



Rechtsanwalt Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen,  
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Düsseldorf

## Tatbestand und Rechtsfolgen von § 613a BGB (insbesondere Informationspflichten) aus anwaltlicher Sicht

Einleitung: § 613a BGB auf dem Weg zur Uferlosigkeit?

EuGH-Rechtsprechung in Sachen „Klarenberg“

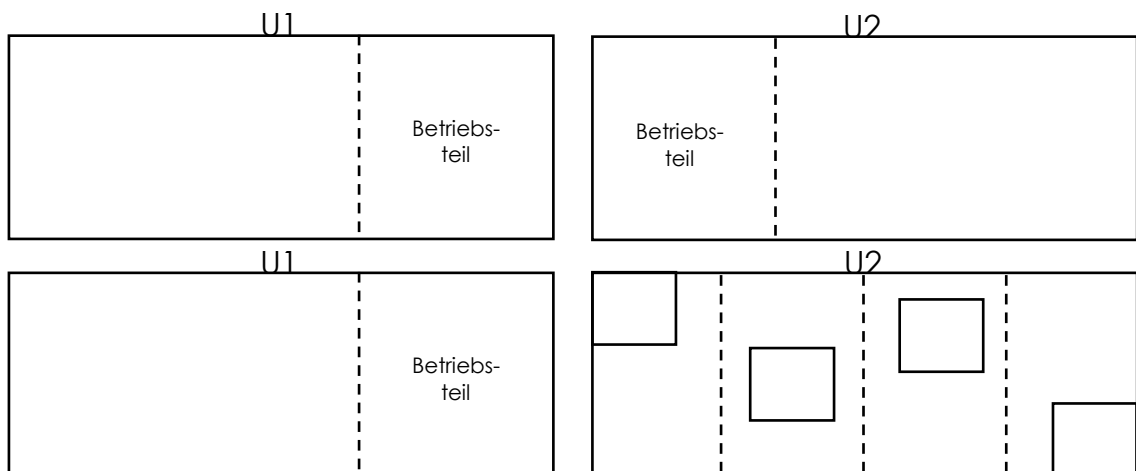
- + EuGH-Urteil in Sachen „Albron“
- + Rechtsprechung des 8. BAG-Senats zur Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB
- + Rechtsprechung des 8. BAG-Senats zur Verwirkung des Widerspruchsrechts

---

= Rechtsunsicherheit auf allen Ebenen?<sup>1</sup>

### A. Tatbestand

#### I. Das Klarenberg-Urteil des EuGH vom 12.2.2009 – Ende der „identitätszerstörenden Eingliederung“?



---

<sup>1</sup> Literatur: „Uferlos“, „weites Feld“, „Fragen über Fragen“

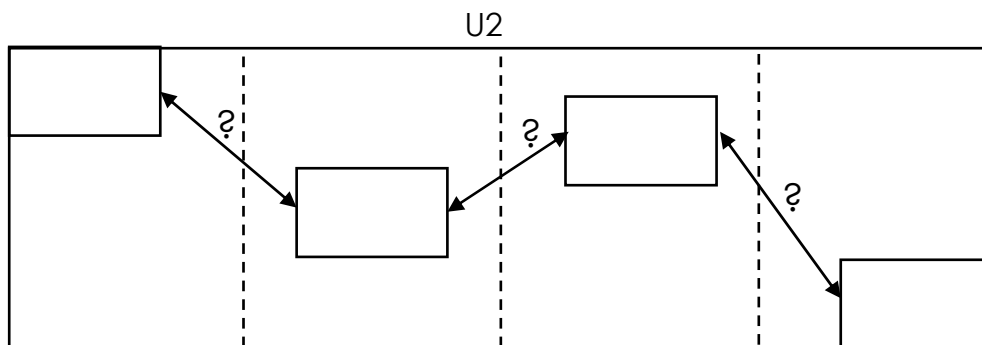


- **BAG (vor Klarenberg):**

Mit der sofortigen vollständigen Umstrukturierung nutzt der der „Erwerber“ nicht eine im „Vorgängerbetrieb“ vorhandene Arbeitsorganisation („**er legt sich nicht ins gemachte Bett**“), sondern **gründet eine neue Arbeitsorganisation** bzw. **gliedert die wirtschaftliche Einheit in die bereits vorhandene Organisation ein**. Diese sofort erfolgende wesentliche Umgestaltung löst nicht die Rechtsfolgen des § 613a BGB aus „(...)“ (grundlegend BAG v. 6.4.2006 – 8 AZR 249/04, NZA 2006, 1039, Rz. 26 – Bistrowagen).

- **EuGH v. 12.2.2009 – Rs. C-466/07, NZA 2009, 251:**

Die Betriebsübergangsrichtlinie (2001/23/EG) ist dahin auszulegen, dass (sie) **auch dann angewandt** werden kann, **wenn der übertragende Unternehmens- oder Betriebsteil seine organisatorische Selbständigkeit nicht bewahrt, sofern die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehalten wird und sie es dem Erwerber erlaubt, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen; es ist Sache des vorlegenden Gerichts, das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu prüfen.**



1. **Beibehaltung der funktionellen Verknüpfung?**

2. **Dieselbe oder gleichartige Tätigkeit?**

- **Konsequenzen von „Klarenberg“**

- **Allein** der Umstand, dass der übernommene Betrieb oder Betriebsteil in der Betriebsorganisation des Erwerbers aufgeht, **reicht** für den Ausschluss eines Betriebs(teil)übergangs **nicht** aus

- **ABER:**

- o Bloße Identität oder Ähnlichkeit der Tätigkeit (**Funktionsnachfolge**) **reicht** für Annahme eines Betriebs(teil)übergangs **nicht** aus (zutreffend z.B. BAG v. 22.1.2009 – 8 AZR 158/07, NZA 2009, 905, Rn. 21 f [Charité



II], jetzt bestätigt durch EuGH v. 20.1.2011 – Rs. C-463/09 [CLECE SA], NZA 2011, 148). Erforderlich ist vielmehr (auch) nach „Klarenberg“

- Übertragung der für die Weiterführung relevanten **Faktoren** („Betriebsmittel“);
- Beibehaltung der **funktionellen Verknüpfung** zur Erfüllung eines im wesentlich identisch gebliebenen Betriebszwecks (Organisationszusammenhangs);
- Kausalzusammenhang!

(EuGH: Beibehaltung der *funktionellen Verknüpfung* zwischen den *übertragenen Produktionsfaktoren*)

- **Abgrenzungsschwierigkeiten in der Praxis:**

- Einstweilen (noch) größere **Rechtsunsicherheit**, da Eingliederung kein „K.O.-Kriterium“ mehr;
- **Anforderungen** an Beibehaltung der „funktionellen Verknüpfung“ bei Auflösung der organisatorischen Eigenständigkeit **unklar**;
- **Abhängigkeit** von der (**Einzelfall-**)**Entscheidung** der Gerichte; vgl. LAG Düsseldorf v. 29.1.2010 –9 Sa 303/07, ZIP 2010, 1258; Revisionsverfahren beim BAG nach Nichtzulassungsbeschwerde anhängig, 8 AZR 455/10 (Ausgangsverfahren zu „Klarenberg“).

## II. „Ausweichstrategien“, insbesondere bei Out- und Insourcing

- **Verzicht auf Übernahme relevanter Betriebsmittel bei betriebsmittelintensiven Tätigkeiten**

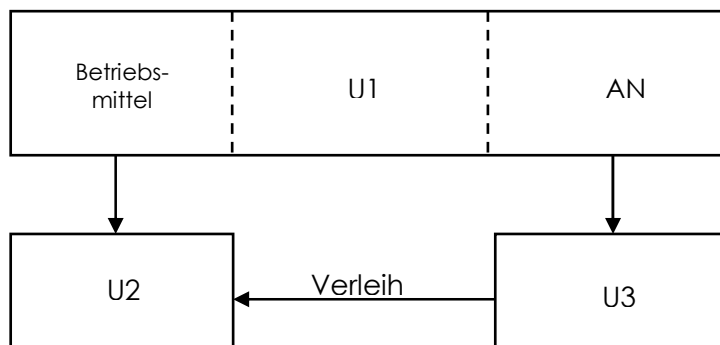
- **Beispiele:** BAG v. 23.9.2010 – 8 AZR 567/09, NZA 2011, 197 (Maschinenhersteller)

- **Verzicht auf Übernahme relevanten Personals bei personalintensiven Tätigkeiten**

- Beispiel: EuGH v. 20.1.2011 – Rs. C-463/09 (CLECE SA), NZA 2011, 148 (**In-sourcing** von Reinigungstätigkeiten); BAG v. 30.10.2008 – 8 AZR 397/07, AP Nr. 358 zu § 613a BGB m. Anm. *Willemsen* (Rechtsanwaltskanzlei); BAG v. 16.5.2007 – 8 AZR 693/06, NZA 2007, 1296 (**Outsourcing** von Bodendiensten einer Fluggesellschaft).



- **Wichtig:** Bei Nichtübernahme der für die Wertschöpfung relevanten Betriebsmittel auch dann kein Betriebsmittelübergang, wenn der **Kundenkreis** übernommen wird (BAG v. 30.10.2008, aaO, Rn. 37 [Rechtsanwaltskanzlei]).
- **Vermeidung der „Betriebsteilqualität“ übernommener Betriebsmittel**
  - Teile von Betriebsteilen werden von § 613a BGB nicht erfasst;
  - „Vorher-Betrachtung“ in Abhängigkeit vom Geschäftsgegenstand;
  - Abgrenzung kann im Einzelfall schwierig sein.
- **Grundlegende Änderung des Betriebszwecks und/oder der Arbeitsmethoden**
  - Beispiel: BAG v. 17.12.2009 – 8 AZR 1019/08, NZA 2010, 499 (Betriebskantine/Kaltmamsell);
  - Besondere Bedeutung des „Betriebskonzepts“;
  - Problem: Was ist eine „gleichartige“ Tätigkeit i.S.d. EuGH-Rechtsprechung?
- **Arbeitnehmerüberlassung?**
  - **BAG v. 23.9.2010 – 8 AZR 567/09, NZA 2011, 197 (Maschinenhersteller):** Verleihunternehmen, das von einem (insolventen) Produktionsunternehmen die Mehrzahl der Arbeitnehmer übernimmt, um diese anschließend an den Betrieb zu entleihen, der die Produktion des Insolvenzschuldners mit den von diesem übernommenen Produktionsmitteln fortführt, ist *nicht* Betriebsübernehmer i.S.v. § 613a BGB.
  - **Aber:** Übernehmer der Produktionsmittel muss bei betriebsmittelintensiven Tätigkeiten nach § 613a BGB in Arbeitsverhältnisse eintreten (BAG, aaO, Rn. 45)  
→ Problem des „richtigen Beklagten“.





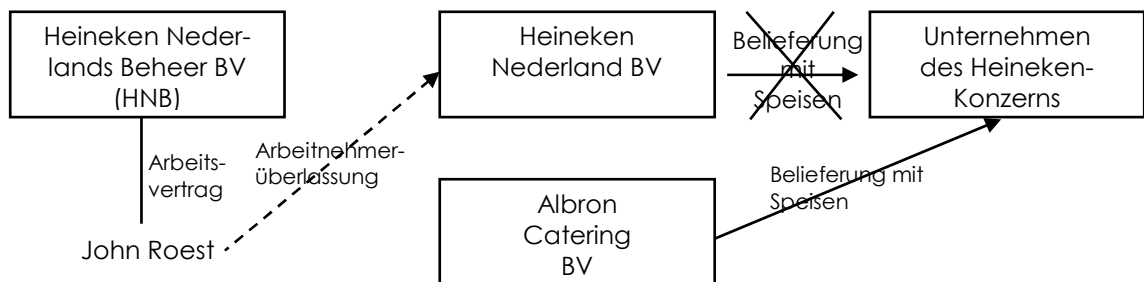
## B. Rechtsfolgen

### I. Das *Albron*-Urteil des EuGH vom 21.10.2010: Übergang von Leiharbeitnehmern auf den Betriebserwerber!

- **Grundsatz:**

Die Arbeitsverhältnisse von Leiharbeitnehmern sind von einem Betriebsübergang **nur** dann betroffen, wenn der **Verleiherbetrieb** auf einen anderen Inhaber übergeht, d.h. **nicht**, wenn der **Entleiherbetrieb** nach § 613a BGB übertragen wird.

- **ABER:** EuGH-Urteil i.S. *Albron* v. 21.10.2010



- **Vorlagefrage des Gerichtshofs te Amsterdam an den EuGH:**

Ist die Richtlinie 2001/23/EG dahin auszulegen, dass es sich nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 nur dann um einen Übergang von Rechten und Pflichten auf den Erwerber handelt, wenn der Veräußerer des zu übertragenden Unternehmens auch formell der Arbeitgeber der betroffenen Arbeitnehmer ist?

- **Antwort des EuGH:**

Beim Übergang von Betrieben oder Betriebsteilen eines **konzerngebundenen** Unternehmens auf ein nicht dem Konzern angehöriges Unternehmen kann als „**Veräußerer**“ i.S.d. Richtlinie auch das **Konzernunternehmen** angesehen werden, zu dem die Arbeitnehmer ständig **abgestellt** waren, **ohne mit diesem durch einen Arbeitsvertrag verbunden** gewesen zu sein, **obwohl es in dem Konzern ein Unternehmen gibt, an das die betroffenen Arbeitnehmer durch einen Arbeitsvertrag gebunden waren.**

- **Begründung:**

- Veräußerer ist, wer auf Grund eines Übergangs i.S.v. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie die Arbeitgebereigenschaft verliert (Rn. 21).
- Auch „nichtvertraglicher Arbeitgeber“ kann Arbeitgeber in diesem Sinne sein (arg. Wortlaut Art. 3 Abs. 1 der RL 2001/23/EG: „Arbeitsvertrag *oder* Arbeitsverhältnis“ (Rn. 24).
- Kein „Vorrang“ der Stellung des vertraglichen Arbeitgebers (hier: HNB).



- Schutzzweck der RL 2001/23/EG kann Abstellen auf den „für die Tätigkeit verantwortlichen nichtvertraglichen Arbeitgeber“ erfordern.
- **Bewertung:**  
Entscheidungsbegründung dogmatisch höchst dubios. Richtiger Gedanke: **Rein formale Aufspaltung der Arbeitgeberstellung** kann Anwendung des § 613a BGB **nicht verhindern**. Aber bei „echter“ **Arbeitnehmerüberlassung**, insbesondere seitens **nicht konzernangehöriger Unternehmen** bleibt es bei dem o.g. Grundsatz

## II. Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB

### 1. Inhalt der Unterrichtung

#### a) Zeitpunkt und Grund des Betriebsübergangs (§ 613a Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB)

- **Zeitpunkt:** Übernahme der „betrieblichen Leitungsmacht“
  - **Problem:** Zeitpunkt steht noch nicht fest  
→ Angabe des geplanten Zeitpunkts
  - **Problem:** Zeitliche Verschiebung  
→ keine neue Unterrichtung erforderlich, wenn sonstige „Eckdaten“ identisch bleiben
- **Grund:** Nicht nur Art des Rechtsgeschäfts (z.B. Kauf, Pacht, Verschmelzung), sondern schlagwortartige Schilderung der Transaktion und der **unternehmerischen Gründe** (z.B. Kurzschilderung des Umstrukturierungskonzepts, vgl. BAG v. 13.7.2006 – 8 AZR 303/05, NZA 2006, 1273 [Rn. 21]; 8 AZR 305/05, NZA 2006, 1268; v. 3.7.2009 – 8 AZR 538/08, NZA 2010, 89 [Rn. 24 ff.]), u.U. auch **Motive des Erwerbers** (BAG v. 13.7.2006 – 8 AZR 305/05, NZA 2006, 1268 [Rn. 29]). **Telos:** Arbeitnehmer soll Auswirkungen auf Arbeitsplatz beim Erwerber, im Falle des Widerspruchs beim Veräußerer, beurteilen können.

#### b) Identifikation des Erwerbers und des übergangenen Betriebs(teils)

- **BAG:** Inkorrekte/unvollständige Bezeichnung des Erwerbers macht Unterrichtungsschreiben **per se fehlerhaft** (BAG v. 13.7.2006 – 8 AZR 305/05, NZA 2006, 1268 [Rn. 22 f. - *Jochen/Joachim*]); v. 23.7.2009 – 8 AZR 538/08, NZA 2010, 89 [Rn. 20 f.] – BenQ). **Telos:** Möglichkeit der Einholung von Erkundigungen.
- **Stolpersteine in der Praxis:**
  - Vollständige Firmenbezeichnung mit (ggf. ausländischer) Rechtsform, Firmensitz, Adresse, gesetzlicher Vertreter mit **Vor- und Nachnamen**, HR-Nummer



- (jedenfalls empfehlenswert); **Problem:** Erwerber erst in Gründung (dazu BAG v. 23.7.2009, aaO [Rn. 21])
- Darstellung bei **Konzernzugehörigkeit:** keine **Vermengung** von Informationen zum Erwerber mit solchen zur Konzernobergesellschaft; weitergehende Information, u.a. zur Positionierung des übergegangenen Betriebs im erwerbenden Konzern erforderlich (BAG v. 23.7.2009, aaO [Rn. 22])
  - Bei **Betriebsteilübertragung** eindeutige **Abgrenzung** zu dem beim Veräußerer verbleibenden **Restbetrieb**; schlagwortartige Bezeichnung *kann* genügen, wenn für alle Beteiligten hinreichend klar (BAG v. 14.12.2006 – 8 AZR 763/05, NZA 2007, 682 [Rn. 28]: „Geschäftsbereich Field Service“)
- c) **Rechtliche, wirtschaftliche und soziale Folgen des Betriebsübergangs für die Arbeitnehmer und hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommene Maßnahmen (§ 613a Abs. 5 Nr. 3 und 4 BGB)**
- **BAG:** Keine individuelle Unterrichtung im Hinblick auf jeden einzelnen Arbeitnehmer erforderlich, sondern **kollektiv/gruppenbezogene Darstellung** grundsätzlich möglich
    - Zulässigkeit von **Standardschreiben**
  - **ABER:** Maßgeblich ist Bezug zum **Arbeitsplatz**; Information muss eventuelle **Besonderheiten** des Arbeitsverhältnisses erfassen! (BAG v. 14.12.2006 – 8 AZR 763/05, NZA 2007, 682 [Rn. 263])
    - Betriebsratsmitglieder, werdende Mütter, Arbeitnehmer im Erziehungsurlaub, Vorruheständler, tariflich Unkündbare, Schwerbehinderte, AT-Angestellte etc.
    - Zahlreiche Varianten erforderlich!
    - Zusätzliche Fehlerquelle!
  - **Rechtliche Folgen:**
    - **BAG:** Eine „**im Kern**“ **zutreffende** Unterrichtung **genügt nicht**, sondern nur **eine vollständig zutreffende Information** (BAG v. 13.7.2006 – 8 AZR 305/05, NZA 2006, 1268 [Rn. 34], **st. Rspr.**)
    - Prinzip der **subjektiven Determination**
      - Vertretbare eigene Rechtsauffassung des unterrichtenden Arbeitgebers, macht u.U. Einholung von **Rechtsrat** erforderlich (BAG v. 13.7.2006, aaO, Rn. 23). **Problem:** Müssen juristische Streitfragen offengelegt werden?



- Wiedergabe des Gesetzestextes von § 613a BGB erforderlich, aber nicht ausreichend! (BAG v. 13.7.2006, aaO, Rn. 32 und 38)
- Hinweis auf den **gesetzlichen Eintritt** des Erwerbers in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen erforderlich (BAG v. 24.7.2008 – 8 AZR 755/07, NZA-RR 2009, 294 [Rn. 32 ff].)
- **(Besondere) Stolpersteine in der Praxis:**
  - o **Darstellung der Haftungsfolgen:** Wiedergabe des Wortlauts von § 613a Abs. 1 und 2 BGB genügt nicht, sondern **verständliche Erläuterung** des Haftungssystems **gegenüber „juristischen Laien“** erforderlich, und zwar insbesondere unter Einbeziehung von Ansprüchen aus der **betrieblichen Altersversorgung** (BAG v. 23.7.2009 – 8 AZR 538/08, NZA 2010, 89 [Rn. 33] – *BenQ*)
    - Hinweis auf „*nur zeitanteilige Nachhaftung des Veräußerers*“ nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB reicht nicht (BAG, aaO). Es muss zudem erläutert werden, wann ein Anspruch i.S.v. § 613a Abs. 2 BGB **entstanden** und wann er **fällig** geworden ist (BAG v. 23.7.2009, aaO).
    - **Problem:** In Umwandlungsfällen wird Darstellung wegen des **Nebeneinanders zweier Haftungssysteme** (§ 613a Abs. 1 und 2 BGB einerseits; §§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 133, 134 UmwG andererseits) **sehr komplex!**
    - **Darstellung der Folgen des Betriebsübergangs im Hinblick auf Weitergeltung bzw. Ablösung von Kollektivverträgen** nach § 613a Abs. 1 Satz 2-4 BGB: Keine detaillierte Bezeichnung aller Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen, aber Information über das „**Ob**“ und „**Wie**“ der Ablösung erforderlich (BAG v. 23.7.2009 – 8 AZR 538/08, NZA 2010, 89 [Rn. 36]). Problem der Betriebsidentität bei Betriebsvereinbarungen; schwierige Rechtsfragen bei **Gesamtbetriebsvereinbarungen** sowie bei Ablösung von Tarifverträgen (Aufgabe des Prinzips der Tarifeinheit, Bezugnahmeklauseln und deren Auslegung, Problem der nur teilweisen Ablösung etc.). Der 8. Senat verlangt auch hier präzise und fehlerfreie Angaben (BAG v. 13.7.2006 – 8 AZR 303/05, NZA 2006, 1268 [Rn. 32]; v. 23.7.2009 – 8 AZR 538/08, NZA 2010, 89).
    - **Darstellung des Widerspruchsrechts** (Form, Frist, Adressat) **und der Folgen seiner Ausübung:** **Notwendigkeit** wird vom 8. Senat **bejaht** (u.a. BAG v. 20.3.2008 – 8 AZR 1016/06, NZA 2008, 1354). **Fehlerquellen** in der Praxis:





Falsche Darstellung der Abfindungsschädlichkeit eines Widerspruchs in Bezug auf Sozialplan (BAG v. 20.3.2008 – 8 AZR 2011/06, aaO [Rn. 30 ff.]); irreführender Hinweis auf Wegfall eines Anspruchs auf Annahmeverzugslohn bei Widerspruch (BAG v. 24.7.2008 – 8 AZR 73/07, AP Nr. 351 zu § 613a BGB [Rn. 37 f.]); „Drohung“ mit betriebsbedingter Kündigung bei Widerspruch, , ohne gegebenenfalls erforderliche relativierende Hinweise (insb. Sozialauswahl beim Veräußerer)

- **Wirtschaftliche und soziale Folgen sowie in Aussicht genommene Maßnahmen**
  - **Kernproblem für die Praxis:** Unterrichtung zur wirtschaftlichen und finanziellen **Leistungsfähigkeit** des **Übernehmers** erforderlich?
    - o Wirtschaftliche Lage des Erwerbers ist **keine „wirtschaftliche Folge des Betriebsübergangs“**, daher insoweit grundsätzlich keine Informationspflicht
    - o ABER: Mittelbare Folgen → späterer Verlust des Arbeitsplatzes?
    - o **BAG v. 31.2008 – 8 AZR 1116/06, NZA 2008, 642 (Rn. 34): „Nicht unerhebliche“ Verringerung der verbleibenden Haftungsgrundlage ist mitteilungspflichtig** wegen Gefährdung der Arbeitsplatzsicherheit! (Bei „Betriebsaufspaltung“ übernahm der Erwerber nur das bewegliche Anlagevermögen, während das Betriebsgrundstück auf eine Immobiliengesellschaft übertragen wurde)
    - o **BAG v. 23.7.2009 – 8 AZR 538/08, NZA 2010, 89 (Rn. 28) – BenQ:** Nichterwähnung des Umstands, dass **BenQ Mobile** nicht in den Besitz von **250 Schlüsselpatenten** gelangen wird, macht Information über den Gegenstand des Betriebsübergangs unzutreffend
    - o Erhebliche Kritik in der Literatur: Informationspflicht droht vollends undefinierbar zu werden (*Reinhard*, NZA 2009, 63, 66); Informationsüberfluss/Fehlsteuerung des Arbeitnehmers (*Dzida*, NZA 2009, 641, 634; ähnlich *Lunk*, RdA 2009, 48, 50 f.)
    - o Der 8. Senat übersieht, dass die **Fokussierung auf einzelne Wirtschaftsgüter** (wie z.B. das Betriebsgrundstück) in die Irre führt; Auswirkungen auf Arbeitsplatzsicherheit (Fortführungsprognose) ließen sich nur durch umfangreiches WP-Gutachten beurteilen
    - o **Richtiger Ansatz:** Informationspflicht nur, wenn **konkrete und unmittelbar bevorstehende Konsequenzen** für Arbeitnehmer drohen, insbesondere im Hinblick auf die Realisierbarkeit ihrer **Vergütungsansprüche** oder



die zu erwartende **Kündigung** wegen fehlender Kapitalreserven und/oder Kreditlinien für die Aufrechterhaltung des Betriebs (*Willemsen*, FS Küttner, 2006, 417, 423 ff; *ders.*, in: Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, (demnächst) 4. Aufl. 2011, Rd. G 224)

## 2. Zeitpunkt der Unterrichtung

- Maßgeblich für Richtigkeit und Vollständigkeit der Informationen; grundsätzlich **keine Verpflichtung zur Mitteilung nachträglicher Veränderungen** (BAG v. 13.7.2006 – 8 AZR 303/05, NZA 2006, 1273), außer bei Veränderung der „*essentialia negotii*“ (BAG, aaO).
- Erneutes Unterrichtungsschreiben (wegen Fehlerhaftigkeit des vorherigen) muss auf **Ingangsetzung** einer neuen Monatsfrist **hinweisen** (BAG v. 23.7.2009 – 8 AZR 538/08, NZA 2010, 89 [Rn. 21]).
- Monatsfrist nach § 613a Abs. 6 BGB kann **auch noch nach dem Betriebsübergang ausgelöst** werden (BAG 23.7.2009, aaO).

## 3. Form der Unterrichtung

- Textform, § 126b BGB; wird nicht gewahrt, wenn Person des Erklärenden nicht erkennbar ist („Personell Services“, vgl. BAG v. 23.7.2009 – 8 AZR 538/08, NZA 2010, 89 [Rn. 21 aE]).
- Sprache: **Grundsätzlich auf Deutsch**, auch gegenüber **ausländischen Arbeitnehmern**, aber Ausnahmen nach § 242 BGB möglich.

## 4. Rechtscharakter der erteilten Informationen und Rechtsfolgen fehlerhafter Unterrichtung

- Reine **Wissenserklärungen**, aus denen nicht unmittelbar auf Erfüllung geklagt werden kann;
- Aber: **Schadensersatzansprüche** nach §§ 280, 249 BGB bei unrichtiger Information möglich, da es sich insoweit um eine echte **Rechtspflicht** und **nicht lediglich um eine Obliegenheit** handelt (st. Rspr. des 8. Senats, vgl. z.B. BAG v. 13.7.2005 – 8 AZR 382/05, NJW 2007, 250 [Rn. 43]).
- **Extrem rigide Rechtsprechung des BAG:**
  - Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB muss **in allen Punkten richtig und vollständig** sein; **keine Differenzierung nach wesentlichen/unwesentlichen Unterrichtungsmängeln**;
  - „**in einer für Laien verständlichen Sprache**“;



- **Monatsfrist** des § 613a Abs. 6 BGB **beginnt erst** nach einer in jeder Hinsicht „perfekten“ Unterrichtung zu laufen; auf **Kausalität** des Unterrichtsfehlers für die Widerspruchsentscheidung des Arbeitnehmers **kommt es nicht an!** (st. Rspr., vgl. z.B. BAG v. 20.3.2008 – 8 AZR 1016/06, NZA 2008, 1354 [Rn. 37]).
- **Folgen:** Wirksame Auslösung der Widerspruchsfrist nach § 613a Abs. 6 BGB **ist in der Praxis die große Ausnahme**; angesichts der **z.T. immer weiter ausufernden** und geradezu **antagonistischen Anforderungen** der Rechtsprechung (vollständig, rechtlich einwandfrei, für Laien verständlich) dürfte es sich um einen gesetzlich geregelten Fall der **objektiven Unmöglichkeit i.S.v. § 275 BGB** handeln!<sup>2</sup>
- **Richtiger Ansatz:** Auch eine formal vollständige und inhaltlich nachvollziehbare, aber materiell unrichtige Information ist fristauslösend, **aber** → Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers nach §§ 280, 249 BGB, der allerdings **Kausalität** des eingetretenen Schadens voraussetzt („Hätte der Arbeitnehmer bei zutreffender Information anders entschieden?“); Vermeidung einer „Rosinenpickerei“ (*Willemsen*, FS Küttner, 2006, 417, 426 ff.).

### III. Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB: Form, Frist und Verwirkung

#### 1. Form und Zeitpunkt der Ausübung

- **Schriftform** i.S.v. § 126 BGB (Textform nach § 126 BGB genügt hier nicht);
- Ausübung binnen **eines Monats** nach Zugang der (fehlerfreien, s.o.!) Unterrichtung nach Abs. 5;
- erfolgt **keine oder unvollständige/unzureichende Unterrichtung**, kann der Arbeitnehmer das **Widerspruchsrecht auch noch nach Betriebsübergang** ausüben, ohne hierbei an eine Frist gebunden zu sein (es sei denn, es erfolgt eine „Nachunterrichtung“ mit Ingangsetzung der Monatsfrist);
- **erhebliches Risiko** für die Arbeitgeberseite (Erwerber als „**Arbeitgeber auf Abruf**“; u.U: extreme Risiken für bisherigen Arbeitgeber [**Annahmeverzug, betriebliche Altersversorgung!**]).

---

<sup>2</sup> Soweit ersichtlich, gibt es nur *eine* Entscheidung des BAG (vom 13.7.2006 – 8 AZR 303/05, NZA 2006, 1273), in der ein Informationsschreiben nach § 613a Abs. 5 BGB für ordnungsgemäß befunden wurde. Vergleicht man das dortige Schreiben allerdings mit den Anforderungen in jüngeren Urteilen (insb. vom 23.7. 2009 – 8 AZR 538/08, NZA 2010, 89), müsste auch dieses Schreiben heute vom 8. Senat als unzureichend verworfen werden.



## 2. Voraussetzungen der Verwirkung

- Auch nach Inkrafttreten des § 613a Abs. 6 BGB kann das Widerspruchsrecht wegen Verwirkung **ausgeschlossen** sein (st. Rspr.; vgl. z.B. BAG v. 12.11.2009 – 8 AZR 530/07, NZA 2010, 761);
- aber: **Zeit- und Umstandsmoment** erforderlich
  - Für **Zeitmoment: Keine feste Frist** (z.B. 6 Monate), sondern Abstellen auf konkrete Umstände des Einzelfalls (BAG v. 12.11.2009, a.a.O.), allerdings Zeitraum von **14 ½ Monaten** „grundsätzlich“ geeignet, das Vorliegen eines Zeitmoments zu bejahen.
  - Für **Umstandsmoment**: Selbst lang andauernde **Weiterarbeit** beim Betriebserwerber **reicht** für sich genommen **nicht aus**, um ein schutzwürdiges Vertrauen in die Nichtausübung des Widerspruchsrechts zu begründen (st. Rspr., z.B. BAG 23.7.2009 – 8 AZR 538/08, NZA 2010, 89). Erforderlich ist vielmehr eine **Disposition des Arbeitnehmers** über das Arbeitsverhältnis, die beim bisherigen oder neuen Arbeitgeber das **Vertrauen** erweckt, dieser akzeptiere den Übergang des Arbeitsverhältnisses und werde das Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben (u.a. BAG v. 23.7.2009, aaO). **Beispiele**: Abschluss eines Aufhebungsvertrags mit dem Betriebserwerber gegen Zahlung einer Abfindung (BAG v. 23.7.2009, aaO); Eintritt des Arbeitnehmers in eine BQG (BAG v. 12.11.2009 – 8 AZR 530/07, NZA 2010, 761). Das Umstandsmoment kann darüber hinaus auch durch (ungeschicktes) Verhalten des Arbeitnehmers oder seines **Anwalts** ausgelöst werden (vgl. die Beispiele in BAG v. 2.4.2009 – 8 AZR 262/07, NZA 2009, 1149 [Rn. 26 f.]; v. 24.7.2008 – 8 AZR 205/07, NZA 2008, 1294).
  - Zum Sonderfall der **Treuwidrigkeit** des Widerspruchs wegen Mitwirkung des Arbeitnehmers am Unterrichtungsschreiben vgl. BAG v. 20.5.2010 – 8 AZR 734/08, NZA 2010, 1295 (Rn. 27 ff.)

## 3. Beendigung des Arbeitsverhältnisses als absolute zeitliche Grenze?

- BAG: **Nein**, da Widerspruch im Falle seiner Ausübung auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs **zurückwirkt** (BAG v. 20.3.2008 – 8 AZR 1016/06, NZA 2008, 1354 [Rn. 38]; v. 24.7.2008 – 8 AZR 755/07, NZA-RR 2009, 294 [Rn. 38]);
- erhebliche praktische Bedeutung, z.B. wenn Arbeitnehmer auf Grund einer bereits **mit dem Veräußerer getroffenen Vereinbarung** oder einer **Kündigung seitens des Erwerbers** nach dem Betriebsübergang aus dem Betrieb ausgeschieden ist;



- die Rechtsprechung des BAG ist **dogmatisch nicht überzeugend** und birgt für die Praxis erhebliche Risiken (vgl. *Rieble*, NZA 2004, 1, 6 f.; *Willemsen*, FS Küttner, 2006, S. 417, 432).

#### IV. Resumée aus anwaltlicher Sicht

- Die Rechtsprechung des 8. Senats zum **Tatbestand** des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB ist in sich **konsistent und schlüssig** und **bedarf** auch nach der EuGH-Entscheidung in Sachen „Klarenberg“ **keiner grundlegenden Korrekturen**.
- Dagegen vermag das Konzept des 8. Senats hinsichtlich der Anforderungen an eine ordnungsgemäße **Unterrichtung** nach § 613a Abs. 5 BGB und der Folgen einer unvollständigen bzw. unzureichenden Unterrichtung in zahlreichen Punkten **nicht zu überzeugen**. Sie macht die Formulierung von Informationsschreiben der Arbeitgeber und deren Anwälte zu einem echten **juristischen Abenteuer**, zumal es **keine feste Frist** für die Zulässigkeit nachträglicher Widersprüche gibt und der Eintritt der **Verwirkung** von Umständen abhängt, die der alte bzw. neue Betriebsinhaber nicht oder allenfalls begrenzt beeinflussen können. Dieser Zustand ist für die Praxis nicht **akzeptabel** und erfordert ein Eingreifen des Gesetzgebers (z.B. durch Einführung einer absoluten Höchstfrist für die Ausübung des Widerspruchsrechts).