



Betriebsübergang: Verwirkung des Widerspruchsrechts als Gegenpol einer uferlosen Unterrichtungspflicht

ARBEITSRECHT: BRIEFING NR. 33

Ist die Unterrichtung des Arbeitnehmers über einen bevorstehenden Betriebsübergang fehlerhaft, besteht das Widerspruchsrecht aus § 613a BGB nach dem Übergang fort. Der Arbeitnehmer verwirkt das Widerspruchsrecht jedoch, wenn er mehrere Monate nach Erhalt des Unterrichtungsschreibens über sein Arbeitsverhältnis disponiert, beispielsweise indem er einen Aufhebungsvertrag mit dem Betriebserwerber schließt. Dieses Briefing erläutert die Grundsätze der Verwirkung.

Das Bundesarbeitsgericht hat die Anforderungen an den Inhalt von Unterrichtungsschreiben nach § 613a Abs. 5 BGB zunehmend verschärft. Die Formulierung von Informationsschreiben ist deshalb mit erheblichen Rechtsunsicherheiten und Risiken behaftet. Erweist sich das Unterrichtungsschreiben nachträglich als fehlerhaft, steht hiermit fest, dass die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 BGB nicht in Gang gesetzt wurde (vgl. BAG vom 13. Juli 2006 – 8 AZR 305/05, NZA 2006, 1268). Die Mitarbeiter können dann auch noch nach dem Inhaberwechsel dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses widersprechen (zum Beispiel bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Betriebserwerbers), und zwar theoretisch zeitlich unbegrenzt.

Die wirtschaftlichen Folgen können gravierend sein. Der Veräußerer wird mit der Beendigung der »zurückkehrenden« Arbeitsverhältnisse belastet, die oftmals interessenausgleich- und sozialplanpflichtig sind und wegen der gebotenen Sozialauswahl die Personalstruktur des Veräußererbetriebs verändern können. Darüber hinaus kehren zusammen mit den Arbeitsverhältnissen auch die Ansprüche der Arbeitnehmer auf betriebliche Altersversorgung zurück. Dies führt oft zu einer doppelten Belastung des Veräußerers, weil betriebsrentenrechtliche Anwartschaften typischerweise bereits im Rahmen der Kaufpreisfindung berücksichtigt wurden.

Die Möglichkeit des Mitarbeiters zum nachträglichen Widerspruch gegen den Betriebsübergang hat das Bundesarbeitsgericht nunmehr eingeschränkt (BAG vom 23. Juli 2009 – 8 AZR 357/08), indem es seine bisherige Rechtsprechung zur Verwirkung des Widerspruchsrechts weiterentwickelt.

Grundsätze der Verwirkung

Die Verwirkung setzt ein Zeit- und ein Umstandsmoment voraus: Das Recht darf zunächst über einen längeren Zeitraum hinweg nicht ausgeübt worden sein (Zeitmoment). Zu dem Zeitmoment müssen sodann weitere Umstände hinzutreten, die auf der Seite des Erklärungsempfängers einen Vertrauenstatbestand in die Nichtausübung des Rechts setzen (Umstandsmoment). Die Kenntnis des Berechtigten vom Bestehen seines Rechts ist dabei nicht erforderlich (vgl. BAG vom 23. Juli 2009 – 8 AZR 357/08 Tz. 39f.; Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. (2007), § 242 Rz. 139).

Zeit- und Umstandsmoment stehen in einer Wechselwirkung zueinander: Je stärker das Umstandsmoment ausgeprägt ist, umso geringere Anforderungen sind an das Zeitmoment zu stellen. Umgekehrt verliert mit fortschreitendem Zeitablauf das Umstandsmoment an Gewicht (vgl. BAG vom 24. Juli 2008 – 8 AZR 205/07).

Analyse der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung

Zeitmoment

Die Etablierung einer festen Grenze, ab der das erforderliche Zeitmoment erfüllt ist, lehnt das Bundesarbeitsgericht ab und stellt stattdessen auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls ab.

So war es für das Bundesarbeitsgericht beispielsweise ausreichend, dass zwischen einer Aufforderung an den Betriebserwerber weitere Informationen über den Be-

etriebsübergang zur Verfügung zu stellen und der Ausübung des Widerspruchs ein Zeitraum von 2,5 Monaten lag (vgl. BAG vom 24. Juli 2008 – 8 AZR 205/07, NZA 2008, 1294, 1296). In einem anderen Fall hat die Rechtsprechung die Auswirkung des Widerspruchsrechts auch noch 13 Monate nach dem Übergang zugelassen (LAG München vom 9. September 2008 – 3 Sa 128/08).

Umstandsmoment

Zum Umstandsmoment entspricht es gefestigter Rechtsprechung, dass allein die vorbehaltlose Fortführung des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebserwerber nicht geeignet ist, den Tatbestand der Verwirkung auszufüllen (vgl. BAG vom 21. August 2008 – 8 AZR 407/07, NZA-RR 2009, 62, 65). Auch soll es zur Bildung schutzwürdigen Vertrauens auf Seiten des Betriebsveräußerers nicht ausreichen, wenn sich der Arbeitnehmer per E-Mail von seinen Kollegen verabschiedet, um sein Arbeitsverhältnis mit dem Betriebserwerber fortzusetzen (vgl. BAG vom 24. Juli 2008 – 8 AZR 202/07). Gleiches soll für den Abschluss eines Arbeitsvertrags mit einem Dritten gelten, wenn der Arbeitnehmer damit lediglich seiner Verpflichtung nachkommt, während eines laufenden gerichtlichen Verfahrens anderweitigen zumutbaren Erwerb zu erzielen (vgl. BAG vom 24. Juli 2008 – 8 AZR 202/07). Auch die Entgegennahme einer Tariflohnerhöhung soll das Umstandsmoment nicht erfüllen (vgl. LAG München vom 17. April 2008 – 4 Sa 1063/07).

Eine Verwirkung des Widerspruchsrechts hat die Rechtsprechung indes in Fällen bejaht, in denen ein anwaltlich vertretener Arbeitnehmer gegenüber dem Betriebsveräußerer unter dem Gesichtspunkt der Nachhaftung gemäß § 613a Abs. 2 BGB Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht (vgl. BAG vom 24. Juli 2008 – 8 AZR 205/07, NZA 2008, 1294). Ferner kann der bisherige Betriebsinhaber auch dann auf die Nichtausübung des Widerspruchsrechts vertrauen, wenn der Arbeitnehmer über seinen Arbeitsvertrag disponiert, beispielsweise eine Kündigung des Betriebserwerbers nicht angreift (vgl. BAG vom 24. Juli 2008 – 8 AZR 175/07; BAG vom 27. November 2008 – 8 AZR 225/07). Gleiches soll für die Rücknahme einer gegen die Kündigung des Betriebserwerbers gerichteten Kündigungsschutzklage gelten (vgl. LAG Düsseldorf vom 29. Oktober 2008 – 7 Sa 314/08).

An den Gedanken der Disposition über das Arbeitsverhältnis anknüpfend, hat das Bundesarbeitsgericht in

seiner jüngsten Entscheidung nunmehr bestätigt, dass der Arbeitnehmer über sein Arbeitsverhältnis verfügt und somit das erforderliche Umstandsmoment setzt, wenn er sich mit dem Betriebserwerber über eine einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses per Aufhebungsvertrag verständigt (vgl. BAG vom 23. Juli 2009 – 8 AZR 357/08, zuvor schon BAG vom 27. November 2008 – 8 AZR 174/07, NZA 2009, 552). Zur Disposition über das Arbeitsverhältnis in diesem Sinne seien insofern alle Handlungen geeignet, durch welche es zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt oder durch die das Arbeitsverhältnis auf eine völlig neue rechtliche Grundlage gestellt wird (z. B. die Begründung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses). Dabei behandelt das Bundesarbeitsgericht den Veräußerer und den Erwerber eines Betriebs gewissermaßen als Einheit, so dass sich der Betriebsveräußerer auch auf vertrauensbildende Umstände berufen kann, die zunächst (nur) dem Betriebserwerber bekannt waren.

Fazit

Die jüngere Rechtsprechung verdeutlicht zwar, dass das Bundesarbeitsgericht von den (selbst aufgestellten) strengen Anforderungen an ordnungsgemäße Unterrichtungsschreiben nicht abrücken wird. Vor dem Hintergrund der damit einhergehenden erheblichen wirtschaftlichen Risiken ist allerdings eine Tendenz feststellbar, durch das Rechtsinstitut der Verwirkung ein Korrektiv zu etablieren.

Unternehmen, die sich mit nachträglichen Widersprüchen konfrontiert sehen, sollten daher sorgfältig prüfen, ob das Widerspruchsrecht gegebenenfalls verwirkt wurde, weil beim Betriebserwerber ein entsprechendes Umstandsmoment gesetzt wurde. Unter Umständen kann zur Abwehr weiterer Widersprüche auch in Erwägung gezogen werden, die Beendigung der betreffenden Arbeitsverhältnisse zu unterstützen, beispielsweise durch einen finanziellen Beitrag zu einer Transfergesellschaft des Erwerbers (vgl. hierzu auch Dzida, NZA 2009, 641, 645f.).

Dr. Lutz Nimmerjahn, Düsseldorf

Für Ihre Beratung im Zusammenhang mit den dargestellten Änderungen stehen Ihnen in unseren deutschen Büros folgende Ansprechpartner zur Verfügung:

DÜSSELDORF
Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen
T +49 211 49 79 0
E heinzjosef.willemsen@freshfields.com

Dr. Thomas Müller-Bonanni
T +49 211 49 79 0
E thomas.mueller-bonanni@freshfields.com

FRANKFURT AM MAIN
Dr. Jochen Leßmann
T +49 69 27 30 80
E jochen.lessmann@freshfields.com

Dr. Ulrike Schweibert
T +49 69 27 30 80
E ulrike.schweibert@freshfields.com

HAMBURG
Dr. Klaus-Stefan Hohenstatt
T +49 40 36 90 60
E ks.hohenstatt@freshfields.com

Dr. Boris Dzida
T +49 40 36 90 60
E boris.dzida@freshfields.com

KÖLN
Dr. Elmar Schnitker
T +49 221 20 50 70
E elmar.schnitker@freshfields.com

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP ist eine Limited Liability Partnership mit Sitz in London, registriert in England und Wales unter der Registernummer OC334789. Freshfields Bruckhaus Deringer LLP unterliegt den Bestimmungen der Solicitors Regulation Authority. Weitere regulatorische Informationen finden Sie im Internet unter www.freshfields.com/support/legalnotice. Die Bezeichnung „Partner“ bezieht sich auf einen Gesellschafter der Freshfields Bruckhaus Deringer LLP bzw. der mit ihr verbundenen Kanzleien und Gesellschaften oder auf einen ihrer Consultants oder Mitarbeiter mit vergleichbarer Position und Qualifikation.