

Schriften zum Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht

75

Herausgegeben von Abbo Junker

Joël Philipp Hofmann

Rechtsmissbrauch
und Verwirkung bei
Widerspruch gegen
den Übergang des
Arbeitsverhältnisses
nach § 613a BGB

1. KAPITEL : Einleitung

I. § 613a Abs. 5 und 6 BGB als rechtliches Risiko

Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so gelten für die arbeitsrechtlichen Konsequenzen seit 1972 die Regelungen des § 613a BGB¹. Im Rahmen einer mehrjährigen Entwicklung der Norm kam es immer wieder zu Änderungen und Ergänzungen. Seine vorerst letzte Änderung erfuhr § 613a BGB durch das Gesetz zur Änderung des SeemG und anderer Gesetze mit Wirkung zum 01.04.2002². Diese Gesetzesänderung diente der Umsetzung der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.03.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer bei Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen³. Mit ihr kam es zur Ergänzung der Norm um die Absätze 5 und 6. Diese lauten:

§ 613a BGB Rechte und Pflichten beim Betriebsübergang

(5) 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.

(6) 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.

Mit Absatz 5 wurde dem bisherigen und dem neuen Arbeitgeber die Pflicht aufgelegt, die vom Betriebs- oder Betriebsteilübergang betroffenen Arbeitnehmer in Textform zu unterrichten. Dieses Unterrichtungsschreiben wird in Abs. 6 eng mit einem möglichen Widerspruch der Arbeitnehmer gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses verknüpft. So hat der Zugang der Unterrichtung maß-

¹ § 613a BGB trat ursprünglich nur mit seinen Abs. 1 S. 1, Abs. 2 und 3 durch § 122 BetrVG und damit gleichzeitig mit dem BetrVG 1972 in Kraft.

² BGBI. 2002, S. 1163 ff.

³ ABl. EG 2001, Nr. L 82, S. 16 f.

gebliebenen Einfluss auf die Frist zur Ausübung des Widerspruchsrechts. Dieses vom deutschen Gesetzgeber in Abs. 6 eingeführte Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers war hierbei europarechtlich nicht gefordert. Den Mitgliedstaaten blieb es selbst überlassen die rechtlichen Konsequenzen zu bestimmen⁴. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie steht der Einführung des Widerspruchsrechts jedoch nicht entgegen⁵.

Die Ergänzung von § 613a BGB um die Absätze 5 und 6 führte in den folgenden Jahren vermehrt zu rechtlichen Problemen. Das BAG verzeichnete im Schnitt in den Jahren 2006 bis 2008 in seinem Jahresbericht einen Eingang von jährlich 175 Fällen, die Übergänge von Arbeitsverhältnissen nach § 613a BGB und daraus resultierende Kündigungen betrafen⁶. Dies ergibt bei einem durchschnittlichen Gesamteingang dieser Jahre von etwa 2648 Fällen einen prozentualen Anteil von circa 6,6 %. Auch die Literatur stand bereits kurz nach der Gesetzesänderung dieser kritisch gegenüber⁷.

Der Grund für diese gestiegene Anzahl an Fällen beim BAG und der geäußerten Kritik lag in der Verknüpfung von Unterrichtungspflicht der Arbeitgeber und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer. Diese führt nämlich dazu, dass die Widerspruchsfrist der betroffenen Arbeitnehmer so lange nicht zu laufen beginnt, bis ihnen eine fehlerfreie Unterrichtung nach Abs. 5 von Arbeitgeberseite zugegangen ist⁸. Die Anforderungen an ein solch fehlerfreies Unterrichtungsschreiben sind jedoch sehr hoch. So liegt ein Fehler nicht nur dann vor, wenn die Arbeitnehmer überhaupt nicht informiert wurden, sondern auch dann, wenn die Unterrichtung der Arbeitnehmer falsch und/oder nicht vollständig ist⁹. Für das

⁴ Junker/Fröhlich, S. 36.

⁵ EuGH vom 16.12.1992 – Rs. C-132/91, 138/91, 139/91, NZA 1993, 169, 170.

⁶ Vgl. Jahresberichte des Bundesarbeitsgerichts aus den Jahren 2006, 2007 und 2008. Im Jahre 2009 handelt es sich lediglich um 69 Fälle, wobei ein genereller Rückgang der Eingänge beim BAG zu verbuchen ist. Die Jahresberichte 2010 und 2011 beinhalten keine separierten Angaben bzgl. Fällen nach § 613a BGB, so dass von einem weiteren Rückgang ausgegangen werden kann.

⁷ Siehe u. A. Bauer/von Steinau-Steinbrück, ZIP 2002, 457 ff., Franzen, RdA 2002, 258 ff., Willemsen/Lembke, NJW 2002, 1159 ff., Worzalla, NZA 2002, 353 ff.

⁸ BAG 14.12.2006 – 8 AZR 763/05, AP Nr. 318 zu 613a BGB; BAG 13.07.2006 – 8 AZR 305/05, AP Nr. 312 zu 613a BGB; Erman/Edenfeld, § 613a BGB, Rn. 131; Bamberger/Roth/Fuchs, § 613a BGB, Rn. 77; MünchKommBGB/Müller-Glöge, § 613a BGB, 120; ErfK/Preis, § 613a BGB, Rn. 100; HWK/Willemsen/Müller-Bonanni, § 613a BGB, Rn. 336.

⁹ BT-Drucks. 14/7760, S. 19; s. a. BAG vom 13.07.2006 – 8 AZR 305/05, NZA 2006, 1268; BAG vom 14.12.2006 – 8 AZR 763/05, NZA 2007, 682; BAG vom 21.08.2008 – 8 AZR 407/07, NZA-RR 2009, 62; Gaul/Otto, DB 2002, 634, 638.

BAG reicht damit bereits ein geringfügiger Fehler aus, um die Unterrichtung insgesamt als fehlerhaft anzusehen¹⁰.

Bis heute besteht in der Praxis eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit für die Fehlerhaftigkeit des Unterrichtungsschreibens und einem daraus resultierenden fehlenden Beginn der Monatsfrist des § 613a Abs. 6 BGB. Insofern stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer in solchen Fällen sein Gestaltungsrecht in zeitlicher Hinsicht „unendlich“ ausüben kann. Denn der Arbeitgeber ist aufgrund der Anforderungen an das Unterrichtungsschreiben laufend der Gefahr ausgesetzt, „dass in einem arbeitsrechtlichen Rechtsstreit das erkennende Gericht bei einer noch so umfangreichen Information „das Haar in der Suppe“ findet und dies für unzureichend erklärt“¹¹.

II. § 242 BGB als Lösung?

Als prominentes Beispiel für die Gefahr der Verknüpfung von § 613a Abs. 5 und 6 BGB ist die Veräußerung der Siemens Handy-Sparte an den taiwanesischen Elektrokonzern BenQ zum 01.10.2005 mit Unterrichtung der Arbeitnehmer am 29.08.2005 zu nennen. Nur ein knappes Jahr später, am 29.09.2006, meldete eine Tochterfirma von BenQ Insolvenz an. Dies führte dazu, dass die 3000 im Zuge des Betriebsteilübergangs nunmehr in der Tochterfirma beschäftigten Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz verloren. Am 22.12.2006 widersprach nun eine Vielzahl dieser Arbeitnehmer dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses von Siemens an BenQ. Als Begründung für ihren Widerspruch nach so langer Zeit führten sie die Fehlerhaftigkeit der Unterrichtung bei Betriebsübergang an.

Am 23.07.2009 entschied das BAG abschließend über die, durch mehrere Instanzen gehenden, Fälle. Wie bereits in unzähligen Konstellationen seit Einführung des § 613a Abs. 5 und 6 BGB zuvor¹², versuchte der *Achte Senat* des BAG diese Fälle durch das Institut der Verwirkung infolge Zeitablaufs zu lösen, da es keine gesetzliche Höchstfrist für die Ausübung des Widerspruchsrechts

¹⁰ BAG vom 21.08.2008 – 8 AZR 407/07, NZA-RR 2009, 62; zu nennen wäre hier beispielweise die Erwägung des BAG, ob bereits eine Angabe des falschen Vornamens eines Geschäftsmannes, hier „Jochen“ oder „Joachim“, zur Fehlerhaftigkeit des Schreibens führt, vgl. BAG vom 13.07.2006 – 8 AZR 305/05, NZA 2007, 13.

¹¹ Worzalla, NJW 2009, 558.

¹² Siehe z. B.: BAG vom 15.02.2007 – 8 AZR 431/06, DB 2007, 1468; BAG vom 20.03.2008 – 8 AZR 1016/06, NZA 2008, 1354; BAG vom 27.11.2008 – 8 AZR 174/07, DB 2009, 1075; BAG vom 23.07.2009 – 8 AZR 357/08, FA 2009, 281.

gab und bis heute gibt¹³. Die Rechtskonstruktion der Verwirkung infolge Zeitablaufs ist in § 242 BGB verwurzelt und in ihrer Anwendung nicht immer eindeutig. Es bedarf hierzu zumeist einer Abwägung von Schutzwürdigkeit und Vertrauen von Berechtigtem und Verpflichtetem. Dies führt i. d. R. zu einem einzel-fallbezogenen Urteil. Auch im Fall „Siemens“ kam dies zum Ausdruck. Manche Arbeitnehmer konnten ihr Widerspruchsrecht mehr als ein Jahr nach Betriebsübergang noch ausüben¹⁴, wohingegen anderen Betroffenen das Gestaltungsrecht aufgrund einer Verwirkung infolge Zeitablaufs vom BAG versagt wurde¹⁵. Siemens musste mithin in Anbetracht eines Fehlers bei der Unterrichtung die betroffenen Arbeitnehmer (vorerst¹⁶) wieder bei sich beschäftigen.

III. Gang der Bearbeitung

In der vorliegenden Arbeit sollen diejenigen Fälle anhand der Maßstäbe des § 242 BGB und dessen Ausprägungen der Verwirkung infolge Zeitablaufs und des Rechtsmissbrauchs i. e. S.¹⁷ untersucht werden, in denen der Arbeitnehmer aufgrund eines fehlerhaften Unterrichtungsschreibens längere Zeit nach Betriebsübergang sein Widerspruchsrecht ausübt. Dabei wird die Untersuchung von Einzelfällen der Verwirkung infolge Zeitablaufs und des Rechtsmissbrauchs i. e. S. bei Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses im Vordergrund stehen. Hierbei geht es um die Frage, in welchen Fällen der Widerspruch wegen Verwirkung infolge Zeitablaufs oder Rechtsmissbrauchs i. e. S. unzulässig ist.

¹³ BT-Drucks. 14/8128, S. 4 f.; BR-Drucks. 309/1/03, S. 8.

¹⁴ BAG vom 23.07.2009 – 8 AZR 541/08, zit. nach juris.

¹⁵ Vgl. BAG vom 23.07.2009 – 8 AZR 357/08, NZA 2010, 393.

¹⁶ I. d. R. hatte der Arbeitgeber den Betrieb oder Betriebsteil in welchem der Arbeitnehmer beschäftigt war gerade erst veräußert. Es besteht demnach für den Arbeitnehmer keine Möglichkeit der Weiterbeschäftigung. Dem Arbeitgeber bleibt somit nur eine betriebsbedingte Kündigung. Erschwerend kommt hierbei hinzu, dass nach der neueren Rechtsprechung des BAG der Konzern gezwungen ist eine erneute Sozialauswahl durchzuführen, die u. U. andere Arbeitnehmer, die ursprünglich gar nicht vom Betriebsübergang betroffen gewesen sind, ihre Arbeitsplätze kosten könnte, BAG vom 31.05.2007 – 2 AZR 218/06 und 2 AZR 276/06, NZA 2008, 53 in AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 94 = EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 77; s. a. Eylert/Spinner, BB 2008, 50 ff.

¹⁷ Der Rechtsmissbrauch i. e. S. ist von dem Begriff des Rechtsmissbrauchs zu unterscheiden. Letzterer wird lediglich synonym zur Schrankenfunktion des § 242 BGB gebraucht, während der Rechtsmissbrauch i. e. S. eine konkrete Fallgruppe dieser Schrankenfunktion ist, s. dazu vertiefend Kap. 3, I., 1., S. 60 und II., S. 83 ff.

Im Folgenden soll zunächst auf die für die Untersuchung wichtigen Grundlagen des Betriebsübergangs eingegangen werden (2. Kap.). Im Anschluss folgt eine terminologische Erfassung der Verwirkung infolge Zeitablaufs sowie des Rechtsmissbrauchs i. e. S. und es wird eine dogmatische Einordnung in die Fallgruppen des § 242 BGB vorgenommen. Außerdem werden die Tatbestandsmerkmale beider Institute erläutert (3. Kap.). Anschließend werden die allgemeinen Erkenntnisse zur Verwirkung infolge Zeitablaufs zum Rechtsmissbrauch i. e. S. aus dem 3. Kap. auf die besonderen Verhältnisse des Betriebsübergangs übertragen (4. Kap.). Es folgt der Hauptteil der Untersuchung in Form einer Einzelfallbewertung unterschiedlicher Arbeitnehmerverhalten nach Betriebsübergang gemäß den Grundsätzen von Verwirkung infolge Zeitablaufs und des Rechtsmissbrauchs i. e. S. (5. Kap.). Abschließend sollen rechtliche und rechtspolitische Lösungsansätze, die einen Rückgriff auf § 242 BGB erleichtern oder unnötig machen können, untersucht werden.

2. KAPITEL : Grundlagen zu § 613a BGB

I. Grundlagen des Betriebsübergangs nach § 613a BGB

Zum besseren Verständnis von Verwirkung und Rechtsmissbrauch bei Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613a BGB sollen zunächst die Grundlagen für einen Betriebsübergang erörtert werden. Zu diesem Zweck soll auf die historische Entwicklung der Norm und ihren Sinn und Zweck eingegangen und ihr Anwendungsbereich abgesteckt werden.

1. Entstehung der Norm

§ 613a BGB trat am 19.01.1972 mit Abs. 1 S. 1, Abs. 2 und 3 durch § 122 BetrVG und damit gleichzeitig mit dem BetrVG 1972 in Kraft¹⁸. Vor dieser Zeit, abgesehen von früheren Gesetzesentwürfen zur Regelung der Betriebsnachfolge aus den Jahren 1923 und 1938¹⁹, gab es keinerlei rechtliches Fundament für Übertragung von Betrieben und Betriebsteilen. Das RAG ging von einer Notwendigkeit der Einigung zwischen dem Betriebsnachfolger und den Arbeitnehmern aus²⁰. *Nikisch*²¹ und *Böttcher*²² vertraten hingegen die Ansicht, dass bei der Übertragung eines Betriebes automatisch die Arbeitsverhältnisse der dort beschäftigten Arbeitnehmer auf den Nachfolger übergehen. In diesem Zusammenhang wurde auch die analoge Anwendung der §§ 571 Abs. 1, 581 Abs. 2 BGB, §§ 69 Abs. 1, 151 Abs. 2 VVG a. F. vertreten²³, welches wiederum von *Galperin*²⁴, und *Schwarz*²⁵, abgelehnt wurde. Das RAG und das BAG hatten einen solchen automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den über-

¹⁸ BDH/Dreher, § 613a BGB, A., I., Rn. 1.

¹⁹ Vgl. *Pünnel*, Rechtsnachfolge und Betriebsnachfolge in Arbeitsrecht, S. 72 ff.

²⁰ RAG vom 01.10.1930 – RAG 194/30, ARS 11, S. 208, 214.

²¹ *Nikisch*, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, S. 659.

²² *Böttcher*, Festschrift für Nikisch, S. 3.

²³ LAG Mannheim vom 30.11.1951 – Sa 86/51, BB 1952, S. 258; LAG Frankfurt vom 01.12.1964 – 5 Sa 325/64, BB 1965, S. 1270; die Normen entsprechen in ihrer neuen Fassung weitgehend den §§ 566 Abs. 1, 581 Abs. 2 BGB, §§ 96 Abs. 1, 102 Abs. 2 VVG.

²⁴ *Galperin*, DB 1962, S. 1078.

²⁵ *Schwarz*, Das Arbeitsverhältnis bei Übergang des Übernehmen, S. 122 ff.