

Aktenzeichen: 8 AZR 751/07
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 12. November 2009
- 8 AZR 751/07 -

I. Arbeitsgericht
Solingen

Urteil vom 14. März 2007
- 3 Ca 522/06 lev -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 23. August 2007
- 5 Sa 928/07 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Betriebsübergang - Widerspruch - Verwirkung - Schadensersatz

Gesetz:

BGB §§ 249, 280, 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 751/07
5 Sa 928/07
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
12. November 2009

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisionsklägerin und
Anschlussrevisionsbeklagte,

pp.

Kläger, Berufungskläger, Revisionsbeklagter und Anschlussrevisions-
kläger,



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. November 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Brückmann und Dr. Mallmann für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 23. August 2007 - 5 Sa 928/07 - teilweise aufgehoben soweit es auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts Solingen vom 14. März 2007 - 3 Ca 522/06 lev - abgeändert hat.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Solingen vom 14. März 2007 - 3 Ca 522/06 lev - wird auch im Übrigen zurückgewiesen.

Die Anschlussrevision des Klägers wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat auch die Kosten der Berufung und der Revisionen zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht und ob dem Kläger gegen die Beklagte Vergütungsansprüche sowie hilfsweise ob ihm ein Anspruch auf Abfindungszahlung zusteht.

Der Kläger war seit 1973 bei der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin beschäftigt. Zuletzt war er im Bereich C I (CI) tätig.

Die Beklagte, die früher als „A mbH & C KG“ firmierte, fasste den Beschluss, ihre Vertriebsaktivitäten im Bereich CI auf die „A Ge GmbH“ zu übertragen. Darüber unterrichtete sie den Kläger mit Schreiben vom 22. Oktober 2004. Dieses lautet auszugsweise:



„...die A mbH & C KG plant, ihren Geschäftsbereich C I (CI) mit Wirkung zum 1. November 2004 auf die A Ge 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 Ge 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 Ge GmbH und deren anschließende Einbringung in die A GmbH. Letztere wird direkt im Anschluß daran an N GmbH veräußert. Geschäftsführer der A Ge GmbH wird ab dem Zeitpunkt des geplanten Übergangs Herr I S sein.

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

...

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

Mit dem Übergang des Geschäftsbereichs CI tritt die A Ge GmbH in die bestehenden, unveränderten Arbeitsverhältnisse ein. Zur Klärung und Regelung der Einzelheiten haben die A mbH & C KG, die A Ge GmbH und der Betriebsrat der A mbH & C KG am 28. 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 mbH & C KG verbrachten und/oder von ihr anerkannten Dienstjahre werden als Dienstzeit bei der A Ge GmbH anerkannt.
- Die Zugehörigkeit zu den Arbeitgeberverbänden der Chemischen Industrie wird auch bei der A Ge GmbH bestehen, d.h. es bleibt bei den Chemie-Tarifen.

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

Im Gegensatz zu den bei der A-G AG derzeit anstehenden und veröffentlichten Restrukturierungsmaßnahmen in C I, liegen zur Zeit keine Planungen über personelle Maßnahmen im CI-Bereich der A



mbH & C KG vor. Wie auch auf der Abteilungsversammlung am 21. September 2004 mitgeteilt, werden seitens der A Ge GmbH zur Zeit keine Maßnahmen in Aussicht genommen. Die Geschäftsentwicklung wird beobachtet und Maßnahmen werden dann ergriffen, wenn die Situation dies erforderlich machen sollte.

5. Zum Widerspruchsrecht:

Sie haben das Recht, dem Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses auf die A Ge 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 mbH & C KG und geht nicht auf die A Ge GmbH über.

Da nach dem Übergang des vollständigen Geschäftsbereichs CI auf die A Ge GmbH ihr bisheriger Arbeitsplatz bei der A mbH & C KG 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 die A mbH & C KG rechnen.

Wir weisen Sie ausdrücklich darauf hin, dass nach der eindeutigen Regelung in der mit dem Betriebsrat der A mbH & C KG vereinbarten Überleitungsvereinbarung in diesem Fall kein Anspruch auf eine Abfindung besteht, weder gegenüber der A mbH & C KG, noch gegenüber der A Ge 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. ...“

Der Vertriebsbereich CI wurde sodann zum 1. November 2004 auf die A Ge GmbH übertragen. Der Kläger widersprach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf diese Gesellschaft zunächst nicht und arbeitete bei dieser weiter.

4

Mit Schreiben vom 29. März 2005 kündigte die A Ge GmbH das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zum 31. Dezember 2005 „aus dringenden betrieblichen Erfordernissen“. Am 30. März 2005 schloss der Kläger mit der A Ge GmbH eine Abwicklungsvereinbarung, in welcher es ua. heißt:

5

„§ 1 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Die A Ge hat dem Mitarbeiter mit Schreiben vom 29.03.2005 aus betriebsbedingten Gründen ordentlich zum 31.12.2005 gekündigt. Die Vertragspartner sind sich darüber einig, dass das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis durch diese Kündigung zum 31.12.2005 enden wird.

§ 2 Abfindung

Die A Ge verpflichtet sich, dem Mitarbeiter eine Abfindung in Höhe von Euro 253.600,00 brutto (in Worten: zweihundertdreißigtausendsechshundert Euro brutto) gem. §§ 9, 10 Kündigungsschutzgesetz zu zahlen.
...

Für die A GmbH, auf welche der Bereich CI - ohne die Vertriebsaktivitäten der Beklagten - übertragen worden war, wurde am 25. Mai 2005 Insolvenzantrag gestellt. Das Insolvenzverfahren wurde am 1. August 2005 eröffnet. Im Oktober 2005 folgte sodann ein Insolvenzantrag für die A Ge GmbH.

6



Mit Schreiben vom 21. Dezember 2005 erklärte der Kläger gegenüber der Beklagten den Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A Ge GmbH, weil eine ordnungsgemäße Unterrichtung seiner Person gem. § 613a Abs. 5 BGB bislang nicht stattgefunden habe.

Er macht geltend, im Dezember 2005 habe er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses noch berechtigterweise widersprechen dürfen, weil er bis dahin nicht ordnungsgemäß iSd. § 613a Abs. 5 BGB über den Betriebsübergang unterrichtet worden sei. Insbesondere rügt er eine falsche Information über die wirtschaftliche Situation der Betriebserwerberin und über die Haftungsverteilung zwischen dieser und der Beklagten. Sein Widerspruchsrecht habe er nicht verwirkt. Erst im Oktober 2005 habe er von der maroden Finanzausstattung der Betriebserwerberin erfahren. Hinzu komme, dass die Informationen im Unterrichtungsschreiben der Beklagten vom 22. Oktober 2004 grob fehlerhaft gewesen seien. Auch sei das für die Annahme einer Verwirkung erforderliche Umstandsmoment nicht verwirklicht.

Der Kläger verlangt von der Beklagten, die wegen seines zulässigen Widerspruchs auch über den 1. November 2004 hinaus seine Arbeitgeberin geblieben sei, die Zahlung der Arbeitsvergütung für den Zeitraum Oktober 2005 bis November 2006. Außerdem fordert er von der Beklagten hilfsweise im Wege eines Schadensersatzanspruches die Zahlung der mit der A Ge GmbH vereinbarten Abfindung.

Der Kläger hat beantragt,

- 1) festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Anstellungsverhältnis besteht;
- 2) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 5.366,61 Euro brutto (Entgelt Oktober 2005) abzüglich bezogenem Insolvenzgeld in Höhe von 3.843,44 Euro netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Dezember 2005 zu zahlen;
- 3) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 5.366,61 Euro brutto (Entgelt November 2005) abzüglich bezogenem Insolvenzgeld in Höhe von 3.843,44 Euro netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit



dem 1. Dezember 2005 zu zahlen;

- 4) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 5.366,61 Euro brutto (Entgelt Dezember 2005) abzüglich bezogenem Insolvenzgeld in Höhe von 2.690,60 Euro netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2006 zu zahlen;
- 5) Die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 262,61 Euro (Arbeitgeberanteil Krankenkasse und Pflegeversicherung Oktober 2005) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. November 2005 zu zahlen;
- 6) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 262,61 Euro (Arbeitgeberanteil Krankenkasse und Pflegeversicherung November 2005) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Dezember 2005 zu zahlen;
- 7) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 262,61 Euro (Arbeitgeberanteil Krankenkasse und Pflegeversicherung Dezember 2005) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2006 zu zahlen;
- 8) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 556,95 Euro netto (Krankenkassenbeitrag September 2005) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Oktober 2005 zu zahlen;
- 9) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 5.366,61 Euro brutto abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld in Höhe von 2.105,40 Euro netto (Arbeitsentgelt Januar 2006) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Februar 2006 zu zahlen;
- 10) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 5.366,61 Euro brutto abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld in Höhe von 2.105,40 Euro netto (Arbeitsentgelt Februar 2006) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. März 2006 zu zahlen;
- 11) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 5.366,61 Euro brutto abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld in Höhe von 2.105,40 Euro netto (Arbeitsentgelt März 2006) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem



1. April 2006 zu zahlen;
- 12) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 5.366,61 Euro brutto abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld in Höhe von 2.105,40 Euro netto (Arbeitsentgelt April 2006) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Mai 2006 zu zahlen;
- 13) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 5.366,61 Euro brutto abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld in Höhe von 2.105,40 Euro netto (Arbeitsentgelt Mai 2006) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juni 2006 zu zahlen;
- 14) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 5.366,61 Euro brutto abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld in Höhe von 2.105,40 Euro netto (Arbeitsentgelt Juni 2006) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juli 2006 zu zahlen;
- 15) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 5.366,61 Euro brutto abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld in Höhe von 2.105,40 Euro netto (Arbeitsentgelt Juli 2006) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. August 2006 zu zahlen;
- 16) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 5.366,61 Euro brutto abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld in Höhe von 2.105,40 Euro netto (Arbeitsentgelt August 2006) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. September 2006 zu zahlen;
- 17) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 5.366,61 Euro brutto abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld in Höhe von 2.105,40 Euro netto (Arbeitsentgelt September 2006) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Oktober 2006 zu zahlen;
- 18) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 5.366,61 Euro brutto abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld in Höhe von 2.105,40 Euro netto (Arbeitsentgelt Oktober 2006) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. November 2006 zu zahlen;
- 19) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 5.366,61 Euro brutto abzüglich bezogenem Arbeits-



losengeld in Höhe von 2.105,40 Euro netto (Arbeitsentgelt November 2006) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Dezember 2006 zu zahlen;

hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Klageantrag zu 1:

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 253.600,00 Euro brutto (Abfindungssumme gemäß Abwicklungsvereinbarung) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2006 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

11

Sie meint, mit ihrem Informationsschreiben vom 22. Oktober 2004 ihre Unterrichtungspflicht ordnungsgemäß erfüllt zu haben. Der Widerspruch des Klägers vom 21. Dezember 2005 sei deshalb verspätet. Jedenfalls habe er sein Recht zum Widerspruch verwirkt, weil nicht nur das Zeitmoment, sondern aufgrund der mit der Betriebserwerberin geschlossenen Abwicklungsvereinbarung vom 30. März 2005 auch das für die Annahme einer Verwirkung erforderliche Umstandsmoment vorliege.

12

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht dem Feststellungsantrag und der Klage auf Zahlung der Arbeitsvergütung für die Zeit vom 1. Januar 2006 bis 30. November 2006 stattgegeben. Soweit der Kläger für die Monate Oktober bis Dezember 2005 Vergütung eingeklagt hatte, hat das Landesarbeitsgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

13

Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger macht mit seiner Anschlussrevision weiterhin Vergütungsansprüche für den Zeitraum Oktober bis Dezember 2005 und hilfsweise den Abfindungsanspruch geltend.

14



Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Zwischen den Parteien besteht über den 1. November 2004 hinaus kein Arbeitsverhältnis; deshalb sind auch keine Zahlungsansprüche gegeben. 15

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Das Unterrichtungsschreiben der Beklagten vom 22. Oktober 2004 genüge den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB nicht. Die Beklagte habe den Kläger nicht über die kündigungsrechtliche Situation und die sich aus § 613a Abs. 4 BGB ergebenden Rechtsfolgen hingewiesen. Auch die haftungsrechtlichen Folgen des Betriebsübergangs seien nicht dargestellt worden. Aufgrund der fehlerhaften Unterrichtung sei die einmonatige Frist für die Ausübung des Widerspruchsrechts nicht in Lauf gesetzt worden. Der Widerspruch des Klägers vom 21. Dezember 2005 sei nicht verwirkt. Das Zeitmoment sei nicht erfüllt, weil davon auszugehen sei, dass die dafür relevante Frist erst mit Kenntnis des Klägers von den vorliegend bedeutsamen Tatsachen zu laufen begonnen habe. Erst mit dem Antrag auf Insolvenzeröffnung über das Vermögen der A Ge GmbH habe der Kläger die unvollständigen und teilweise falschen Informationen im Schreiben vom 22. Oktober 2004 erkennen können. Jedenfalls liege kein „Umstandsmoment“ vor. So habe der Kläger dieses insbesondere nicht durch den Abschluss der Abwicklungsvereinbarung vom 30. März 2005 mit dem darin enthaltenen Verzicht auf eine Kündigungsschutzklage verwirklicht. Ein Verzicht des Klägers auf sein Widerspruchsrecht sei ebenfalls nicht erfolgt. 16

Vergütungsansprüche stünden dem Kläger wegen des Annahmeverzugs der Beklagten für die Zeit vom 1. Januar 2006 bis 30. November 2006 zu. Da es am Leistungsvermögen des Klägers gefehlt habe (§ 297 BGB), habe er jedoch keine Vergütungsansprüche für den Zeitraum 1. Oktober bis 31. Dezember 2005 gegen die Beklagte aus Annahmeverzug. Auch scheide insoweit ein Schadensersatzanspruch des Klägers aus. 17



- B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 18
- I. Die Feststellungsklage ist nicht begründet. 19
1. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass die Unterrichtung des Klägers mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 über den beabsichtigten Betriebsübergang nicht den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB entsprochen hat. Die Unterrichtung setzte damit die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB für den Kläger nicht in Gang. Dies hat der Senat bereits in einer Reihe gleich gelagerter Fälle entschieden (*vgl. zB 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347; 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106*). Aus diesem Grunde hatte die Widerspruchsfrist mit dem Zugang des Unterrichtungsschreibens vom 22. Oktober 2004 an den Kläger nicht zu laufen begonnen, so dass sein Widerspruch mit Schreiben vom 21. Dezember 2005 nicht verspätet war. 20
2. Das Recht des Klägers zum Widerspruch war zum Zeitpunkt seiner Ausübung am 21. Dezember 2005 jedoch verwirkt. 21
- a) Der Senat hat bereits mehrmals entschieden, dass das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers verwirken kann (*vgl. zB 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347*). 22
- 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 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 23



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 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - mwN, BAGE 121, 289 = AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 64*).

24

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 Einzelfalls (*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. Außerdem ist die Länge des Zeitablaufs 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 letztlich 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 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - mwN, aaO*).

25



- b) Die Voraussetzungen für eine Verwirkung liegen im Streitfalle vor. 26
- aa) Die Beurteilung der Frage, ob ein Recht verwirkt ist, obliegt zwar grundsätzlich den Tatsachengerichten, die den ihnen zur Begründung des Verwirkungseinwandes vorgetragenen Sachverhalt eigenverantwortlich zu würdigen haben (*vgl. BAG 17. Januar 2007 - 7 AZR 23/06 - DB 2007, 1034*). Vom Revisionsgericht ist das Berufungsurteil jedoch darauf zu überprüfen, ob das Tatsachengericht die von der Rechtsprechung entwickelten rechtlichen Voraussetzungen der Verwirkung beachtet sowie alle erheblichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat und ob die Bewertung dieser Gesichtspunkte von den getroffenen tatsächlichen Feststellungen getragen wird (*vgl. BAG 12. Dezember 2006 - 9 AZR 747/06 - mwN, EzA BGB 2002 § 242 Verwirkung Nr. 1*). 27
- bb) Vorliegend ist dem Landesarbeitsgericht ein - auch revisionsrechtlich zu beachtender - Rechtsfehler unterlaufen. Es hat nämlich sowohl die Voraussetzungen für das Vorliegen des Zeit- als auch des Umstandsmoments verkannt. 28
- cc) Das Zeitmoment ist erfüllt. 29
- Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts beginnt die Frist für das für die Verwirkung maßgebliche Zeitmoment nicht erst mit der umfassenden Unterrichtung des Arbeitnehmers über den Betriebsübergang und seine Folgen zu laufen (*vgl. Senat 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106*). Damit setzt auch nicht erst die Kenntnis des Arbeitnehmers von der Fehlerhaftigkeit der Unterrichtung die Frist für die Beurteilung des Vorliegens des Zeitmoments in Lauf. 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, eine Gesamtbetrachtung stattzufinden, bei der das Zeit- und das Umstandsmoment zu berücksichtigen und in Relation zu setzen sind. 30
- Erfolgt die Prüfung entsprechend diesen Grundsätzen, so ist es nicht geboten, ähnlich wie bei gesetzlichen, gerichtlichen oder vertraglichen Fristen 31



für das sogenannte Zeitmoment einen bestimmten Fristbeginn, wie etwa die Kenntnis des Berechtigten von bestimmten Tatsachen festzulegen. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob der Verpflichtete aufgrund des Zeitablaufs, in dem der Berechtigte sein Recht nicht ausgeübt hat, und den Umständen des Einzelfalls, zu denen auch der jeweilige Informationsstand des Berechtigten gehört, darauf vertrauen durfte, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr geltend machen. Grundsätzlich ist der gesamte Zeitablauf seit der Rechtsentstehung von Bedeutung, im Falle der Beklagten jedenfalls der Zeitraum ab Ende November 2004, weil zu diesem Zeitpunkt die aus ihrer Sicht durch ihr Unterrichtungs-schreiben vom 22. Oktober 2004 in Gang gesetzte gesetzliche einmonatige Widerspruchsfrist (§ 613a Abs. 6 Satz 1 BGB) für den Kläger ablief.

Der Kläger hat sein Widerspruchsrecht erst über 13 1/2 Monate nach dem vollzogenen Betriebsübergang am 1. November 2004 ausgeübt, nämlich mit Schreiben vom 21. Dezember 2005. Vor Ablauf eines Monats nach der Unterrichtung in Schriftform muss der Arbeitgeber wegen der in § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB normierten Monatsfrist mit einem Widerspruch des Arbeitnehmers rechnen. Durch die Unterrichtung über den Betriebsübergang gibt der Arbeitgeber grundsätzlich zu erkennen, dass er mit dieser die Widerspruchsfrist von einem Monat in Gang setzen will und nach Fristablauf die Erklärung von Widersprüchen nicht mehr erwartet (*Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 166/07 -; 24. Juli 2008 - 8 AZR 1020/06 -*). Dies gilt auch, wenn die Unterrichtung unvollständig oder fehlerhaft war. Der Zeitraum von fast 14 Monaten zwischen der Unterrichtung über den Betriebsübergang und der Erklärung des Widerspruchs und von über einem Jahr nach dem fiktiven Ablauf der gesetzlichen Widerspruchsfrist ist nach der Rechtsprechung des Senats grundsätzlich geeignet, das Vorliegen des Zeitmoments zu bejahen und erfüllt im Streitfall insbesondere auch deshalb das Zeitmoment, weil der Kläger durch den Abschluss seiner Abwicklungsvereinbarung mit der A Ge GmbH ein besonders gewichtiges Umstandsmoment gesetzt hatte (*vgl. 2. April 2009 - 8 AZR 220/07 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 6*).

32

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



dd) Der Kläger hat durch sein Verhalten, insbesondere durch den Abschluss der als Aufhebungsvertrag zu betrachtenden Abwicklungsvereinbarung vom 30. März 2005 mit der A Ge GmbH das Umstandsmoment verwirklicht.

33

Das Umstandsmoment ist erfüllt, wenn der Arbeitgeber davon ausgehen durfte, der Widerspruch werde nicht mehr ausgeübt. Dies ist dann der Fall, wenn er aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers annehmen durfte, dieser habe den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber und diesen damit als seinen neuen Arbeitgeber akzeptiert (vgl. *Senat 27. November 2008 - 8 AZR 188/07 -*). Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer über den Bestand seines Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Betriebserwerber disponiert hat (vgl. *Senat 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106; 20. März 2008 - 8 AZR 1016/06 - NZA 2008, 1354*).

34

Allein der Umstand, dass der Arbeitnehmer (*zunächst*) widerspruchslos beim Betriebserwerber weiterarbeitet und von diesem die Arbeitsvergütung entgegennimmt, stellt ebenso wenig eine Disposition über den Bestand des Arbeitsverhältnisses dar (vgl. *Senat 27. November 2008 - 8 AZR 225/07 -*; *24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347*) wie Vereinbarungen mit dem Betriebserwerber, durch welche einzelne Arbeitsbedingungen, zB Art und Umfang der zu erbringenden Arbeitsleistung, Höhe der Arbeitsvergütung, geändert werden. 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, zB Abschluss eines Aufhebungsvertrages (*Senat 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106*) bzw. die Hinnahme einer vom Betriebserwerber ausgesprochenen Kündigung (*Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - aaO*), oder durch welche das Arbeitsverhältnis auf eine völlig neue rechtliche Grundlage gestellt wird (zB *die Begründung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses; Senat 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 -*).

35



Aufgrund des Abschlusses der Abwicklungsvereinbarung zwischen dem Kläger und der A Ge GmbH am 30. März 2005 durfte die Beklagte davon ausgehen, der Kläger werde sein Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben (*Erfüllung des Umstandsmoments*). 36

ee) Es ist unerheblich, ob und gegebenenfalls ab wann die Beklagte von dem Abschluss der Abwicklungsvereinbarung Kenntnis hatte. 37

Auf die Verwirkung darf sich die Beklagte berufen, unabhängig davon, ob ihr alle vom Kläger 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 mit Erfolg auf Verwirkungsumstände berufen könnte, diese auch der Betriebsveräußerer als früherer Arbeitgeber für sich in Anspruch nehmen darf. 38

Die Unterrichtungspflicht des § 613a Abs. 5 BGB trifft als Gesamtschuldner sowohl den bisherigen Arbeitgeber als auch den neuen Betriebsinhaber. Der von einem Betriebsübergang betroffene Arbeitnehmer erlangt die Fortdauer seines Widerspruchsrechts sowohl durch Informationsfehler des einen wie des anderen. Wenn das Gesetz in der Frage der Informationspflicht zum Betriebsübergang den alten und den neuen Arbeitgeber als Einheit sieht, legt dies nahe, Betriebsveräußerer und Betriebserwerber auch hinsichtlich des Informationsstandes zum Arbeitnehmerverhalten einheitlich aufzufassen. Auch Art. 3 Abs. 2 der RL 2001/23/EG fingiert einen gleichen Informationsstand von Veräußerer und Erwerber über die Rechte und Pflichten der übergegangenen Arbeitsverhältnisse. Entscheidend kommt hinzu, dass nach § 613a Abs. 6 Satz 2 BGB der Arbeitnehmer den Widerspruch sowohl gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber (*Betriebsveräußerer*) als auch gegenüber dem neuen Inhaber (*Betriebserwerber*) erklären darf. Der Widerspruch kann aber nicht 39



gegenüber dem neuen Arbeitgeber verwirkt sein, weil dieser die eingetretenen „Umstände“ kennt, gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber wegen dessen Unkenntnis jedoch nicht. Für das Schuldverhältnis von Betriebsveräußerer und Betriebserwerber als Gesamtschuldner gegenüber dem Arbeitnehmer als Berechtigtem ist in § 613a BGB, insbesondere in dessen Abs. 6, „ein anderes“ normiert (§ 425 Abs. 1 BGB). Neuer und alter Arbeitgeber dürfen sich wechselseitig auf die Kenntnis des anderen vom Arbeitnehmerverhalten berufen. Eine nachgewiesene 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 (*Senat 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 -*).

II. Die Klage auf Vergütung und auf Zahlung einer Abfindung ist ebenfalls unbegründet. 40

1. Die vom Kläger geltend gemachten Vergütungsansprüche für den Zeitraum 1. Oktober 2005 bis 30. November 2006 stehen ihm gegen die Beklagte nicht zu, weil infolge des ab 1. November 2004 im Wege eines Betriebsübergangs (§ 613a Abs. 1 BGB) auf die A Ge GmbH übergegangenen Arbeitsverhältnisses kein solches zwischen den Parteien mehr bestanden hat. Damit scheiden Ansprüche des Klägers aus Annahmeverzug gegen die Beklagte (§ 615 BGB) aus. 41

2. Der Kläger kann die Vergütungsansprüche auch nicht mit Erfolg im Wege des Schadensersatzes wegen nicht ordnungsgemäßer Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB gegenüber der Beklagten geltend machen. 42

Zwar handelt es sich bei der Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB um eine echte Rechtspflicht, deren Verletzung einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen kann (*ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. 20. März 2008 - 8 AZR 1022/06 - EzA BGB 2002 § 613a Nr. 91*), jedoch kann der Kläger von der Beklagten trotz deren Verstoßes gegen § 613a Abs. 5 BGB nach § 249 Abs. 1, § 280 Abs. 1 BGB im Streitfall nicht verlangen, so behandelt zu werden, als ob es wegen eines ordnungsgemäßen Wider- 43



spruchs iSd. § 613a Abs. 6 BGB nicht zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten gekommen wäre und er deshalb über den 1. November 2004 hinaus Vergütungsansprüche gegen diese gehabt hätte. Die nicht den Vorgaben des § 613a Abs. 5 BGB entsprechende Unterrichtung hat dazu geführt, dass die Frist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB für die Ausübung des Widerspruchsrechts nicht in Gang gesetzt worden ist. Der Gesetzgeber hat dem Arbeitnehmer über § 613a Abs. 6 BGB die Möglichkeit eingeräumt, bei einer Verletzung der Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB einen Widerspruch auch ohne Einhaltung der Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB auszuüben. Damit hat es der Arbeitnehmer in der Hand, durch die nicht fristgebundene Ausübung des Widerspruchsrechts den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebsveräußerer zu erreichen. Führt ein Verhalten des Arbeitnehmers jedoch dazu, dass sein Recht auf Ausübung des Widerspruchsrechts untergegangen ist, zB - wie im Streitfall - durch Verwirkung, liegt es nicht im Schutzzweck von § 613a Abs. 5, § 249 Abs. 1, § 280 Abs. 1 BGB, dass der Arbeitnehmer im Wege der Naturalrestitution verlangen kann, wirtschaftlich so gestellt zu werden, als hätte er den Widerspruch wirksam ausgeübt. Würde ein solcher Schadensersatzanspruch anerkannt, würden letztlich die Regelungen, welche zum Untergang des Widerspruchsrechts geführt haben, umgangen (so zum Schadensersatzanspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses: Senat 2. April 2009 - 8 AZR 220/07 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 6).

3. Die Klage auf Zahlung von 253.600,00 Euro ist ebenfalls unbegründet. 44

a) Dieser vom Kläger nur für den Fall des Unterliegens mit seinem Feststellungsantrag hilfsweise gestellte Zahlungsantrag ist in der Revision zur Entscheidung angefallen. 45

Über einen Hilfsantrag ist in der Revisionsinstanz zu befinden, wenn dem Hauptantrag (*im Streitfalle dem Feststellungsantrag des Klägers*) in der Berufungsinstanz entsprochen, auf die Revision des Beklagten dieser Hauptantrag vom Revisionsgericht jedoch abgewiesen wird. Grundlage dafür, dass das dem Hilfsantrag zugrunde liegende Klagebegehren Gegenstand der 46



Revisionsinstanz wird, ist der Umstand, dass die Grundbedingungen des Klageverfahrens auch im Rechtsmittelzug weitergelten. Dazu gehört die Festlegung des Klagebegehrens, welches der Beklagte durch ein von ihm eingelegtes Rechtsmittel nicht einschränken kann (*BGH 20. September 1999 - II ZR 345/97 - mwN, NJW 1999, 3779; im Ergebnis ebenso BAG 10. Juni 2009 - 4 ABR 21/08 - NZA 2010, 51*).

- b) Da die Beklagte nicht Vertragspartner der Abwicklungsvereinbarung vom 30. März 2005 ist, scheidet ein vertraglicher Anspruch des Klägers gegen diese aus. 47
- c) Der Kläger hat auch keinen Schadensersatzanspruch in Höhe dieser mit der A Ge GmbH vereinbarten Abfindung gegen die Beklagte. Zwar hat diese ihrer Unterrichtungspflicht aus § 613a Abs. 5 BGB gegenüber dem Kläger nicht genügt, weshalb sie diesem grundsätzlich nach § 280 Abs. 1 BGB zum Ersatz des Schadens, den er durch die unzulängliche Unterrichtung erlitten hat, verpflichtet ist. Der Kläger hat jedoch nicht dargelegt, dass die nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Unterrichtung ursächlich dafür war, dass er die mit der A Ge GmbH vereinbarte Abfindung nicht erhalten hat. Hätte ihn die Beklagte ordnungsgemäß über den Betriebsteilübergang unterrichtet, so hätte er - wie er behauptet - dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen. Dann wäre er Arbeitnehmer der Beklagten geblieben und es hätte nicht zum Abschluss einer Abwicklungsvereinbarung mit der A Ge GmbH kommen können. 48
- d) Da der Kläger in den Vorinstanzen ausdrücklich die in der Abwicklungsvereinbarung vorgesehene Abfindung im Wege des Schadensersatzes von der Beklagten gefordert hat, war - weil es sich insoweit um einen anderen Streitgegenstand handeln würde - nicht zu prüfen, ob ihm gegen die Beklagte unmittelbare Abfindungsansprüche aufgrund eines einschlägigen Sozialplanes zustünden. 49



C. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91, 97 Abs. 1 ZPO.

Hauck

Böck

Breinlinger

Brückmann

Mallmann



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)