeitablaufes in Wechselwirkung zu dem ebenfalls erforderlichen Umstandsmoment zu setzen. Je stärker das gesetzte Vertrauen oder die

23

24



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*).

2. 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*). Dagegen ist der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts in seiner Entscheidung vom 20. Mai 1988 (- 2 AZR 711/87 - AP BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 5 = EzA BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 1) davon ausgegangen, dass die Rechtsfrage, ob die verspätete gerichtliche Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung das für eine Verwirkung erforderliche Zeitmoment erfüllt, freier revisionsgerichtlicher Überprüfung unterliegt. In dieser Entscheidung hat der Zweite Senat auch bei der Prüfung, ob das Umstandsmoment vorliegt, die Entscheidung des Berufungsgerichts einer uneingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung unterzogen. Letztlich braucht der Umfang der revisionsrechtlichen Überprüfbarkeit der Tatsachenwürdigung des Landesarbeitsgerichts im Streitfall jedoch nicht entschieden zu werden, weil diesem ein Verfahrens und ein Rechtsfehler unterlaufen ist.

25

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



3. Zwischen der Unterrichtung des Klägers mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 über den bevorstehenden Betriebsteilübergang und seinem 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 sog. Zeitmoment erfüllt sein (*vgl. Senat 22. April 2010 - 8 AZR 805/07 - DZWIR 2010, 368; 21. Januar 2010 - 8 AZR 870/07 -*). 26
- a) Das Landesarbeitsgericht hat eine Feststellung, ob und wodurch vorliegend das Zeitmoment der Verwirkung erfüllt sein soll, nicht getroffen und insoweit die Gesamtumstände nicht berücksichtigt. Dies wird es nachzuholen haben, wobei die nachfolgenden Rechtsgrundsätze zugrunde zu legen sind. 27
- b) Die Frist für das 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. Es ist nicht geboten, ähnlich wie bei gesetzlichen, gerichtlichen oder vertraglichen Fristen für das sog. 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 der 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*). 28
- c) Das Landesarbeitsgericht wird also zu bewerten haben, dass der Kläger bis zu seinem Widerspruch nach Ablauf der eigentlich vorgesehenen gesetzlichen Widerspruchsfrist Ende November 2004 sieben Monate, nach 29



Stellung des Insolvenzantrages für die Betriebserwerberin nur noch einen Monat hat verstreichen lassen. Es wird in der Gesamtbetrachtung zu würdigen haben, was ein solcher Zeitablauf für die vom Kläger zu verwirklichenden Umstände erfordert.

4. Der Begründung des Landesarbeitsgerichts, dass die Voraussetzungen für das Umstandsmoment vorliegen, ist nicht zu folgen. 30
- a) Allein die widerspruchslöse Weiterarbeit des Klägers bei der A GmbH ab dem 1. November 2004 begründete keine Verwirkung des Widerspruchsrechts des nicht ordnungsgemäß nach § 613a Abs. 5 BGB unterrichteten Klägers (*Senat 20. März 2008 - 8 AZR 1016/06 - NZA 2008, 1354*). 31
- b) Das Berufungsgericht hat es dahinstehen lassen, ob ein Umstandsmoment schon dadurch verwirklicht ist, dass der Kläger sich gegen die ihm von der A GmbH ausgesprochene Kündigung nicht zur Wehr gesetzt hat. Der Kläger habe jedoch eine Abwicklungsvereinbarung mit der Erwerberin abgeschlossen und dadurch aktiv an der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses teilgenommen und über sein Arbeitsverhältnis disponiert. Dafür, dass bereits die Beklagte sich rechtsverbindlich verpflichtet habe, dem Kläger die Leistungen aus dem „Früheruhestandsverhältnis“ zu gewähren, habe der Kläger widersprüchlich, inhaltsleer und ohne verwertbaren Vortrag vorgetragen. 32
- c) Dem folgt der Senat nicht. 33
- aa) Das Landesarbeitsgericht hat verkannt, dass das Vorbringen des Klägers nicht ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des Zeitpunkts verbindlicher Rechtsakte zu würdigen ist. Unstrittig ist als Gestaltungsakt des Arbeitsverhältnisses die Kündigung erst von der Betriebserwerberin am 14. Dezember 2004 ausgesprochen worden. Ebenso hat erst die Betriebserwerberin beweisbar für den Kläger die Ausgleichsleistungen mit ihrem Schreiben vom 15. Dezember 2004 zugesagt. Dies schließt aber die Darstellung des Klägers nicht aus, im Grundsatz wie in allen wesentlichen Punkten sei sein Wechsel in den Früheruhestand schon mit der Beklagten selbst, etwa im Sinne eines Vorver-



trages, vereinbart worden. Da bei der Beurteilung, ob das Recht zum Widerspruch verwirkt ist, wie bei der Prüfung, ob der Kläger ein Umstandsmoment verwirklicht hat, alle Gesamtumstände zu berücksichtigen sind, kann dieses Vorbringen des Klägers weder als inhaltsleer noch als widersprüchlich bezeichnet werden. Der Kläger hat bestritten, im Sinne eines Umstandsmoments überhaupt gegenüber der Betriebserwerberin eine Disposition über sein Arbeitsverhältnis getroffen zu haben. Er hat vorgetragen, sein Übergang in ein „Früruhestandsverhältnis“, die Kenntnisnahme vom Umfang der Früruhestands-Leistungen und die Absprache, eine Kündigungsschutzklage nicht zu erheben, sei schon vor dem Betriebsübergang mit der Beklagten abgesprochen worden. Nur dem zeitlichen Ablauf geschuldet sei der Vollzug der Absprache dann durch die Betriebserwerberin vorgenommen worden. Dazu hat der Kläger als Hilfstatsachen auf das Besprechungsprotokoll vom 23. September 2004 und die Sozialplanverhandlungen vom 20. Oktober 2004, beides noch vor dem Betriebsübergang, verwiesen. Unabhängig von den unstrittigen Gestaltungsakten der Betriebserwerberin hätte daher das Landesarbeitsgericht der Behauptung des Klägers nachgehen müssen, die Absprache zu einem solchen Verfahren sei schon mit der Beklagten selbst erfolgt, weswegen die eigentliche Disposition schon vor dem Betriebsübergang gelegen habe und ein Umstandsmoment nicht darstellen könne.

bb) Zu Recht hat der Kläger die diesbezüglichen Feststellungen des Berufungsgerichts mit einer Verfahrensrüge (§ 559 Abs. 2 ZPO) angegriffen. Sowohl erstinstanzlich (Bl. 401 VA) als auch zweitinstanzlich (Bl. 738 f. VA) hatte der Kläger vorgetragen, dass im Grundsatz wie auch in Einzelheiten zwischen ihm und der Beklagten abgesprochen worden war, dass sein Arbeitsverhältnis in den „Vorruhestand“ überführt werden sollte und dafür die Zeugen El, Kr und Co benannt. Ferner hat er als Hilfstatsachen die erteilte Bescheinigung „Entgeltabrechnung und Administration“ vom 23. September 2004 und das Besprechungsprotokoll zwischen der Beklagten und dem Betriebsrat zur Sozialauswahl vom 20. Oktober 2004, in welchem er unter „FSR“ aufgeführt wird, angeführt. Bei zutreffender rechtlicher Würdigung, die bei der Beurteilung des Umstandsmoments nicht allein auf die Schaffung rechtsverbindlicher

35



Gestaltungsakte oder Zusagen abstellt, kann dieser Vortrag nicht unberücksichtigt bleiben, ohne den Kläger in seinem Grundrecht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) zu verletzen. Das Landesarbeitsgericht wird daher festzustellen haben, ob die bestrittene Darstellung des Klägers zutrifft, das „Früherstandsverhältnis“ sei schon, ggf. im Sinne eines Vorvertrages, mit der Beklagten abgesprochen und von der Betriebserwerberin nur noch in die vorgesehenen verbindlichen Rechtsakte umgesetzt worden.

III. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Soweit der Kläger auf der Leistungszusage der Betriebserwerberin deren Kenntnisaufnahme schriftlich bestätigt hat, stellt dies keine Willenserklärung, schon gar keinen Verzicht auf das Widerspruchsrecht gegenüber der Beklagten dar. Die vom Landesarbeitsgericht gesehenen Umstände einer „Verzichtserklärung“ können auch ohne Feststellung zu der vom Kläger gegebenen Darstellung nicht angenommen werden. Hat nämlich der Kläger gegenüber der Betriebserwerberin gar nicht „disponiert“, sondern eine vorangegangene Absprache mit der Beklagten vollzogen, so hat er erst recht ihr gegenüber bezüglich seines Widerspruchsrechts keinen Rechtsverzicht erklärt. 36

IV. Unzutreffend ist dagegen die Annahme der Revision, die Beklagte habe sich wegen der nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung des Klägers über den Betriebsteilübergang nicht darauf verlassen dürfen, er werde sein 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, 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. Damit könnte eine Verwirkung des Rechts zum Widerspruch im Falle einer fehlerhaften Unterrichtung durch den alten Arbeitgeber regelmäßig nicht eintreten. Dies widerspräche dem Grundsatz, dass jedes Recht verwirken kann (Senat 27. November 2008 - 8 AZR 225/07 -). 37



V. Inwieweit dem Kläger die geltend gemachten Vergütungsansprüche 38
zustehen, kann der Senat ebenfalls nicht abschließend entscheiden, weil diese
vom Bestand und dem Inhalt eines Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien
über den 1. November 2004 hinaus abhängen. Dementsprechend war auch nicht
über die von der Beklagten gem. § 717 ZPO erhobene Widerklage zu ent-
scheiden.

Hauck

Böck

Breinlinger

Lüken

Wankel

