

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 152/08  
2 Sa 397/07  
Landesarbeitsgericht  
München

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
9. Dezember 2010

## URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin, Anschlussberufungsbeklagte und  
Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte, Anschlussberufungsklägerin und  
Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. Dezember 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Eimer und Dr. Pauli für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 10. Januar 2008 - 2 Sa 397/07 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht, nachdem die Klägerin gegen dessen Übergang infolge eines Betriebsübergangs Widerspruch eingelegt hat. 1

Im Oktober 2004 war die Klägerin bei der Beklagten beschäftigt, ihr Teilzeit-Arbeitsverhältnis (30 Wochenstunden) war dem Geschäftsbereich C I (CI) zugeordnet. Sie verdiente zuletzt monatlich brutto 2.950,73 Euro. 2

Mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 informierte die Beklagte die Klägerin über die beabsichtigte Übertragung des Geschäftsbereichs CI auf die A GmbH. Darin wurde der Klägerin ua. mitgeteilt: 3

„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:

...

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 ...

...

**5. Zu Ihrer persönlichen Situation:**

Ihr Arbeitsverhältnis wird von dem geplanten Personalabbau gemäß Ziffer 4 nicht betroffen sein.

**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 Widerspruchschriften 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 4  
ausgegliedert und auf die neu gegründete A GmbH übertragen. Die Klägerin  
widersprach dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf diese GmbH zu-  
nächst nicht.

Anfang Mai 2005 stellte die A GmbH Antrag auf Eröffnung des In- 5  
solvenzverfahrens. Mit einem auf den 19. Juli 2005 datierten Formschreiben  
rügte die Klägerin gegenüber der Beklagten, das Informationsschreiben ent-  
halte offensichtlich unzutreffende Informationen, entspreche nicht den gesetz-  
lichen Anforderungen und löse den Lauf der Widerspruchsfrist nicht aus. Sie,  
die Klägerin, erwarte nunmehr eine vollständige und wahrheitsgemäße  
Information, nach deren Eingang sie eine Entscheidung über den Widerspruch  
treffen werde. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1. August 2005  
arbeitete die Klägerin bis 31. Dezember 2005 weiter für die A GmbH i. L., wurde  
von dieser ab dem 1. Januar 2006 freigestellt und erhielt keinen Lohn mehr.  
Sodann kündigte die A GmbH i. L. unter dem 12. Januar 2006 das Arbeits-  
verhältnis mit der Klägerin zum 30. April 2006. Gegenüber der Beklagten  
widersprach die Klägerin mit Schreiben vom 20. Januar 2006 dem Übergang  
ihres Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH.

Die Klägerin ist der Ansicht, sie habe im Januar 2006 dem Übergang ih- 6  
res Arbeitsverhältnisses von der Beklagten auf die A GmbH noch wirksam  
widersprechen können, weil infolge der nicht ausreichenden Unterrichtung  
durch die Beklagte im Schreiben vom 22. Oktober 2004 die einmonatige Wider-  
spruchsfrist nach § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht in Gang gesetzt worden sei.

Soweit von Bedeutung für die Revision hat die Klägerin beantragt 7  
festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Arbeits-  
verhältnis besteht.

Zur Begründung ihres Klageabweisungsantrages hat die Beklagte die 8  
Auffassung vertreten, die Unterrichtung der Klägerin genüge den gesetzlichen  
Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB. Mit der Revision hat die Beklagte  
zusätzlich darauf verwiesen, die Klägerin habe ihr Widerspruchsrecht verwirkt,

weil sie durch die widerspruchslose Weiterarbeit bei der Betriebserwerberin diese als Arbeitgeberin akzeptiert habe.

Das Arbeitsgericht hat der Klage, Zahlungsanträge eingeschlossen, stattgegeben. Die Berufung der Beklagten blieb vor dem Landesarbeitsgericht weitgehend erfolglos, die mit der Anschlussberufung von der Klägerin geltend gemachten weiteren Zahlungsansprüche wurden dagegen zugesprochen. Mit der für sie zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte weiterhin das Ziel einer Klageabweisung, wobei sie Revisionsrügen hinsichtlich der Höhe der ausgerichteten Zahlungsansprüche nicht vorbringt.

9

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist unbegründet. Infolge des wirksamen Widerspruchs der Klägerin nach § 613a Abs. 6 BGB gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses besteht dieses zwischen den Parteien auch über den 1. November 2004 hinaus weiter.

10

A. Das Landesarbeitsgericht hat die Unterrichtung der Klägerin durch das Informationsschreiben der Beklagten vom 22. Oktober 2004 für fehlerhaft gehalten. Das Widerspruchsrecht habe die Klägerin auch nicht verwirkt. Es sei nicht treuwidrig, dass sie erst dann dem Übergang des Arbeitsverhältnisses widersprochen habe, als sie von der A GmbH i. L. nicht mehr beschäftigt worden sei und von dieser keine Vergütung mehr erhalten habe. Die Klägerin habe lediglich versucht, in einer rechtlich schwierigen Situation möglichst lange ihre Existenzgrundlage zu sichern. Die Beklagte habe es in der Hand gehabt, auf das entsprechende Schreiben der Klägerin weitere Informationen zu erteilen und so eine frühere Entscheidung der Klägerin über die Ausübung ihres Widerspruchsrechts herbeizuführen.

11

B. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

12

- I. 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 (*Senat 20. März 2008 - 8 AZR 1016/06 - NZA 2008, 1354; 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - BAGE 128, 328 = AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106*). Daher war ihr Widerspruch im Januar 2006 nicht verspätet, weil die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht mit Zugang der Unterrichtung zu laufen begonnen hatte (*vgl. Senat 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - aaO*). 13
- II. Die Klägerin hatte ihr Widerspruchsrecht nicht verwirkt. 14
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 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 Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist. 15
- 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*). 16

- 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 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*).

17

2. Zwischen der Unterrichtung der Klägerin am 22. Oktober 2004 über den bevorstehenden Betriebsteilübergang und ihrem Widerspruch vom 20. Januar 2006 liegt ein Zeitraum von ca. 15 Monaten.

18

a) Das Schreiben der Klägerin vom 19. Juli 2005 - dessen Auslegung als Standardschreiben auch dem Senat möglich ist - hat die Verwirkung nicht gehemmt. Zwar hat die Klägerin in diesem Schreiben die Auffassung vertreten, das Informationsschreiben vom 22. Oktober 2004 sei unrichtig gewesen, entspreche nicht den gesetzlichen Anforderungen und löse den Lauf der Widerspruchsfrist nicht aus. Daraus leitete sie ausdrücklich das Recht ab, noch im

19



Juli 2005 dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH widersprechen zu können. Indes erklärte die Klägerin diesen Widerspruch gerade nicht und verlangte lediglich „vollständige und wahrheitsgemäße Information“. Sie kündigte an, nach deren Erhalt die Entscheidung zu treffen, ob sie dem Übergang widerspreche. Damit hat die Klägerin auch angesichts einer offenkundig prekär gewordenen wirtschaftlichen Situation nicht ausgeschlossen, auf die Ausübung ihres Widerspruchsrechts möglicherweise zu verzichten. Dies hindert bei der Beklagten nicht die Vertrauensbildung darin, die Klägerin werde ein etwaiges Recht zum Widerspruch letztlich doch nicht ausüben.

b) Es kann gleichwohl dahinstehen, ob eine Zeitspanne von 15 Monaten das für das Vorliegen einer Verwirkung erforderliche Zeitmoment erfüllt (*Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347; 2. April 2009 - 8 AZR 473/07 -*), da jedenfalls die Klägerin kein Umstandsmoment verwirklicht hat. 20

3.a) Greift ein Arbeitnehmer eine vom Betriebserwerber ausgesprochene Kündigung nicht an, kann dadurch das für die Annahme einer Verwirkung erforderliche Umstandsmoment erfüllt sein (*Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347*). Erforderlich ist, dass entweder eine Kündigungsschutzklage erhoben oder binnen der Frist des § 4 Satz 1 KSchG die Unwirksamkeit der Kündigung in sonstiger Weise gegenüber der Betriebserwerberin oder auch der Betriebsveräußerin geltend gemacht wird. 21

b) Im Streitfall hat die Klägerin unter dem 12. Januar 2006 von der Betriebserwerberin A GmbH i. L. eine betriebsbedingte Kündigung erhalten und diese nicht durch eine Kündigungsschutzklage angegriffen. Gleichwohl ist darin kein Umstandsmoment im Sinne der Verwirkung zu sehen, da die Klägerin binnen der Dreiwochenfrist des § 4 KSchG den Widerspruch gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses gegenüber der Beklagten erklärt hat. Dadurch hat die Klägerin die von der Betriebserwerberin ausgesprochene Kündigung zu einem Zeitpunkt ins Leere gehen lassen, als noch die Möglichkeit zu einer gegen die Betriebserwerberin zu richtenden Kündigungsschutzklage bestand. Diese Möglichkeit stand der Klägerin offen. Sie hat sich vorliegend konsequent im Sinne ihrer Entscheidung, das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fortzu- 22

setzen, verhalten, da eine sonst erhobene Kündigungsschutzklage gegen die Betriebserwerberin nach dem Widerspruch in jedem Falle unbegründet gewesen wäre und von der Klägerin hätte zurückgenommen werden müssen.

c) Andererseits kann die Beklagte ihrerseits nicht auf das Schreiben der Klägerin vom 19. Juli 2005 ein besonderes Vertrauen im Sinne eines Umstandsmoments gründen. Die Beklagte hat außer einer Eingangsbestätigung vom 22. Juli 2005 auf die Anforderung der Klägerin vom 19. Juli 2005 nicht reagiert. Damit hat es auch die Beklagte dahinstehen lassen, ob der Klägerin infolge einer falschen oder unvollständigen Information ein Widerspruchsrecht noch zusteht oder nicht. Ein besonderes Vertrauen, ein solches werde nicht mehr ausgeübt, ergibt sich aus dieser Vorgehensweise nicht. 23

C. Die Beklagte hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen. 24

Hauck

Böck

Breinlinger

Der ehrenamtliche Richter Eimer ist wegen Ablauf der Amtszeit an der Unterschriftsleistung verhindert.

Hauck

Pauli