

Zusammenfassung/Übersicht zu einem Auftritt von Herrn Dr. Thomas Wolf vor dem Bundesarbeitsgericht (BAG) aus dem Jahr 2014:

Der Arbeitgeber (Kantinenbetreiber) hatte seinen Betrieb an einen Nachfolger (Übernehmer) übergeben. In einem solchen Fall geht das Arbeitsverhältnis grundsätzlich auf den Übernehmer über. Der Übernehmer bestritt allerdings die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs. Der Arbeitnehmer einigte sich daraufhin mit dem Übernehmer darauf, dass kein Betriebsübergang vorlag und dementsprechend der Übernehmer auch nicht als neuer Arbeitgeber in den Arbeitsvertrag eintrat. Gleichzeitig verpflichtete sich der Übernehmer zur Zahlung einer „Abstandssumme“.

Nunmehr wandte sich der Arbeitnehmer an den bisherigen Arbeitgeber und vertrat die Auffassung, es habe doch ein Betriebsübergang vorgelegen. Der Arbeitnehmer machte daraufhin von seinem vermeintlichen Widerspruchsrecht Gebrauch und begehrte die Feststellung gegenüber dem (alten) Arbeitgeber, dass mit diesem ein Arbeitsverhältnis weiter besteht.

Das Bundesarbeitsgericht vertrat die Auffassung, dass der Arbeitnehmer durch die mit dem Übernehmer getroffene Vereinbarung sein Widerspruchsrecht verwirkt hatte und er deshalb den (alten) Arbeitgeber nicht mehr in Anspruch nehmen könne.

Nachfolgend finden Sie die gesamte Entscheidung des BAG zu dem geschilderten Fall.

Quelle des nachfolgenden Dokuments: NZA/2014, S. 774-777

[15] B. Die im Hinblick auf die Rüge des Kl. zu § 613 a BGB noch zulässige Revision ist unbegründet. Die Entscheidung des LAG hält im Ergebnis einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

[16] I. Der Kl. kann den Bekl. nicht für die Vergütung nach seinem Arbeitsvertrag iVm § 611 I BGB, § 128 S. 1 HGB analog in Anspruch nehmen. Der Kl. macht Vergütungsforderungen geltend, die den Zeitraum vom 1.4.2011 bis zum 9.6.2011 betreffen und die spätestens mit dem Zeitpunkt des Vergleichsschlusses am 10.6.2011 entstanden sind und fällig wurden. Am 1.4.2011 war die GbR, mit der der Kl. im Dezember 2010 ein Arbeitsverhältnis hatte, bereits seit geraumer Zeit aufgelöst. Das LAG hat festgestellt, dass im Dezember 2010 allein die „K u. P-GbR“ Arbeitgeberin des Kl. war und nicht etwa der Bekl. selbst oder sein damaliger Mitgesellschafter P. Ab 1.1.2011 war nur noch P alleiniger Arbeitgeber. An diese Feststellungen ist der Senat mangels einer erhobenen Verfahrensrüge gebunden (§ 559 II ZPO).

[17] II. Eine Haftung des Bekl. unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftsrechtlichen Nachhaftung kommt nicht in Betracht. Auch daraus ergibt sich kein Anspruch des Kl. gegen den Bekl.

[18] 1. Eine begrenzte Nachhaftung des Bekl. nach § 736 II BGB iVm § 160 HGB ist nicht gegeben, da den Feststellungen des LAG, dem unstreitigen Akteninhalt und auch dem Vorbringen des Kl. Tatsachen nicht zu entnehmen sind, nach denen der Gesellschaftsvertrag der „K u. P-GbR“ überhaupt eine Fortsetzungsklausel iSd § 736 I BGB enthielt. Es wurde weder vorgetragen, dass einer der gesetzlichen Beispielfälle des § 736 I BGB oder eine andere Konstellation des „Ausscheidens“ aus der Gesellschaft vertraglich zwischen den Gesellschaftern, also zwischen dem Bekl. und P geregelt worden ist. Daher ist auch nicht zu entscheiden, ob es in einem solchen Fall überhaupt eine „Ein-Mann-GbR“ geben kann.

[19] 2. Auch eine entsprechende Anwendung des § 736 II BGB, § 160 HGB kommt nicht in Betracht. Der Sonderfall, dass bei einer zweigliedrigen Gesellschaft einer der beiden Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen – sämtliche Aktiva und Passiva – im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übernimmt, liegt nicht vor (vgl. BGHZ 142, 324 = NJW 2000, 208; OLG Brandenburg, Urt. v. 14.1.2009 – 3 U 75/08, BeckRS 2009, 05211; KG, Urt. v. 22.11.1998 – 13 U 5553/98, NZG 1999, 392 mit Anm. Barth/Michalski, NZG 1999, 392). Die Feststellung des BerGer., vorliegend hätten sich die Gesellschafter nicht über einen Fortbestand der Gesellschaft, sondern mit Beschluss vom 5.1.2011 über die ersatzlose Auflösung der Gesellschaft geeinigt, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Bereits in Nr. 1 des Gesellschafterbeschlusses vom 5.1.2011 wird das Einvernehmen der Gesellschafter festgehalten, dass die Gesellschaft „zum 31.12.2010... aufgelöst“ wird. Die sich aus der GbR ergebenden Rechte und Pflichten sollen nach Nr. 2 „als erledigt“ gelten, die Gesellschaft soll also gerade nicht fortgeführt werden. Nach Nr. 4 sollten die Geschäfte der aufgelösten Gesellschaft von P abgewickelt werden, wobei er bestehende Geschäftsverbindungen auf seine Person umschreiben durfte, aber auch musste. Der Bekl. erhielt „seinen eingebrachten Anteil“ in Form eines Pauschalbetrags von 1500 Euro. Die Nrn. 3 und 4 des Auflösungsbeschlusses enthalten somit eine Regelung, wie die einen Monat am Markt werbend aufgetretene Gesellschaft ab Januar 2011 zu liquidieren ist. Dem Willen der Gesellschafter ist gerade nicht zu entnehmen, dass P die Gesellschaftsanteile des Bekl. „übernehmen“ und die Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge weiterführen sollte. Es gibt im Übr-

gen keine Feststellungen und auch keinen Vortrag des Kl., dass die aufgelöste GbR überhaupt nennenswerte Vermögensgegenstände oder Aktiva gehabt hatte. Eine Nachhaftung des Bekl. auch für nur „begründete“ Ansprüche nach § 736 II BGB, § 160 HGB analog kommt daher nicht in Betracht.

[20] 3. Die Lohnansprüche des Kl. für Dezember 2010, für die der Bekl. nach § 611 I BGB, § 128 HGB haftete, sind befriedigt und nicht Gegenstand des Rechtsstreits. Für danach entstandene Lohnansprüche des Kl. haftete der Bekl. selbst im Falle eines Betriebsübergangs von der GbR auf P nicht nach § 613 a II BGB, da solche Verpflichtungen nicht vor dem Zeitpunkt des Übergangs, also vor dem 1.1.2011 entstanden sind.

Anm. d. Schriftlg.: Zur Gesellschafterhaftung in der Insolvenz von Anwaltssozietäten – Erstreckung auf (ausgeschiedene) Scheingesellschafter? – s. Wischemeyer/Honisch, NJW 2014, 881; zu Zuordnungsentscheidung und Versetzung vor Betriebsübergang vgl. Elking, NZA 2014, 295; mit den betriebsverfassungsrechtlichen Folgen des Widerspruchs bei einem Betriebsübergang beschäftigen sich Hidalgo/Kobler, NZA 2014, 290. ■

Betriebsübergang – Umstandsmoment bei Verwirkung des Widerspruchsrechts

BGB § 613 a I, V, VI

Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG:

1. Das Widerspruchsrecht kann wegen Verwirkung ausgeschlossen sein. Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB). Dazu muss der Gläubiger längere Zeit seine Rechte nicht geltend gemacht haben (Zeitmoment) und unter solchen Umständen untätig geblieben sein, dass der Eindruck entstanden ist, er werde sein Recht nicht mehr geltend machen (Umstandsmoment). Das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf Seiten des Verpflichteten muss das Interesse des Berechtigten so überwiegen, dass dem Verpflichteten die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist.

2. Für das Zeitmoment kann auch eine Frist von sechs oder knapp fünf Monaten ausreichend sein, wenn in der Gesamtbetrachtung weitere, verstärkende Momente zu beachten sind.

3. Als Umstand für die Verwirkung gilt, wenn der Arbeitnehmer über die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses disponiert. Eine solche Disposition ist auch darin zu sehen, dass der Arbeitnehmer mit dem Betriebserberber bei tatsächlich gegebenem Betriebsübergang vereinbart, zwischen ihnen habe „nie ein Arbeitsverhältnis bestanden“ und weiter eine nicht näher bezeichnete Zahlung mit dem Betriebserberber verabredet.

4. In einer solchen Konstellation kann sich der Betriebsveräußerer, der ein weiteres Mal vom Arbeitnehmer mit dem Bestand seines Arbeitsverhältnisses durch Ausübung seines Rechts zum „Widerspruch“ konfrontiert wird, auf die Verwirkung dieses Rechts berufen.

Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung:

Bestätigung und Fortführung der Senatsrechtsprechung zum Umstandsmoment bei der Verwirkung des Rechts zum Widerspruch, vgl. BAG, Urt. v. 22.4.2010 – 8 AZR 805/07, BeckRS 2010, 72679; BAG, Urt. v. 21.1.2010 – 8 AZR 870/07, BeckRS 2010, 72801; BAG, NZA 2008, 1354; BAG, Urt. v. 27.11.2008 – 8 AZR 225/07, BeckRS 2009, 63352.

BAG, Urt. v. 17.10.2013 – 8 AZR 974/12 (Vorinstanz: LAG Hessen, Urt. v. 4.7.2012 – 6 Sa 83/12)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten um die Wirksamkeit eines Widerspruchs des Kl. gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses infolge Betriebsübergangs, um die Wirksamkeit einer vorsorglichen Kündigung der Bekl. und um Annahmeverzugslohnansprüche. Der Kl. hatte im November 1985 ein Arbeitsverhältnis mit der Rechtsvorgängerin der Bekl., der R-GmbH, begonnen. Bei dieser wurde er mit Arbeitsvertrag vom 27.4.1992 zum Leiter ihres Teilbetriebs in der Werkskantine der Firma A (A) in M. befördert. Der Teilbetrieb ging am 1.4.1996 auf die Bekl. über. Diese setzte dort zuletzt acht Arbeitnehmer ein, der Kl. war auch Betriebsobmann und verdiente monatlich 3438,40 Euro brutto. Mit Schreiben vom 12.11.2010 informierte die Bekl. den Kl. und die übrigen Arbeitnehmer des Teilbetriebs A, dass dieser Betrieb zum 1.1.2011 auf die Ap-KG (Ap) übergehen werde. Die Bekl. hatte den Cateringvertrag mit der Auftraggeberin zum 31.12.2010 verloren. Die Ap übernahm am 1.1.2011 die Kantine und führte diese mit dem gleichen Konzept fort, wie es zuvor die Bekl. ihren Caterer-Dienstleistungen zu Grunde gelegt hatte. Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass es am 1.1.2011 zu einem Betriebsübergang auf die Ap gekommen ist. Der Kl. bot am 3.1.2011 seine Arbeitsleistung bei Ap an. Diese lehnte ab, weil sie sich nicht als Betriebserwerberin sah. Daraufhin bot der Kl. seine Arbeitskraft am 4.1.2011 der Bekl. an, diese lehnte ab, weil es aus ihrer Sicht zu einem Betriebsübergang gekommen war. Der Kl. ließ durch Anwaltsschreiben vom selben Tage sein Angebot gegenüber der Bekl. wiederholen, forderte eine Bestätigung über den Bestand des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien und behielt sich etwaige Rechte bezüglich eines Widerspruchs „gegen den Betriebsübergang“ ausdrücklich vor.

Am 26.1.2011 erhob der Kl. Klage gegen die Ap mit dem Antrag, den Bestand eines Arbeitsverhältnisses zwischen ihm und Ap festzustellen. Der Bekl. verkündete er den Streit. Nach einer Kündigung der Ap erweiterte der Kl. seine Klage um einen Kündigungsschutzantrag. Unter dem 15.3.2011 machte der Kl. gegenüber der Bekl. Annahmeverzugslohnansprüche durch Anwaltsschreiben geltend, ausdrücklich behielt er sich unter IV dabei die Ausübung des Widerspruchsrechts nach § 613 a VI BGB vor. Die Nr. III dieses Schreibens lautete: „Im Übrigen wird anheim gestellt, innerhalb oben genannter Frist – gegebenenfalls in Abstimmung mit der Firma Ap – ein einvernehmliches Vergleichsangebot vorzulegen. Auf Grund der Betriebsratstätigkeit meines Mandanten erachten wir das bisherige Angebot (Faktor 0,5) als völlig unzureichend.“

Den Rechtsstreit des Kl. mit Ap vor dem *ArbG Offenbach* (3 Ca 22/11) beendeten die dortigen Parteien auf Vorschlag des Gerichts durch Vergleich, der am 26.4.2011 nach § 278 VI ZPO mit folgendem Inhalt festgestellt wurde:

- „1. Zwischen den Parteien besteht Einigkeit, dass kein Betriebsübergang gem. § 613 a BGB vorliegt, dass das Arbeitsverhältnis demzufolge nicht auf die Bekl. übergegangen ist und auch sonst kein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien begründet wurde und somit nicht besteht.
2. Die Bekl. zahlt an den Kl. einen Betrag in Höhe von 45.000 Euro (in Worten: Euro Fünfundvierzigtausend 00/100). Etwaige hierauf anfallende Steuern und Sozialversicherungsbeiträge sind von dem Kl. zu tragen.
3. Mit Erfüllung dieser Vereinbarung sind alle etwaigen wechselseitigen finanziellen Ansprüche zwischen den Parteien, gleich welcher Art und gleich, ob bei Abschluss dieses Vergleiches bekannt oder unbekannt, erledigt und ausgeglichen. Dem Kl. bleibt die Geltendmachung des Widerspruchsrechts gem. § 613 a V und VI BGB gegenüber der Firma E GmbH vorbehalten. ...“

Der Kl. erklärte gegenüber der Bekl. am 5.5.2011 den Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses infolge Betriebsübergangs, wobei er darauf hinweisen ließ, die Unterrichtung über einen etwaigen Betriebsübergang sei nicht ordnungsgemäß erfolgt. Sodann erhob er gegen die Bekl. am 30.5.2011 Klage mit dem Ziel der Feststellung eines Arbeitsverhältnisses, der Weiterbeschäftigung und der Zahlung von Annahmeverzugslohn. Eine vorsorgliche Kündigung der Bekl. griff er durch Klageerweiterung an. Dazu hat der Kl. die Auffassung vertreten, sein Widerspruch vom 5.5.2011 sei wirksam, da die Frist infolge eines fehlerhaften Unterrichtungsschreibens nach § 613 a VI BGB noch nicht zu laufen begonnen habe. Das Recht zum Widerspruch habe er nicht verwirkt. Zum einen seien zwischen der fehlerhaften Unterrichtung und seinem Widerspruch weniger als sechs Monate vergangen, zum anderen fehle es jedenfalls am Umstandsmoment. Er habe

sich stets sowohl gegenüber der Bekl. als auch gegenüber Ap sein Widerspruchsrecht vorbehalten. Eine Disposition über sein Arbeitsverhältnis habe er nicht getroffen, auch nicht durch den Vergleich vom 26.4.2011 mit Ap. Denn die dortigen Parteien seien gerade davon ausgegangen, dass es einen Betriebsübergang nicht gegeben habe. Die Bekl. habe zu keinem Zeitpunkt darauf vertrauen dürfen, dass er von der Option des Widerspruchs keinen Gebrauch mehr machen werde; nach Abschluss des Vergleiches habe er ihn alsbald erklärt.

Ihren Antrag auf Klageabweisung hat die Bekl. mit der Auffassung begründet, der Kl. habe seinen Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses verwirkt. Er verhalte sich zudem widersprüchlich, wenn er sich mit Ap darauf verständigt habe, dass ein Betriebsübergang nicht stattgefunden habe, unmittelbar im Anschluss daran jedoch dies gegenüber der Bekl. wieder geltend mache.

Das *ArbG Frankfurt a. M.* (Urt. v. 20.12.2011 – 4 Ca 3613/11, BeckRS 2014, 66825) hat den Feststellungsanträgen sowie dem Weiterbeschäftigungsantrag des Kl. ganz, den Zahlungsanträgen teilweise stattgegeben. Während die Berufung des Kl., soweit das *ArbG* die Klage abgewiesen hatte, erfolglos blieb, hatte die Berufung der Bekl. vor dem *LAG Hessen* (Urt. v. 4.7.2012 – 6 Sa 83/12, BeckRS 2013, 65573) vollumfänglich Erfolg. Mit der vom *LAG* zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein Klagebegehren weiter. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: [13] Das *LAG* hat rechtsfehlerfrei erkannt, dass der Kl. sein Recht zum Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Ap verwirkt hat.

[14] A. Das *LAG* hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

[15] Es sei festzustellen, dass nach den vom Kl. im Prozess gegen Ap vorgetragenen Umständen und nach dem nicht bestrittenen Vortrag der Bekl. die Ap mit Wirkung zum 1.1.2011 die Bewirtschaftung der Betriebskantine der A übernommen habe und dabei ein Übergang des Teilbetriebs A von der Bekl. auf Ap stattgefunden habe. Damit sei das Arbeitsverhältnis des Kl. am 1.1.2011 auf die Ap übergegangen.

[16] Da der Kl. sein Recht zum Widerspruch verwirkt habe, stehe dem sein am 5.5.2011 erklärter Widerspruch nicht entgegen. Das Unterrichtungsschreiben der Bekl. zum Übergang des Teilbetriebs sei zwar fehlerhaft gewesen, die Voraussetzungen für eine Verwirkung des Widerspruchsrechts durch den Kl. lägen aber vor. Neben dem Zeitpunkt habe der Kl. unbeschadet seiner Widerrufsvorbehalte auch das Umstandsmoment verwirklicht. Der Vergleich mit Ap, bestätigt durch das *ArbG* am 26.4.2011, stelle eine Disposition über das Arbeitsverhältnis des Kl. dar. Gegenstand des durch diesen Vergleich beendeten Prozesses seien die Feststellungsklage und die Kündigungsschutzklage des Kl. gegen Ap gewesen. Der materiellen Rechtslage entsprechend habe der Kl. Ap als Betriebsübernehmerin in Anspruch genommen. Mit dem Vergleich habe er – unbeschadet des Vergleichswortlautes – über sein Arbeitsverhältnis disponiert, da er bei tatsächlich und rechtlich stattgefundenem Betriebsübergang eine Einigung mit Ap erzielt habe, dass ein Arbeitsverhältnis nicht zu Stande gekommen und der Streit um die Kündigung erledigt sei. Dies genüge als Disposition, auch wenn die vereinbarte Zahlung nicht als Abfindungszahlung für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses deklariert worden sei.

[17] B. Diese Begründung hält im Ergebnis einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

[18] I. Der Teilbetrieb A ist zum 1.1.2011 von der Bekl. auf die Ap nach § 613 a BGB übergegangen.

[19] 1. Das *LAG* hat festgestellt, dass die Ap mit Wirkung zum 1.1.2011 die Bewirtschaftung der Betriebskantine von A in M. übernommen hat. Dabei führte Ap das Betriebsrestaurant bei dem Kunden A unverändert in denselben Räumen unter Nutzung der bisherigen Betriebsmittel fort. Das Betriebskonzept wurde nicht geändert. Es wurde weiterhin eine Frischeküche von Ap genutzt und dort wurden wie zuvor Speisen zubereitet. Die Verköstigung erfolgte unverändert im möblierten Speisesaal. Ap hat sämtliches Küchenequipment wie Geschirr, Theken, Küchengeräte und Kassensystem übernommen und ab dem 1.1.2011 identisch weitergenutzt. Die

Organisation des Betriebsrestaurants wurde unverändert fortgeführt, wobei auch die Mitarbeiterstruktur im Hinblick auf den Grad der Beschäftigung von Voll- und Teilzeitarbeitern erhalten blieb. Speisenangebote, Dienstpläne und Öffnungszeiten sind ebenfalls nahezu unverändert geblieben.

[20] 2. Diese Feststellungen tragen die rechtliche Würdigung des BerGer, ein Betriebsübergang auf *Ap* habe stattgefunden. Diese Feststellung ist vom Kl. nicht mit Verfahrensrügen angegriffen worden und für den Senat bindend (§ 559 II ZPO). Das Arbeitsverhältnis des Kl. ist daher am 1.1.2011 nach § 613 a I 1 BGB auf die *Ap* übergegangen.

[21] II. Das Informationsschreiben der Bekl. vom 12.11.2010 stellt keine ordnungsgemäße Unterrichtung über den Betriebsübergang nach § 613 a V BGB dar, da es Fehler enthält.

[22] So wurde unter Nr. 4 der Kl. darüber informiert, sein Arbeitsverhältnis gehe in dem zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Zustand auf „Ar“ über. Auch nach Nr. 7 S. 5 wurde der Kl. darüber informiert, dass er seinen Widerspruch gegenüber der Bekl. oder „Ar“ erklären könne. Ein Informationsschreiben mit derartigen sinntstellenden Fehlern, mögen sie auch auf einer fehlerhaften redaktionellen Bearbeitung beruhen, ist untauglich iSd § 613 a V BGB.

[23] III. Infolge der nicht den Anforderungen des § 613 a V BGB entsprechenden Unterrichtung des Kl. zum Betriebsübergang wurde die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613 a VI BGB nicht in Lauf gesetzt (st. Rspr., vgl. BAG, NZA-RR 2011, 280 Os. = NJOZ 2011, 279 = AP BGB § 613 a Unterrichtung Nr. 14; zuletzt BAG, NZA 2012, 1097 = AP BGB § 613 a Widerspruch Nr. 29 = EzA BGB 2002 § 613 a Nr. 133 Rn. 27). Zum Zeitpunkt seiner Ausübung am 5.5.2011 war das Widerspruchsrecht daher nicht nach § 613 a VI BGB verfristet.

[24] IV. Ohne Rechtsfehler hat das LAG angenommen, der Kl. habe sein Recht zum Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf *Ap* verwirkt, weil er bei Erklärung des Widerspruchs sowohl das Zeit- als auch das Umstandsmoment verwirklicht hatte.

[25] 1. a) Das Widerspruchsrecht kann wegen Verwirkung ausgeschlossen sein. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber eine Widerspruchsfrist eingeführt hat, schließt eine Anwendung der allgemeinen Verwirklichungsgrundsätze nicht aus, weil jedes Recht nur unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben ausgeübt werden kann (st. Rspr., vgl. BAG, NZA 2012, 1184 Os. = NZA-RR 2012, 507 Rn. 28; BAG, Urt. v. 12.11.2009 – 8 AZR 751/07, BeckRS 2010, 67336 = AP BGB § 613 a Widerspruch Nr. 12 Rn. 22 f.). Die RL 2001/23/EG des Rates vom 12.3.2001 steht dem nicht entgegen. Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers ist in der Richtlinie nicht vorgesehen, jedoch vom *EuGH* als sich nach nationalem Recht bestimmend anerkannt (vgl. *EuGH*, Slg. 2002, I-969 = NZA 2002, 265 = NJW 2002, 811 Rn. 36 mwN – Temco). Zur Sanktionierung des Verstoßes gegen die Unterrichtungspflichten der RL 2001/23/EG ist ein Widerspruchsrecht ad infinitum aber nicht erforderlich (vgl. *Sagan*, ZIP 2011, 1641 [1647]). So erkennt der *EuGH* bspw. bei Ausschlussfristen das Interesse an Rechtssicherheit an, da mit solchen Fristen die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert wird (vgl. *EuGH*, Slg. 2010, I-7003 = NZA 2010, 869 Rn. 36 = NJW 2010, 2713 mit Anm. *Kock*, NJW 2010, 2716 – Bulicke). Das Widerspruchsrecht muss den Arbeitnehmern nicht unbegrenzt, sondern nur so lange

erhalten bleiben, wie es für eine effektive und verhältnismäßige Sanktionierung des Unterrichtungsfehlers geboten ist (vgl. *Sagan*, ZIP 2011, 1641 [1648]).

[26] b) Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB). Mit ihr wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen. Sie beruht auf dem Gedanken des Vertrauensschutzes (§ 242 BGB) und dient dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Mit der Verwirkung soll das Auseinanderfallen zwischen rechtlicher und sozialer Wirklichkeit beseitigt werden; die Rechtslage wird der sozialen Wirklichkeit angeglichen (vgl. BAG, NZA 2007, 396 = EzA BGB 2002 § 242 Verwirkung Nr. 1 Rn. 17 mwN). Die Verwirkung 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, sodass 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.

[27] c) Angesichts der gesetzlichen Regelung ist hinsichtlich des Zeitmoments nicht auf eine bestimmte Frist abzustellen. Entscheidend sind vielmehr die konkreten Umstände des Einzelfalls. Auch ist die Länge des Zeitablaufes in Wechselwirkung zu dem ebenfalls erforderlichen Umstandsmoment zu setzen. Zeitmoment und Umstandsmoment beeinflussen sich wechselseitig, dh beide Elemente sind bildhaft im Sinne „kommunizierender Röhren“ miteinander verbunden (vgl. BAG, NZA 2012, 1184 Os. = NZA-RR 2012, 507 Rn. 30). Je stärker das gesetzte Vertrauen oder die Umstände, die eine Geltendmachung für den Anspruchsgegner unzumutbar machen, sind, desto schneller kann ein Anspruch verwirken (BAG, NZA-RR 2010, 74 Os. = BeckRS 2008, 57697 = AP BGB § 613 a Nr. 347 Rn. 27). Umgekehrt gilt, je mehr Zeit seit dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs verstrichen ist und je länger der Arbeitnehmer bereits für den Erwerber gearbeitet hat, desto geringer sind die Anforderungen an das Umstandsmoment (BAG, NZA 2012, 1184 Os. = NZA-RR 2012, 507 Rn. 30). 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 (vgl. BAG, Urt. v. 22.4.2010 – 8 AZR 871/07, BeckRS 2010, 72848 Rn. 29; BAG, NZA-RR 2010, 74 Os. = BeckRS 2008, 57697 Rn. 27).

[28] d) Die Beurteilung der Frage, ob ein Recht verwirkt ist, obliegt grundsätzlich den Tatsachengerichten, die den ihnen zur Begründung des Verwirklichungseinwandes vorgetragenen Sachverhalt eigenverantwortlich zu würdigen haben. Allerdings unterliegt der revisionsrechtlichen Überprüfung, 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, Urt. v. 11.11.2010 – 8 AZR 185/09, BeckRS 2011, 69271 Rn. 25; BAG, NZA 2010, 1295 = NJW 2010, 3743 Os. = AP BGB § 613 a Widerspruch Nr. 19 = EzA BGB 2002 § 613 a Nr. 119 Rn. 24; abweichend zur Prozessverwirkung: BAG,

NZA 1989, 16 = AP BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 5 = EzA BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 1).

[29] 2. Zu Recht hat das LAG angenommen, vorliegend sei das Zeitmoment der Verwirkung erfüllt. Die nach der Rechtsprechung des *Senats* erforderliche Gesamtbetrachtung (BAG, Urt. v. 24.2.2011 – 8 AZR 413/09, BeckRS 2011, 72474 Rn. 29) hat das LAG angestellt. Eine Frist von knapp sechs Monaten zwischen der Belehrung vom 12.11.2010 und der Erklärung des Widerspruchs oder von knapp fünf Monaten seit dem Ende der hypothetischen Widerspruchsfrist kann für die Erfüllung des Zeitmoments ausreichend sein, zumal das LAG zu Recht in die Gesamtbetrachtung einbezogen hat, dass am 26.1.2011 der Kl. in der Lage war, die *Ap* wegen des Übergangs seines Arbeitsverhältnisses auf Grund eines Betriebsübergangs zu verklagen. Er hat der Bekl. dabei den Streit verkündet, sie folglich davon ausdrücklich in Kenntnis gesetzt, dass er gegen die *Ap* wegen eines Betriebsübergangs vorgehe. Dass er sich sowohl davor als auch bei der Geltendmachung von Annahmeverzugslohnansprüchen Mitte März 2011 die Erklärung eines Widerspruchs „vorbehalten hat“, ist für die Verwirklichung des Zeit- wie des Umstandsmoments ohne Bedeutung. Der *Senat* hat entschieden, dass derartige „Vorbehalte“ weder für sich genommen verwirklichungshemmend sind noch dass sie einen Umstand im Sinne der Verwirkung darstellen (vgl. BAG, Urt. v. 2.4.2009 – 8 AZR 178/07, BeckRS 2009, 72150 = AP BGB § 613 a Widerspruch Nr. 9 Rn. 26). Vorliegend hat der Kl. den Vorbehalt nicht so oft – folgenlos – erklärt, dass insoweit an die Verwirklichung auch des Umstandsmoments gedacht werden müsste.

[30] 3. Rechtsfehlerfrei ist das LAG weiter davon ausgegangen, der Kl. habe auch das Umstandsmoment verwirklicht.

[31] a) Als ein Umstand, der das Vertrauen des bisherigen Arbeitgebers in die Nichtausübung des Widerspruchsrechts nach § 613 a VI BGB rechtfertigen kann, muss gelten, 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. BAG, Urt. v. 22.4.2010 – 8 AZR 805/07, BeckRS 2010, 72679 Rn. 37; BAG, Urt. v. 21.1.2010 – 8 AZR 870/07, BeckRS 2010, 72801 Rn. 33 f.; BAG, NZA 2008, 1354 Rn. 41; BAG, Urt. v. 27.11.2008 – 8 AZR 225/07, BeckRS 2009, 63352 Rn. 37).

[32] b) Vorliegend hat der Kl. zwar gemäß dem Wortlaut des Vergleiches mit *Ap* nicht über den Bestand seines Arbeitsverhältnisses „disponiert“ und keine Abfindung für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart, sondern nur eine nicht näher deklarierte Zahlung. Das LAG hat jedoch zu Recht im Vergleichsabschluss eine Disposition des Kl. über sein Arbeitsverhältnis gesehen. Denn der Kl. hatte *Ap* auf der Grundlage des Übergangs seines Arbeitsverhältnisses infolge eines Betriebsübergangs als neue Arbeitgeberin verklagt. Ebenso hatte er eine von *Ap* als Arbeitgeberin ausgesprochene Kündigung mit einem Kündigungsschutzantrag beantwortet. Beides war ebenso rechtlich zutreffend wie geboten, um den Bestand seines tatsächlich auf *Ap* übergegangenen Arbeitsverhältnisses zu sichern. Mit diesem Prozess erklärte der Kl. daher nichts weniger, als dass er – tatsächlich und rechtlich zutreffend – *Ap* als seinen neuen, durch Gesetz nach § 613 a I 1 BGB in sein Arbeitsverhältnis eingeführten Arbeitgeber verstand. Zu Recht hat daher das LAG aus dem Prozessverhalten des Kl. geschlossen, er habe mit *Ap* um sein

Arbeitsverhältnis gestritten. Diesen Streit hat der Kl. durch den Vergleich, wie am 26.4.2011 gerichtlich festgestellt, beendet und damit über sein allein mit *Ap* bestehendes Arbeitsverhältnis disponiert. Zutreffend hat daher das LAG auch die vereinbarte Zahlung von 45.000 Euro im Zusammenhang mit gerade diesem Streitgegenstand gesehen, auch wenn sie nicht als „Abfindung“ bezeichnet wurde. Die Verpflichtung, eine erhebliche Geldsumme zu zahlen, kann plausibel und ohne Verstoß gegen Denkgesetze nur damit erklärt werden, dass das vom Kl. angestrebte Prozessrisiko, also der Bestand eines Arbeitsverhältnisses zwischen ihm und *Ap*, abgewendet werden sollte.

[33] Dem kann der Kl. nicht Nr. 1 des Vergleiches, wie am 26.4.2011 festgestellt, entgegenhalten. Diese Klausel steht schon im Widerspruch zu Nr. 3 S. 1 des Vergleiches, wonach mit Erfüllung dieser Vereinbarung alle etwaigen wechselseitigen finanziellen Ansprüche zwischen den Parteien, gleich welcher Art und gleich ob bei Abschluss des Vergleiches bekannt oder unbekannt, erledigt und ausgeglichen sein sollten. Eine solche Klausel macht zwischen Prozessgegnern, die keinerlei Rechtsverhältnis zwischen sich sehen, keinen Sinn. Insbesondere aber steht Nr. 1 des Vergleiches im Widerspruch zu Nr. 3 S. 2 der Vereinbarung mit *Ap*, durch die sich der Kl. die Geltendmachung des Widerspruchsrechts nach § 613 a V und VI BGB gegenüber der Bekl. vorbehalten hat. Der Vorbehalt eines Widerspruchsrechts nach § 613 a BGB erklärt sich allein aus der Annahme eines Betriebsübergangs. Damit stellt sich Nr. 1 des Vergleiches als unernsthafte Vereinbarung dar, die zum Schein getroffen wurde. Die Klausel sollte nur dem Zweck dienen, ein Umstandsmoment der Verwirkung zu vereiteln und den Kl. in die Lage zu versetzen, den Bestand seines Arbeitsverhältnisses ein weiteres Mal – diesmal gegen die Bekl. – geltend zu machen, wobei der Kl. entsprechende Vorstellungen schon mit Nr. III seines Geltendmachungsschreibens vom 15.3.2011 angedeutet hatte. Das LAG hat diese Klausel ohne Rechtsfehler als unerheblich unbeachtet gelassen.

Anm. d. Schriftlgt.: Zur Verwirkung des Widerspruchsrechts beim Betriebsübergang vgl. bereits *Kittner*, NJW 2012, 1180, sowie *Nebeling/Kille*, NZA-RR 2013, 1. ■

Auslegung einer arbeitsvertraglichen Vertragsstrafenklausel

BGB §§ 307 I 2, 628 II; InsO § 113

Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG:

1. Für Vertragsstrafenabreden, die auf Grund der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten entgegen § 309 Nr. 6 BGB nicht generell unzulässig sind, gilt bei Auslegung und Angemessenheitskontrolle ein strenger Maßstab.
2. Wird eine Strafe für den Fall der vorzeitigen „Beendigung des Vertrages“ versprochen, so ist darunter regelmäßig die rechtliche Beendigung zu verstehen. Die bloße Nichtleistung der vertraglich geschuldeten Leistung stellt grundsätzlich keine Kündigung und damit auch keine Vertragsbeendigung dar.
3. Eine Vertragsstrafe, die für den Fall der rechtlichen Beendigung des Vertrages durch den Arbeitnehmer versprochen wird, greift nicht im Fall einer Kündigung durch den Arbeitgeber. Dies auch dann nicht, wenn eine solche durch ein grob vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers veranlasst ist.