

5 Sa 478/15
6 Ca 2653/14
(ArbG Regensburg)

Verkündet am: 25.11.2015

Heger
Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

S.

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte

gegen

Firma D. AG

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 21. Oktober 2015 durch den Vizepräsidenten des Landesarbeitsgerichts Dr. Wanhöfer und die ehrenamtlichen Richter Bussek und Ebel

für Recht erkannt:

- 1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Regensburg vom 22.04.2015 - Az. 6 Ca 2653/14 - abgeändert.**

Die Klage wird, soweit vom Teilurteil vom 22.04.2015 betroffen, abgewiesen.

- 2. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.**
- 3. Die Revision wird für die Klägerin zugelassen.**

Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht, nachdem die Klägerin dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses infolge eines Betriebsübergangs widersprochen hat, und über Annahmeverzugsansprüche.

Die Klägerin war seit dem 01.11.1995 bei der Beklagten beschäftigt. Mit Wirkung zum 01.09.2007 ging die sog. Kundenniederlassung Spezial, der die Klägerin zugeordnet war, auf die V. GmbH (im Folgenden: V.) über. Anlässlich dieses Betriebsübergangs erhielt die Klägerin von der V. ein Unterrichtungsschreiben vom 26.07.2007 (Anl. K 2, Bl. 14 ff. d. A.). Dieses lautet auszugsweise wie folgt:

„...“

- II - Unterrichtung über die Betriebsübergangsfolgen

Durch den Verkauf kommt es zu einem so genannten Betriebsübergang. Ihr Arbeitsverhältnis geht auf die V. über, d. h. die V. wird kraft Gesetz Ihr neuer Arbeitgeber. Die für Sie und Ihr Arbeitsverhältnis entscheidende Vorschrift in diesem Zusammenhang ist § 613a BGB, der als Anhang im Wortlaut abgedruckt ist.

Vereinfacht ausgedrückt lässt sich festhalten, dass der größte Teil der für Sie bis zum 29.02.04 (Zeitpunkt vor Inkrafttreten der Wochenarbeitszeitverkürzung in der D. AG) in der D. AG gültigen Arbeitsbedingungen bei dem Wechsel in die V. unverändert bestehen bleibt.

Ihre Arbeitsbedingungen nach dem Wechsel richten sich nach den Regelungen des mit ver.di vereinbarten Umsetzungsstarifvertrages der V. Danach gilt für Vollzeitbeschäftigte in der V. eine Wochenarbeitszeit von 38 Stunden. Ihr Gehalt, das Sie am Tag vor der Überleitung zur V. bei der D. AG haben, wird entsprechend der Systematik der Tarifverträge NBBS mit Stand vom 29.02.2004 umgerechnet, d. h., Sie erhalten bei der V. wieder Urlaubsgeld und Sonderzuwendung. Gleichzeitig wird Ihr Gehalt bei einer 38-Stunden-Woche auf 91,25 % abgesenkt.

Das Gleiche gilt natürlich für Sie entsprechend, wenn Sie derzeit teilzeitbeschäftigt sind.

Im Einzelnen gelten folgende Grundsätze:

1. *Durch den Betriebsübergang tritt für Sie ein Arbeitgeberwechsel von der D. AG zur V. ein. Ihr Arbeitsverhältnis geht mit allen zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Rechten und Pflichten auf die V. über, deren Arbeitnehmer Sie werden. Ihr bisheriges Arbeitsverhältnis zur D. AG erlischt.*

...

8. *Die Dauer Ihrer Betriebszugehörigkeit bei der D. AG bleibt Ihnen auch bei der V. erhalten.*
9. *Die V. haftet auch für Ansprüche aus Ihrem Arbeitsverhältnis, die Ihnen vor dem Betriebsübergang gegen die D. AG zustanden.*

...“

Die Klägerin setzte nach dem Betriebsübergang ihre Tätigkeit als Callcenter-Agentin im selben Büro am bisherigen Standort in R. für die V. fort. Ihre wöchentliche Arbeitszeit erhöhte sich von 34 Stunden auf 38 Stunden und ihre Vergütung änderte sich, auch in der Zusammensetzung.

Das von der V. gleichlautend auch in anderen Fällen verwendete Unterrichtungsschreiben vom 26.07.2007 war Gegenstand des mit Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom

26.05.2011 (8 AZR 18/10) entschiedenen Rechtsstreits. Das Bundesarbeitsgericht beurteilte die im Schreiben vom 26.07.2007 gegebene Unterrichtung hinsichtlich des Haftungssystems des § 613a Abs. 2 BGB, insbesondere der gesamtschuldnerischen Nachhaftung, als rechtsfehlerhaft.

Mit Anwaltsschreiben vom 30.07.2014 (Anl. K 3, Bl. 22 f. d. A.) widersprach die Klägerin gegenüber der Beklagten dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die V. und bot ihre Arbeitsleistung an. Mit Schreiben vom 02.09.2014 (Anl. K 4, Bl. 24 f. d. A.) bot die Klägerin der Beklagten erneut die Arbeitsleistung an und machte Annahmeverzugsansprüche geltend. Mit Klage vom 11.11.2014, beim Arbeitsgericht am selben Tag eingegangen, beantragte sie die Feststellung des Fortbestehens ihres Arbeitsverhältnisses zur Beklagten. Weiter macht sie gegen die Beklagte Annahmeverzugsansprüche seit Februar 2014 geltend.

Die Klägerin hat unter Verweis auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 26.05.2011 bezüglich eines gleichlautenden Unterrichtungsschreibens die Auffassung vertreten, die Monatsfrist nach § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB für den Widerspruch gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses sei wegen der Fehlerhaftigkeit der Unterrichtung nicht angelaufen. Ihr Widerspruchsrecht sei auch nicht verwirkt, da jedenfalls das für eine Verwirkung erforderliche Umstandsmoment nicht erfüllt sei. Sie habe gegen die Beklagte einen monatlichen Vergütungsanspruch in Höhe von 3.256,39 € brutto (zum erstinstanzlichen Vortrag der Klägerin im Einzelnen wird auf ihre Schriftsätze vom 11.11.2014, Bl. 5 ff. d. A., 13.01.2015, Bl. 46 f. d. A., und 02.02.2015, Bl. 56 f. d. A., nebst Anlagen, Bezug genommen).

Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vom 25.03.2015 beantragt:

- 1. Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien über den 01.09.2007 hinaus ein Arbeitsverhältnis besteht.*
- 2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin insgesamt 29.124,- € brutto für den Zeitraum Februar 2014 bis Oktober 2014 zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz*

- a) aus 3.164,62 € brutto seit dem 17.02.2014 sowie 17.03.2014,
- b) aus 3.256,39 € brutto seit dem 17.04.2014, 17.05.2014, 17.06.2014, 17.07.2014, 17.08.2014, 17.09.2014 sowie 17.10.2014.
3. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin zu unveränderten Arbeitsbedingungen mit Tätigkeiten der Entgeltgruppe V 1 des Entgelttarifvertrages der D. AG (ERTV) zu beschäftigen.
4. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin insgesamt 9.769,17 € brutto für den Zeitraum November 2014 bis Januar 2015 zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 3.256,39 € seit dem 17.11.2014, 17.12.2014 sowie 17.01.2015.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen

und die Ansicht vertreten, das Widerspruchsrecht der Klägerin sei verwirkt. Angesichts des lange zurückliegenden Betriebsübergangs seien das Zeitmoment unproblematisch erfüllt und an die Erfüllung des Umstandsmoments keine hohen Anforderungen zu stellen. Da die Klägerin nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 26.05.2011 ihre Arbeit fortgesetzt und Schulungen besucht habe, die für ihre Weiterbeschäftigung am Standort in R. erforderlich gewesen seien, lägen die Voraussetzungen des Umstandsmoments vor. Ferner sei der vom Bundesarbeitsgericht festgestellte Fehler im Unterrichtsschreiben nicht ursächlich für den unterbliebenen Widerspruch der Klägerin gewesen. Schließlich sei zu bedenken, dass das gesamte Beschäftigungskonzept der Beklagten zusammenbrechen würde, wenn sämtliche der betroffenen Arbeitnehmer dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auch jetzt noch widersprechen könnten (zum erstinstanzlichen Vortrag der Beklagten im Einzelnen wird auf ihren Schriftsatz vom 09.02.2015, Bl. 71 ff. d. A., Bezug genommen).

Das Arbeitsgericht stellte mit Teilurteil vom 22.04.2015 fest, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht. Im Unterrichtungsschreiben vom 26.07.2007 sei die Klägerin entgegen § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB nicht ordnungsgemäß über die haftungsrechtlichen Folgen des Übergangs ihres Arbeitsverhältnisses auf die V. informiert worden. Das infolge der nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung grundsätzlich unbefristete Recht der Klägerin, dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses zu widersprechen, sei im Zeitpunkt der Ausübung des Widerspruchsrechts nicht verwirkt gewesen. Zwar sei das erforderliche Zeitmoment zweifellos erfüllt. Trotz der angesichts der langen Zeitspanne zwischen dem Betriebsübergang und der Ausübung des Widerspruchsrechts geringen Anforderungen sei das Umstandsmoment aber nicht gegeben. Alleine die anstandslose Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses genüge für sich genommen nicht. Die Beklagte habe nicht dargelegt, wann die Klägerin von der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 26.05.2011 Kenntnis genommen und man von der Kenntniserlangung gewusst habe. Dass die Klägerin an Schulungen teilgenommen habe, sei bei wertender Betrachtung ebenso zu beurteilen wie die bloße Weiterarbeit. Unerheblich sei die Einlassung der Beklagten, wonach die Klägerin auch bei einer ordnungsgemäßen Unterrichtung nicht innerhalb der Monatsfrist widersprochen haben würde. Der Gesetzgeber habe entschieden, welche Informationen ein ordnungsgemäßes Unterrichtungsschreiben erfordere und es obliege nicht der Disposition des Arbeitgebers, darüber zu spekulieren, welche Entscheidungen für den konkreten Arbeitnehmer im Rahmen der Abwägung, ob er von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch machen wolle, erheblich seien. Angesichts der Verantwortlichkeit für die Fehlerhaftigkeit des Unterrichtungsschreibens könne die Beklagte auch kein schützenswertes Vertrauen haben, dass ihr unternehmerisches Konzept nicht durch zahlreiche noch mögliche Widersprüche gefährdet werde (zur Begründung des Arbeitsgerichts im Einzelnen wird auf das Teilurteil vom 22.04.2015, Bl. 93 ff. d. A., Bezug genommen).

In ihrer Berufungsbegründung betont die Beklagte noch einmal, dass die Klägerin ihr Widerspruchsrecht und ihr Recht zur klageweisen Geltendmachung eines Arbeitsverhältnisses gegenüber dem ursprünglichen Betriebsinhaber sowohl prozessual als auch materiell verwirkt habe. An das Umstandsmoment seien hier angesichts der sehr langen Zeitspanne zwischen dem Betriebsübergang und der Ausübung des Widerspruchsrechts nur sehr geringe Anforderungen zu stellen. Entscheidende Bedeutung komme dem Gesichtspunkt zu, dass sich die Arbeitsbedingungen der Klägerin seit dem Betriebsübergang aufgrund

der arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel und der angewandten Tarifverträge erheblich geändert hätten. Angesichts dieser von der Klägerin unwidersprochen hingenommenen unmittelbar spürbaren Auswirkungen und finanziellen Einbußen könne nicht mehr von schlichter Weiterarbeit gesprochen werden. Das Umstandsmoment sei auch dadurch erfüllt, dass die Klägerin beanstandungslos an Seminaren, Schulungen und Projekten, die für ihre Weiterarbeit am Standort in R. notwendig gewesen seien, teilgenommen habe. Investitionen zur einvernehmlichen Steigerung der Qualifikation und Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers würden andernfalls widersprüchlich entwertet. Im Rahmen des Umstandsmoments sei auch zu berücksichtigen, dass es treuwidrig sei, sich nach mehr als sieben Jahren auf ein Widerspruchsrecht zu berufen, auf das sich die Klägerin redlicherweise auch bei fehlerfreier Unterrichtung nicht innerhalb der Widerspruchsfrist berufen haben würde. Ihr Risiko sei nämlich im Unterrichtungsschreiben vom 26.07.2007 größer dargestellt worden, als es tatsächlich gewesen sei. Deswegen sei die fehlerhafte Unterrichtung der Klägerin nicht kausal für die Ausübung oder Nichtausübung ihres Widerspruchsrechts. Da es hier nicht um die Anforderungen, sondern um die Grenzen zur Ausübung eines Widerspruchsrechts gehe, könne die fehlende Kausalität berücksichtigt werden. Je geringer sich der Fehler in der Unterrichtung auf das Verhalten des Arbeitnehmers auswirken könne, desto weniger müsse mit einem Widerspruch gerechnet werden. Durch eine Anerkennung eines Widerspruchsrechts nach sieben Jahren drohe ein Lawinen- und Nachahmeffekt, wodurch das gesamte Konzept der Beschäftigungssicherung im Konzern in sich zusammenfalle (zur Berufungsbegründung der Beklagten im Einzelnen wird auf ihre Schriftsätze vom 05.08.2015, Bl. 203 ff. d. A., und 12.10.2015, Bl. 256 ff. d. A., nebst Anlagen, Bezug genommen).

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Regensburg vom 22.04.2015 (Az. 6 Ca 2653/14) abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen

und verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts. Allein aus der bloßen Weiterarbeit, auch zu anderen Arbeitsbedingungen, könne der Arbeitgeber nicht schließen, dass der Arbeitnehmer nicht doch noch Widerspruch erhebe. Auf eine fehlende Kausalität zwischen fehlerhafter Unterrichtung und Ausübung des Widerspruchsrechts komme es nicht an. Der pauschale Vortrag der Beklagten zur Teilnahme an Seminaren und Projekten werde bestritten und sei nicht einlassungsfähig (zur Berufungserwiderung der Klägerin im Einzelnen wird auf ihre Schriftsätze vom 07.09.2015, Bl. 224 ff. d. A., und 13.10.2015, Bl. 283 ff. d. A., nebst Anlagen, Bezug genommen).

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

Der Antrag der Klägerin auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten ist unbegründet, weil ihr Arbeitsverhältnis nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die V. übergegangen ist. Das Widerspruchsrecht der Klägerin nach § 613a Abs. 6 BGB war zum Zeitpunkt seiner Ausübung mit Schreiben vom 30.07.2014 verwirkt.

I. Die für eine Ausübung des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB geltende Monatsfrist, beginnend mit dem Zugang der Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB, war allerdings noch nicht verstrichen, weil die Unterrichtung der Klägerin mit Schreiben vom 30.07.2014 nicht den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB entsprach.

1. Die Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 BGB wird nur durch eine Unterrichtung in Lauf gesetzt, die den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB entspricht (st. Rspr. des BAG, vgl. etwa 17.10.2013 - 8 AZR 974/12 - Rn. 23, NZA 2014, S. 774, m. w. N.).

2. Die Unterrichtung der Klägerin durch das Schreiben der V. vom 26.07.2007 über den am 01.09.2007 erfolgten Betriebsübergang von der Beklagten auf die V. entsprach nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB.

a) Nach § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB hat der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber die von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer in Textform zu unterrichten. Die Unterrichtung muss präzise sein und darf keine juristischen Fehler enthalten (BAG 20.03.2008 - 8 AZR 1016/06 - Rn. 26, NZA 2008, 1354). Zu der erforderlichen Unterrichtung über die rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs für den Arbeitnehmer nach § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB gehört u. a. der Hinweis auf das Haftungssystem, welches sich aus dem Zusammenspiel der Regelungen in § 613a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB ergibt. Die gebotene Information beinhaltet auch die Darstellung der begrenzten gesamtschuldnerischen Nachhaftung gem. § 613a Abs. 2 BGB. Hiernach haftet der bisherige Arbeitgeber gesamtschuldnerisch mit dem neuen Inhaber für Verpflichtungen nach § 613a Abs. 1 BGB, soweit sie vor dem Zeitpunkt des Übergangs entstanden sind und vor Ablauf von einem Jahr nach dem Übergang fällig werden. Werden solche entstandenen Verpflichtungen erst nach dem Zeitpunkt des Übergangs fällig, so haftet der bisherige Arbeitgeber für sie nur zeitanteilig (BAG 26.05.2011 - 8 AZR 18/10 - Rn. 21, AP Nr. 407 zu § 613a BGB). Nur die vollständige Darstellung des Haftungssystems versetzt die Arbeitnehmer in die Lage, ggf. näheren Rechtsrat einzuholen, wer in welchem Umfang für welche Ansprüche haftet (BAG 23.07.2009 - 8 AZR 538/08 - Rn. 20 ff., NZA 2010, S. 89).

b) Wie das Bundesarbeitsgericht schon mit Urteil vom 26.05.2011 zum gleichlautenden Unterrichtungsschreiben der Beklagten vom 26.07.2007 entschieden hat, wird hier das Haftungssystem nicht zutreffend wiedergegeben. Zum einen bleibt unklar, ob die Beklagte ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs aus der Haftung für vor dem Betriebsübergang entstandene Ansprüche ausscheidet; auf die Tatsache einer gesamtschuldnerischen Haftung der Beklagten und der V. wird nicht hingewiesen. Zum anderen fehlt auch jeder Hinweis auf die Begrenzung der Haftung der Beklagten nach § 613a Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 BGB (zur Fehlerhaftigkeit der Unterrichtung zum Haftungssystem im Einzelnen vgl. BAG 26.05.2011 - 8 AZR 18/10 - Rn. 23 ff.).

II. Entgegen der Entscheidung des Arbeitsgerichts war das Widerspruchsrecht der Klägerin aber verwirkt.

1. Das Widerspruchsrecht kann wegen Verwirkung ausgeschlossen sein.

a) Die Tatsache, dass der Gesetzgeber eine Widerspruchsfrist eingeführt hat, schließt eine Anwendung der allgemeinen Verwirkungsgrundsätze nicht aus, weil jedes Recht nur unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben ausgeübt werden kann (st. Rspr. des BAG, vgl. etwa 22.06.2011 - 8 AZR 752/09 - Rn. 28, AP Nr. 17 zu § 613a BGB Unterrichtung). Die Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.03.2001 steht dem nicht entgegen. Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers ist in der Richtlinie nicht vorgesehen, jedoch vom EuGH als sich nach nationalem Recht bestimmend anerkannt (EuGH 24.01.2002 - C-51/00 - [Temco] Rn. 36, NZA 2002, S. 265). Zur Sanktionierung des Verstoßes gegen die Unterrichtungspflichten der Richtlinie 2001/23/EG ist ein Widerspruchsrecht ad infinitum aber nicht erforderlich. So erkennt der Europäische Gerichtshof 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 (EuGH 08.07.2010 - C-246/09 - [Bulicke] Rn. 36, NZA 2010, S. 869). 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 (BAG 17.10.2013 - 8 AZR 974/12 - Rn. 25; 15.03.2012 - 8 AZR 700/10 - Rn. 29, NZA 2012, S. 1097; vgl. auch Sagan, ZIP 2011, S. 1641, 1648).

Gerade bei Gestaltungsrechten (zur Rechtsnatur des Widerspruchsrechts vgl. ErfK/Preis, § 613a BGB, Rn. 97), bei denen die Verjährungsfristen nicht zur Anwendung kommen, hat die Verwirkung besondere Bedeutung (MüKoBGB/Schubert, § 242, Rn. 366).

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 (BAG 12.12.2006 - 9 AZR 747/06 - Rn. 17, NZA 2007, S. 396). 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 (BAG 17.10.2013 - 8 AZR 974/12 - Rn. 26; 15.03.2012 - 8 AZR 700/10 - Rn. 30).

Die Annahme eines Umstandsmoments bedeutet dabei nicht, dass die Inanspruchnahme des Rechts als missbilligenswertes Verhalten erscheinen muss. Entscheidend ist allein, dass die Untätigkeit des Berechtigten für die Gegenpartei einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat oder aus anderen Gründen die spätere Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit unvereinbar erscheint (MüKoBGB/Schubert, § 242, Rn. 367 f.).

Auch wenn subjektive Elemente wie das tatsächlich gefasste Vertrauen der Gegenseite darauf, dass der Berechtigte sein Recht nicht mehr ausüben wird, im Rahmen der anzustellenden Gesamtwertung eine Rolle spielen können, ist das Umstandsmoment nicht rein aus dem subjektiven Blickwinkel der Beteiligten zu beurteilen. Im Vordergrund steht zunächst einmal die Betrachtung, ob sich der Verpflichtete bei objektiver Beurteilung im Hinblick auf das Untätigbleiben des Berechtigten darauf eingerichtet hat und nach dessen gesamten Verhalten darauf einrichten durfte, dass er mit einer Rechtsausübung durch den Berechtigten nicht mehr zu rechnen braucht, sodass ihm insgesamt deshalb dessen Befriedigung unzumutbar ist (BAG 12.12.2006 - 9 AZR 747/06; - die Beurteilung des Verhaltens nach objektiven Gesichtspunkten betonend: BGH 30.11.2010 - VI ZB 30/10; vgl. auch BGH 23.01.2014 - VII ZR 177/13 - Rn. 13, NJW 2014, S. 1230).

c) Hinsichtlich des Zeitmoments ist nicht auf eine bestimmte Frist abzustellen. Entscheidend sind vielmehr die konkreten Umstände des Einzelfalles. Die Länge des Zeitablaufs ist in Wechselwirkung zu dem ebenfalls erforderlichen Umstandsmoment zu setzen. Zeitmoment und Umstandsmoment beeinflussen sich wechselseitig, d. h. beide Elemente

sind bildhaft im Sinne „kommunizierender Röhren“ miteinander verbunden (BAG 22.06.2011 - 8 AZR 752/09 - Rn. 30, AP Nr. 17 zu § 613a BGB Unterrichtung). Je stärker das gesetzte Vertrauen oder die Umstände, die eine Geltendmachung für den Anspruchsgegner unzumutbar machen, sind, desto schneller kann ein Anspruch verwirken (BAG 24.07.2008 - 8 AZR 175/07 - Rn. 27, AP BGB § 613a Nr. 347). 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 22.06.2011 - 8 AZR 752/09 - Rn. 30).

2. Zeit- und Umstandsmoment der Verwirkung sind vorliegend erfüllt.

a) Das Zeitmoment ist hier mit einer Zeitspanne von rund sieben Jahren zwischen Unterrichtung und Widerspruch nicht nur zweifellos erfüllt, sondern ihm kommt angesichts des erheblichen Zeitablaufs besonderes Gewicht zu. Nach der Rechtsprechung des 8. Senats des Bundesarbeitsgerichts genügen schon Zeiträume von 15 Monaten (BAG 27.11.2008 - 8 AZR 174/07), 9 Monaten (BAG 24.02.2011 - 8 AZR 699/09) oder auch 7 ½ Monaten (BAG 02.04.2009 - 8 AZR 220/07) zur Verwirklichung des Zeitmoments. Nach der Entscheidung vom 17.10.2013 (8 AZR 974/12) kann sogar eine Frist von knapp sechs Monaten zwischen der Unterrichtung und der Erklärung des Widerspruchs für die Erfüllung des Zeitmoments ausreichen. Vergehen zwischen der fehlerhaften Unterrichtung und der Erklärung des Widerspruchs wie im vorliegenden Fall sieben Jahre, so ist von einem besonders schwerwiegend verwirklichten Zeitmoment auszugehen (BAG 15.03.2012 - 8 AZR 700/10 - Rn. 33). Dementsprechend gering sind die an das Umstandsmoment zu stellenden Anforderungen.

b) Das Umstandsmoment ist vorliegend gegeben, weil die Beklagte bei objektiver Beurteilung aus dem Untätigbleiben der Klägerin entnehmen durfte, dass sie ihr Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB nicht mehr ausüben wird.

aa) Allerdings vermag allein der Ablauf einer gewissen Zeit das notwendige Umstandsmoment in der Regel nicht zu begründen (BGH 23.01.2014 - VII ZR 177/13 - Rn. 13). Auch kann nach der Rechtsprechung des 8. Senats des Bundesarbeitsgerichts der bloßen widerspruchslosen Weiterarbeit kein Erklärungswert i. S. eines Umstandsmo-

ments beigemessen werden (BAG 15.03.2012 - 8 AZR 700/10 - Rn. 36; 09.12.2010 - 8 AZR 592/08 - Rn. 21).

Sollte die Rechtsprechung des 8. Senats dahingehend zu verstehen sein, dass für die Annahme eines Umstandsmoments in jedem Falle ein aktives Verhalten, mit dem der Arbeitnehmer zu erkennen gegeben hat, er habe den Übergang seines Arbeitsverhältnisses akzeptiert, notwendig ist, folgt dem die Kammer nicht. Denkbar ist, dass auch dem bloßen Untätigbleiben unter bestimmten Umständen bei objektiver Betrachtung entnommen werden kann, dass mit einer Ausübung des Widerspruchsrechts nicht mehr zu rechnen ist.

Dass auch dem bloßen Schweigen oder Untätigbleiben eine Erklärungswirkung beigemessen werden kann, ist zivilrechtlich keine Besonderheit (vgl. allgemein Palandt/*Ellenberger*, BGB, Einf. v. § 115, Rn. 9 ff.). Auch im Bereich der Verwirkung ist anerkannt, dass sich die Widersprüchlichkeit des Verhaltens des Berechtigten nicht nur aus dessen positiven Handeln, sondern auch aus längerer bloßer Untätigkeit ergeben kann (MüKoBGB/*Schubert*, § 242, Rn. 384). Dementsprechend führt der 9. Senat des Bundesarbeitsgerichts im Rahmen einer Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit einer Versetzung zum Umstandsmoment aus, aus Sicht der Beklagten sei die nahezu zweijährige widerspruchslose Kooperation des Klägers ein unmissverständliches Zeichen dafür gewesen, dass er die personelle Entscheidung hingenommen habe und diese nicht mehr angreifen werde. Für das Umstandsmoment komme es nicht auf die Motive des Gläubigers an, weshalb er (mögliche) Rechte nicht wahrnehme, sondern darauf, wie sein Verhalten vom Schuldner aufgefasst werden dürfe (BAG 12.12.2006 - 9 AZR 747/06 - Rn. 27).

Auch wenn damit im Ergebnis auf die bloße widerspruchslose Weiterarbeit abgestellt wird, reduziert sich die Prüfung hierdurch nicht auf das bloße Zeitmoment (anders wohl BAG 15.03.2012 - 8 AZR 700/10 - Rn. 36). Entscheidend ist, ob der Berechtigte unter Umständen untätig geblieben ist, die beim Verpflichteten bei objektiver Betrachtung zu einem Vertrauen führen dürfen, das Recht werde nicht mehr ausgeübt.

bb) Nach Auffassung der Kammer konnte die Beklagte bei objektiver Betrachtung ein solches Vertrauen bereits aufgrund dessen fassen, dass die Klägerin ihr Arbeitsverhältnis

bei der V. rund sieben Jahre ohne das geringste Anzeichen, sie werde ihr Widerspruchsrecht noch ausüben, fortgesetzt hat. Dass die beteiligten Arbeitgeber grundsätzlich ein schutzwürdiges Interesse an einer möglichst umgehenden Klärung der Sach- und Rechtslage - bei wem der Arbeitnehmer nämlich sein Arbeitsverhältnis fortsetzt - haben, ist grundsätzlich anerkannt. Dementsprechend wurde vor der Einfügung der Absätze 5 und 6 in § 613a BGB angenommen, der Widerspruch müsse nach einer ausreichenden Unterrichtung in der Regel innerhalb von drei Wochen erklärt werden (BAG 22.04.1993 - 2 AZR 313/92 - NZA 1994, S. 357). Auch wenn der Arbeitgeber die Ursache dafür, dass die Frist nach § 613a Abs. 6 BGB nicht zu laufen beginnt, durch die fehlerhafte Unterrichtung selbst gesetzt hat, bedeutet die Einfügung der Absätze 5 und 6 nicht, dass das Widerspruchsrecht im Falle einer nicht ausreichenden Unterrichtung zeitlich unbegrenzt erhalten bleiben muss. Das Widerspruchsrecht muss nur so lange erhalten bleiben, wie es für eine effektive und verhältnismäßige Sanktionierung des Unterrichtungsfehlers geboten ist (BAG 15.03.2012 - 8 AZR 700/10 - Rn. 29; 17.10.2013 - 8 AZR 974/12 - Rn. 25).

Da § 613a Abs. 6 BGB keine Höchstfrist vorsieht, liefe es faktisch auf ein zeitlich unbegrenztes Widerspruchsrecht hinaus, wenn die bloße widerspruchslose Weiterarbeit unabhängig von deren Dauer unter keinen Umständen als Umstandsmoment in Betracht käme. Auch das notwendige Korrektiv der Verwirkung liefe ins Leere. Nur mit diesem Instrument kann dem Gesichtspunkt überwiegenden Vertrauensschutzes gegenüber einem ansonsten zeitlich unbegrenzt bestehenden Gestaltungsrecht mit der einschneidenden Folge eines Arbeitgeberwechsels Geltung verschafft werden. Irgendwann wird man auch bei bloßer widerspruchsloser Weiterarbeit sagen müssen, die beteiligten Arbeitgeber durften sich bei objektiver Betrachtung darauf einstellen und darauf vertrauen, ein ggf. bestehendes Widerspruchsrecht werde nicht mehr ausgeübt. Dabei geht es nicht nur um den ursprünglichen Betriebsinhaber, sondern auch um den Betriebsübernehmer, der sich möglicherweise darauf einstellt, ein qualifizierter Arbeitnehmer bleibe ihm erhalten.

Schon im Hinblick auf die gesetzgeberische Wertung, auch im Bereich des Arbeitsrechts von einer regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren auszugehen (§ 195 BGB), und auf Sinn und Zweck der Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB geht die Kammer davon aus, dass, wenn keine besonderen Umstände einer Vertrauensbildung entgegenstehen, jedenfalls sieben Jahre nach einem Betriebsübergang nicht mehr mit einem Wi-

derspruch gerechnet werden muss und das Erfordernis des Vertrauensschutzes aufseiten des Verpflichteten das Interesse des Berechtigten derart überwiegt, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist.

cc) Darüber hinaus liegen hier besondere Umstände vor, die über die bloße widerspruchslose Weiterarbeit hinaus bei objektiver Beurteilung zu dem Schluss führen, die Beklagte habe sich wegen des Untätigbleibens der Klägerin darauf einrichten dürfen, dass diese ihr Widerspruchsrecht nicht mehr ausübt.

Das Bundesarbeitsgericht hatte bereits mit dem mehrfach zitierten Urteil vom 26.05.2011 (8 AZR 18/10) zum gleichlautenden Unterrichtungsschreiben der V. vom 26.07.2007 entschieden, dass die Unterrichtung nicht den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB entspricht und deshalb die Frist nach § 613a Abs. 6 BGB nicht angelaufen war. Dennoch blieb die Klägerin rund weitere drei Jahre untätig und setzte das Arbeitsverhältnis mit der V. vorbehaltlos fort. Zwar ist mangels Vortrag nicht festgestellt, dass die Klägerin von dem genannten Verfahren und dem Urteil vom 26.05.2011 Kenntnis hatte (ebenso wenig von den vorgelegten einschlägigen LAG-Urteilen, z. B. Sächsisches LAG 31.05.2013 - 3 Sa 535/12). Darauf kommt es aber hier nicht an. Der entscheidende Gesichtspunkt ist, dass die Beklagte, wenn ein Arbeitnehmer trotz Vorliegens eines einen Unterrichtungsfehler feststellenden Urteils jahrelang dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses weiterhin nicht widerspricht, bei objektiver Betrachtung darauf vertrauen darf, dass das Widerspruchsrecht nicht mehr ausgeübt werden soll. Andernfalls würde, was die Verwirkung des Widerspruchsrechts angeht, nach Jahren unterschieden zwischen Arbeitnehmern, die subjektiv - zufällig oder gezielt - von dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts Kenntnis erlangen und solchen ohne Kenntnis. Wenn sich ein Arbeitnehmer nicht weiter darum kümmert, kann sein im Rahmen der Gesamtbetrachtung zu bewertendes Interesse, nach Jahren dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu widersprechen, nicht höher zu bewerten sein.

Schließlich kommt noch Folgendes hinzu: Der Unterrichtungsfehler im Schreiben vom 26.07.2007 besteht vor allem darin, die haftungsrechtliche Absicherung der übergegangenen Arbeitnehmer eher ungünstiger darzustellen, als sie es tatsächlich war. Das betrifft vor allem die tatsächlich fortbestehende gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten für

Altschulden. Ein denkbarer inhaltlicher Zusammenhang zwischen dem Fehler in der Unterrichtung und dem Widerspruch sieben Jahre später besteht nicht. Auch wenn im Allgemeinen keine Überlegungen zum kausalen Zusammenhang zwischen Unterrichtsfehler und unterbliebenem Widerspruch angestellt werden, kann im Rahmen der Prüfung des Umstandsmoments berücksichtigt werden, dass bei objektiver Betrachtung die Beklagte umso eher Vertrauen darauf fassen durfte, dass das Widerspruchsrecht nicht mehr ausgeübt wird, je fernliegender ein Zusammenhang zwischen Unterrichtsfehler und Ausübung des Widerspruchsrechts ist.

III. Die Klägerin trägt die Kosten der Berufung (§ 91 Abs. 1 ZPO).

IV. Für die Klägerin wird die Revision zugelassen (§ 72 Abs. 1 und 2 ArbGG). Im Einzelnen gilt:

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann die Klägerin Revision einlegen.

Für die Beklagte ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

- 17 -

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>

Dr. Wanhöfer

Bussek

Ebel