

Abschrift



Sächsisches  
Landesarbeitsgericht

Zwickauer Straße 54, 09112 Chemnitz  
Postfach 7 04, 09007 Chemnitz

Bitte bei allen Schreiben angeben:

Az.: **3 Sa 9/14**

**11 Ca 2397/13 ArbG Leipzig**

Verkündet am 16.05.2014

gez. Brückner  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



**proT-in**  
Bundesvorstand  
Kellerbergstr. 16  
57319 Bad Berleburg  
eMail bundesvorstand@proT-in.de  
Tel. (0 27 51) 95 91 96

Im Namen des Volkes

## URTEIL

In dem Rechtsstreit

- Berufungskläger / Kläger -

**Prozessbevollm.:** Rechtsanwälte  
Hahn & Kollegen  
Johannesstraße 3, 99084 Erfurt

**g e g e n**

Deutsche Telekom AG

- Berufungsbeklagte / Beklagte -

**Prozessbevollm.:**

hat das Sächsische Landesarbeitsgericht - Kammer 3 - durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Heuwerth als Vorsitzenden und die ehrenamtlichen Richter Herrn Schauer und Frau Dr. Starke auf die mündliche Verhandlung vom 16. Mai 2014

für **Recht** erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Leipzig vom 13.11.2013 – 11 Ca 2397/13 – abgeändert und festgestellt, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht.
2. Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.
3. Die Revision wird für die Beklagte zugelassen.

### Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht.

Der Kläger war auf der Grundlage eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom 1991 (Anlage K 1 zur Klageschrift vom ; Bl. 5 d. A.) seit dem 1991 bei der Deutschen Bundespost TELEKOM als vollbeschäftigter Arbeiter angestellt. Im Zuge der sog. Postreform II wurden die Geschäftsbereiche der Deutschen Bundespost durch das Gesetz zur Umwandlung der Unternehmen der Deutschen Bundespost in die Rechtsform der Aktiengesellschaft privatisiert. Aus dem Geschäftsbereich, in dem der Kläger tätig gewesen war, entstand kraft Gesetzes die Beklagte.

Nachdem der Kläger zuletzt der betriebsinternen Vermittlungseinheit „Vivento“ zugeordnet gewesen war, unterzeichnete er unter dem einen Dreiseitigen Vertrag „zur Überleitung des mit der Deutschen Telekom AG bestehenden Arbeitsverhältnisses auf ein Geschäftsmodell“ (Anlage K 4 zum Schriftsatz des Klägers vom ; Bl. 34 ff. d. A.). Als Vertragspartner des Klägers sind im Vertrag die Vivento Technical Services GmbH & Co. KG (VTS), eine 100%ige Tochter der Beklagten, sowie die Beklagte genannt. Der Vertrag sieht u.a. eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Beklagten mit Ablauf des und die Neubegrün-

Herr Neuhoff unterzeichnete den Dreiseitigen Vertrag auf der dafür vorgesehenen Zeile. Anstelle von Frau Spitzer unterzeichnete auf deren Zeile mit dem Zusatz „i.V.“ Herr Andreas Haupt.

Der Kläger wurde ab dem \_\_\_\_\_ ausschließlich von der VTS beschäftigt und vergütet. Mit Schreiben vom \_\_\_\_\_ (Anlage K 6 zum Schriftsatz des Klägers vom \_\_\_\_\_; Bl. 41 ff. d. A.) unterrichteten die zwischenzeitlich in eine GmbH umgewandelte VTS und die Nokia Siemens Networks Services Deutschland GmbH & Co. KG (im Folgenden: NSN) den Kläger über einen beabsichtigten Betriebsübergang und den damit verbundenen Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die NSN zum \_\_\_\_\_ sowie sein Widerspruchsrecht. Der Kläger widersprach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht und arbeitete ab dem \_\_\_\_\_ für die NSN. Die VTS stellte ihr operatives Geschäft ab dem \_\_\_\_\_ komplett ein und war ab diesem Zeitpunkt nicht mehr werbend am Markt tätig. Am 10.08.2012 wurde sie im Handelsregister gelöscht, nachdem sie nach Maßgabe eines Vertrages vom 27.08.2012 auf die Beklagte verschmolzen war.

In einem „Memo“ vom 20.09.2007 betreffend die „Dekonsolidisierung der VTS GmbH“ (Anlage K 11 zur Berufungsbegründung vom \_\_\_\_\_, Bl. 159/160 d. A.) heißt es u.a. wie folgt:

- Die Dekonsolidisierung (Verkauf) der VTS GmbH wurde vom Konzernvorstand der DTAG beschlossen und genehmigt. Ein Vorvertrag mit dem Erwerber wurde Ende August bereits unterzeichnet.
- (...)
- Der Erwerber wird eine sog. Patronatserklärung abgeben, d.h. er garantiert einen Bestandschutz der neuen Gesellschaft bis Januar 2009 (Insolvenzschutz).
- Keine betriebsbedingten Kündigungen und Standortgarantie bis zum 31.12.2008.
- (...)
- DTAG zahlt an den Erwerber einen Verlust- und Restrukturierungsausgleich von max. 280 Mio. € über 5 Jahre.
- DTAG garantiert dem Erwerber eine sog. Workload in Höhe von 280 Mio. € über 5 Jahre in Form von Investitionsprojekten zu Marktkonditionen.

Mit Schreiben vom \_\_\_\_\_ (Anlage K 7 zum Schriftsatz des Klägers vom \_\_\_\_\_, Bl. 48 d. A.) widersprach der Kläger gegenüber der Beklagten dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses von der VTS auf die NSN, nachdem die NSN

angekündigt hatte, bis zum . den Geschäftsbetrieb einzustellen und alle Mitarbeiter zu entlassen. Die NSN kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger im Mai 2013 zum wegen der Schließung des Beschäftigungsbetriebes des Klägers in Leipzig. In der Folge einigte sich der Kläger im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens im September mit der NSN auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum , gegen Zahlung einer Abfindung. Letztere ist vom Kläger zurückzuzahlen, wenn festgestellt wird, dass ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten besteht.

Mit anwaltlichem Schreiben vom widerrief der Kläger den Dreiseitigen Vertrag aufgrund eines Vertretungsmangels seitens der Beklagten und forderte die Beklagte auf, die Genehmigung zu erklären. Die Beklagte antwortete hierauf mit Schreiben vom , beim Prozessbevollmächtigten des Klägers am eingegangen, unter Beifügung der oben genannten Vollmacht vom , Herr Neuhoff sei bevollmächtigt gewesen, für die Beklagte zu handeln. Höchst vorsorglich werde die Genehmigung erteilt.

Mit seiner vor dem Arbeitsgericht Leipzig erhobenen Klage hat der Kläger das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien geltend gemacht. Insoweit hat er die Ansicht vertreten, aufgrund der Klausel in § 14 des Dreiseitigen Vertrages sei zum wieder ein Arbeitsverhältnis zur Beklagten begründet worden. Gleichzusetzen mit der Insolvenz des Geschäftsmodells sei der Untergang aus anderen Gründen. Das Geschäftsmodell VTS sei aber mit Ablauf des gescheitert gewesen und damit untergegangen. Jedenfalls habe er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses von der VTS auf die NSN wirksam widersprochen. Die gesetzliche Monatsfrist für seinen Widerspruch sei nicht in Lauf gesetzt worden, da die Unterrichtung über den Betriebsübergang nicht ordnungsgemäß erfolgt sei. U.a. sei der Eindruck erweckt worden, es finde ein Übergang auf ein solventes, zukunftssträchtiges Unternehmen statt und die Arbeitsplätze seien beim Erwerber langfristig gesichert. Nichts werde dazu ausgeführt, dass die VTS seit 2004 defizitär gewesen sei. Auch werde nichts von irgendwelchen Zuschuss-

bzw. Ausgleichszahlungen erwähnt. Insoweit habe jedoch eine Unterrichtspflicht bestanden.

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht zu den Bedingungen, die für ihn unmittelbar vor Abschluss des Dreiseitigen Vertrages vom . . . . . gelten, hilfsweise zu den Bedingungen, wie sie im Dreiseitigen Vertrag vom . . . . . zwischen ihm und der VTS GmbH vereinbart waren.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung hat sie ausgeführt, die Unterrichtung über den Betriebsübergang sei ordnungsgemäß erfolgt, insbesondere im Hinblick auf die wirtschaftlichen Folgen. Es habe durchaus ein Betriebsübergang auf ein solventes, zukunftssträchtiges Unternehmen stattgefunden. Zum damaligen Zeitpunkt sei in keiner Weise absehbar gewesen, in welche gravierenden Schwierigkeiten die NSN fünf Jahre später geraten werde. Die Formulierung „Schließungen der bisherigen Standorte sind nicht geplant“ sei zum damaligen Zeitpunkt zutreffend gewesen. Eine „Ewigkeitsgarantie“ könne seriöserweise kein Unternehmen abgeben. Jedenfalls sei der Widerspruch des Klägers verwirkt. Er habe jahrelang für die VTS und die NSN gearbeitet, ohne jemals irgendwelche Vorbehalte zu äußern.

Mit seinem dem Kläger am . . . . . zugestellten Urteil vom . . . . . hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner am . . . . . beim Sächsischen Landesarbeitsgericht eingegangenen Berufung, die er am . . . . . begründet hat.

Der Kläger vertritt die Ansicht, die Aufhebung seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten im Dreiseitigen Vertrag sei nicht wirksam, denn die erforderliche Schriftform sei nicht gewahrt. Herr Neuhoff habe nicht durch eine Unterschrift zwei Wil-

lenserklärungen abgeben können. Es habe vielmehr einer weiteren Unterschrift mit dem Zusatz „i.V.“ für die Beklagte bedurft. Insoweit sei auch auf die im Jahr 2005 bei der Beklagten geltende Zeichnungsregelung zu verweisen. Die Genehmigung des Vertreterhandelns durch die Beklagte sei nicht innerhalb der Frist des § 177 Abs. 2 BGB erfolgt. Des Weiteren halte die Klausel „zugleich handelnd namens und mit Vollmacht für die Deutsche Telekom AG“ einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand, da sie intransparent sei. Hinsichtlich des Rückkehrrechtes habe es das Arbeitsgericht versäumt, sich mit der Frage zu beschäftigen, was unter einer „Insolvenz des Geschäftsmodells“ zu verstehen sei. Die Klausel sei so auszulegen, dass keine Insolvenz im rechtlichen Sinn gemeint sei, sondern alle Tatbestände, bei denen der Geschäftsbetrieb nicht mehr aufrechterhalten bleibe und das Arbeitsverhältnis nicht mehr mit der VTS fortbestehe. Schließlich habe das Arbeitsgericht die Unterrichtung über den Betriebsübergang zu Unrecht als ordnungsgemäß angesehen. Aus der Unterrichtung gehe nicht hervor, dass die Beklagte einen sogenannten „negativen Kaufpreis“ in Höhe von 280 Mio. € gezahlt habe.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Leipzig vom 13.11.2013 – 11 Ca 2397/13 – aufzuheben und festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie vertritt die Ansicht, die Berufung sei bereits unzulässig, da der Kläger lediglich seine erstinstanzlichen Rechtsauffassungen wiederhole, sich aber nicht in der gebotenen Art und Weise mit der erstinstanzlichen Entscheidung auseinandersetze. Jedenfalls sei die Berufung unbegründet. Die Aufhebungsvereinbarung im Dreiseitigen Vertrag sei wirksam. Sie sei wirksam durch Herrn Neuhoff und Herrn Haupt vertreten worden. Beide seien zum damaligen Zeitpunkt zu ihrer Vertretung berechtigt gewesen und hätten in Vollmacht für sie gehandelt. Jedenfalls habe sie deren Handeln mit der Klageerwiderung vom \_\_\_\_\_ durch das Ankündigen des Kla-



## Entscheidungsgründe:

### I.

Auf die Berufung des Klägers ist das Urteil des Arbeitsgerichts Leipzig vom 13.11.2013 abzuändern und festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht. Die Berufung des Klägers ist sowohl zulässig als auch begründet.

### A.

Die Berufung des Klägers ist gemäß § 64 Abs. 2 lit. c) ArbGG statthaft und gemäß § 66 Abs. 1 ArbGG fristgerecht eingelegt sowie begründet worden. Sie ist auch im Übrigen zulässig, denn der Kläger hat seine Berufung entgegen der Ansicht der Beklagten formgerecht begründet. Die Berufungsbegründungsschrift vom genügt den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO.

1. Nach § 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO muss die Berufungsbegründung die Bezeichnung der Umstände enthalten, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt. Nach § 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 ZPO kann die Berufung allerdings auch (nur) auf neue Tatsachen gestützt werden (vgl. BAG, Urteil vom 23.02.2011 – 4 AZR 313/09 – Rz. 15, m.w.N., zitiert nach Juris).

2. Vor dem Hintergrund des Vorstehenden kann dahinstehen, ob die Berufungsbegründung sich nur in unzureichendem Maße mit den Entscheidungsgründen des Arbeitsgerichts auseinandersetzt, wie es die Beklagte in ihrer Berufungserwidern gerügt hat. Die in der Berufungsbegründung vom Kläger vorgetragene neuen Tatsachen genügen jedenfalls den gesetzlichen Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 ZPO. Erstmals in der Berufungsbegründung hat der Kläger die

Wirksamkeit seines Widerspruchs gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die NSN auf das Memo vom 20.09.2007 gestützt.

## B.

Die Berufung des Klägers ist auch begründet. Das Arbeitsgericht hat seine Klage zu Unrecht abgewiesen, denn diese ist sowohl zulässig als auch ihrerseits begründet.

1. Der Feststellungsantrag des Klägers ist gemäß § 256 Abs. 1 ZPO zulässig. Er ist auf die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses (Arbeitsverhältnisses) gerichtet. Angesichts des Bestreitens des Bestehens eines solchen durch die Beklagte hat der Kläger auch das erforderliche rechtliche Interesse an einer alsbaldigen Feststellung.

2. Der Feststellungsantrag des Klägers ist auch begründet. Zwischen den Parteien bestand am Schluss der mündlichen Berufungsverhandlung ein Arbeitsverhältnis. Als Rechtsnachfolgerin der VTS ist die Beklagte in das zwischen dem Kläger und der VTS über den 31.12.2007 hinaus fortbestehende Arbeitsverhältnis eingetreten. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die NSN aufgrund des Widerspruchs des Klägers vom                      nicht gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB mit Wirkung ab dem                      anstelle der VTS in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis eingetreten.

a) Der Betrieb in Leipzig, in dem der Kläger beschäftigt war, ist mit Wirkung ab dem 01.01.2008 im Wege eines Betriebsübergangs im Sinne von § 613a BGB von der VTS auf die NSN übergegangen. Hierüber besteht zwischen den Parteien kein Streit.

b) Das Widerspruchsrecht des Klägers war im Zeitpunkt der Ausübung am                      noch nicht gemäß § 613a Abs. 6 BGB verfristet. Die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 BGB ist durch die Unterrichtung vom 16.11.2007

nicht in Lauf gesetzt worden, denn die Unterrichtung entsprach nicht den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB.

(1) Veräußerer und/oder Erwerber haben den Arbeitnehmer so zu informieren, dass dieser sich über die Person des Übernehmers und über die in § 613a Abs. 5 BGB genannten Umstände ein Bild machen kann. Er soll durch die Unterrichtung eine ausreichende Wissensgrundlage für die Ausübung oder Nichtausübung seines Widerspruchsrechts erhalten. Dem Arbeitnehmer soll auch die Möglichkeit eröffnet werden, sich weitergehend zu erkundigen und gegebenenfalls beraten zu lassen und dann auf dieser Grundlage über einen Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu entscheiden. Der Inhalt der Unterrichtung richtet sich nach dem Kenntnisstand des Veräußerers und des Erwerbers zum Zeitpunkt der Unterrichtung. Ob eine erfolgte Unterrichtung den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB entsprochen hat, unterliegt der gerichtlichen Überprüfung. Genügt die Unterrichtung zunächst formal den gesetzlichen Anforderungen, insbesondere denen des § 613a Abs. 5 BGB, und ist sie nicht offensichtlich fehlerhaft, so ist es Sache des Arbeitnehmers, der sich auf die Unzulänglichkeit der Unterrichtung beruft, einen behaupteten Mangel näher darzulegen. Hierzu ist er im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast nach § 138 Abs. 3 ZPO verpflichtet. Dem bisherigen Arbeitgeber und/oder dem neuen Inhaber – je nachdem, wer die Unterrichtung vorgenommen hat – obliegt dann die Darlegungs- und Beweislast für die ordnungsgemäße Erfüllung der Unterrichtungspflicht, indem mit entsprechenden Darlegungen und Beweisangeboten die Einwände des Arbeitnehmers entkräftet werden (vgl. BAG, Urteil vom 10.11.2011 – 8 AZR 430/10 – Rz. 23/24, m.w.N., zitiert nach Juris).

§ 613a Abs. 5 BGB gebietet eine Information des Arbeitnehmers auch über die mittelbaren Folgen eines Betriebsübergangs, wenn zwar bei diesen nicht direkt Positionen der Arbeitnehmer betroffen werden, die ökonomischen Rahmenbedingungen des Betriebsübergangs jedoch zu einer so gravierenden Gefährdung der wirtschaftlichen Absicherung der Arbeitnehmer bei dem neuen Betriebsinhaber führen, dass dies als ein wesentliches Kriterium für einen möglichen Widerspruch der Arbeitnehmer gegen den Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse anzusehen ist. Zu den wirt-

schaftlichen Folgen i.S.v. § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB gehören auch solche Veränderungen, die sich nicht als rechtliche Folge unmittelbar den Bestimmungen des § 613a Abs. 1 bis Abs. 4 BGB entnehmen lassen. „Maßnahmen“ i.S.v. § 613a Abs. 5 Nr. 4 BGB sind alle durch den bisherigen oder neuen Betriebsinhaber geplanten erheblichen Änderungen der rechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Situation der vom Übergang betroffenen Arbeitnehmer. Solche Maßnahmen sind frühestens dann in Aussicht genommen, wenn ein Stadium konkreter Planungen erreicht ist (vgl. BAG, Urteil vom 14.11.2013 – 8 AZR 824/12 – Rz. 30, m.w.N., zitiert nach Juris).

Ob die Fehlerhaftigkeit der Unterrichtung vom 16.11.2007 für das Unterbleiben eines Widerspruchs des Arbeitnehmers innerhalb der Monatsfrist kausal war oder nicht, ist ohne Belang. Die Ordnungsmäßigkeit der Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB dient dem objektiven Schutz aller vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer. Das Gesetz stellt nicht auf die subjektiven Vorstellungen und Bedürfnisse einzelner Arbeitnehmer ab.

(2) Ausgehend von den vorstehenden Grundsätzen ist die Unterrichtung vom 16.11.2007 vor dem Hintergrund des Memos vom 20.09.2007 unzureichend bzw. irreführend.

Wie sich aus dem Memo vom 20.09.2007, dessen inhaltliche Richtigkeit die Beklagte nicht in Abrede gestellt hat, ergibt, ist der Betriebsübergang von der VTS auf die NSN durch zusätzliche Leistungen bzw. Zusagen der jeweiligen Muttergesellschaften flankiert worden. Bei diesen handelt es sich um ökonomische Rahmenbedingungen des Betriebsübergangs, die für einen möglichen Widerspruch der Arbeitnehmer gegen den Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse objektiv relevant sein konnten.

Insoweit ist zunächst die „Patronatserklärung“ relevant, die die Mutter der NSN für die Zeit bis Januar 2009 abgegeben hat. Die Notwendigkeit einer solchen Erklärung deutet darauf hin, dass die Finanzausstattung der Betriebsübernehmerin eher dünn

war und es daher zur Begründung bzw. Steigerung ihrer Kreditwürdigkeit einer Absicherung durch die Muttergesellschaft bedurfte. Die Patronatserklärung steht damit im Widerspruch zum Vortrag der Beklagten, dass es sich bei der NSN im Zeitpunkt des Betriebsübergangs um ein solventes, zukunftsträchtiges Unternehmen gehandelt habe. Für die Arbeitnehmer ergab sich daraus, dass die Betriebserwerberin ab Februar 2009 ohne Absicherung am Markt bestehen musste, mit der sich daraus für den Geschäftsbetrieb ergebenden Gefahr des Scheiterns.

Relevant ist weiter, dass die Beklagte als Mutter der VTS der NSN einen Verlust- und Restrukturierungsausgleich von max. 280 Mio. € über fünf Jahre zusagte und einen „Workload“ in gleicher Höhe über fünf Jahre in Form von Investitionsprojekten zu Marktkonditionen garantierte. Dies deutet darauf hin, dass „die Braut“ zunächst hübsch gemacht werden musste, um einen Erwerber zu finden, also gerade kein für sich allein wirtschaftlich interessanter Betrieb überging. Die Auftragsgarantie lässt vermuten, dass die NSN ohne sie nicht lebensfähig gewesen wäre. Zudem mussten die Arbeitnehmer befürchten, dass nach Wegfall der Garantie nach Ablauf von fünf Jahren der Fortbestand des Unternehmens und damit der ihrer Arbeitsverhältnisse gefährdet sein könnte. Nur am Rande sei insoweit darauf hingewiesen, dass sich diese Gefahr dann auch mit geringer Verzögerung realisiert hat. Zwar ergibt sich aus dem vorletzten Absatz des Informationsschreibens vom 16.11.2007, dass die Beklagte und die NSN „eine langfristige Geschäftsbeziehung und eine mehrjährige Auftragsbindung vereinbart“ haben. Mangels Angabe der konkreten Dauer (fünf Jahre) verschleiert diese Aussage aber mehr die tatsächlichen Gegebenheiten, als dass damit eine Aussage getätigt wird, nach der die Arbeitnehmer ihre Entscheidung über einen Widerspruch ausrichten konnten.

c) Entgegen der Ansicht der Beklagten war das Widerspruchsrecht des Klägers am noch nicht verwirkt.

(1) Das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB kann wegen Verwirkung ausgeschlossen sein. 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. 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. Auch zur Sanktionierung des Verstoßes gegen die Unterrichtungspflichten der Richtlinie 2001/23/EG ist ein Widerspruchsrecht ad infinitum nicht erforderlich. So erkennt der EuGH z.B. 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. 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.

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. 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.

Angesichts der gesetzlichen Regelung ist hinsichtlich des Zeitmoments nicht auf eine bestimmte Monatsfrist abzustellen. Entscheidend sind vielmehr die konkreten Umstände des Einzelfalles. Auch ist die Länge des Zeitablaufes in Wechselwirkung zu dem ebenfalls erforderlichen Umstandsmoment zu setzen. Zeitmoment und Um-

standsmoment beeinflussen sich wechselseitig, d.h. beide Elemente sind bildhaft im Sinne „kommunizierender Röhren“ miteinander verbunden. Je stärker das gesetzte Vertrauen oder die Umstände, die eine Geltendmachung für den Anspruchsgegner unzumutbar machen, sind, desto schneller kann ein Anspruch verwirken. 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. 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 (so BAG, Urteil vom 15.03.2012 – 8 AZR 700/10 – Rz. 29 bis 31, m.w.N., zitiert nach Juris).

(2) Ausgehend von den vorstehenden Grundsätzen hatte der Kläger sein Widerspruchsrecht im Zeitpunkt der Ausübung am \_\_\_\_\_ noch nicht verwirkt. Zwar war das Zeitmoment zu diesem Zeitpunkt bereits erfüllt, nicht jedoch das Umstandsmoment.

(a) Die Frist für das für die Verwirkung maßgebliche Zeitmoment begann mit Ablauf des 16.12.2007, also einen Monat nach Zugang des Unterrichtungsschreibens vom 16.11.2007.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Urteil vom 23.07.2009 – 8 AZR 357/08 – Rz. 39 ff., m.w.N., zitiert nach Juris) setzt nicht erst die Kenntnis des Arbeitnehmers von der Fehlerhaftigkeit der Unterrichtung die Frist für die Beurteilung des Vorliegens des Zeitmoments in Lauf. Bei dem Zeitmoment handelt es sich nicht um eine gesetzliche, gerichtliche oder vertraglich vorgeschriebene Frist, für welche bestimmte Anfangs- und Endzeitpunkte gelten, die in den §§ 186 ff. BGB geregelt sind. Vielmehr hat bei der Prüfung, ob ein Recht verwirkt ist, eine Gesamtbetrachtung stattzufinden, bei der das Zeit- und das Umstandsmoment zu berücksichtigen und in Relation zu setzen sind. Erfolgt die Prüfung entsprechend diesen Grundsätzen, ist es nicht geboten, ähnlich wie bei gesetzlichen, gerichtlichen oder

vertraglichen Fristen für das so genannte Zeitmoment einen bestimmten Fristbeginn, wie etwa die Kenntnis des Berechtigten von bestimmten Tatsachen festzulegen. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob der Verpflichtete aufgrund des Zeitablaufs, in dem der Berechtigte sein Recht nicht ausgeübt hat, und den Umständen des Einzelfalls, zu denen auch der jeweilige Informationsstand des Berechtigten gehört, darauf vertrauen durfte, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr geltend machen. Grundsätzlich ist der gesamte Zeitablauf seit der Rechtsentstehung von Bedeutung.

Damit ist vorliegend auf den Zeitraum ab dem 16.12.2007 abzustellen, weil zu diesem Zeitpunkt die aus Sicht der VTS durch ihr Unterrichtungsschreiben vom 16.11.2007 in Gang gesetzte gesetzliche einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB für den Kläger ablief. Durch die Unterrichtung über den Betriebsübergang gibt der Arbeitgeber grundsätzlich zu erkennen, dass er mit dieser die Widerspruchsfrist von einem Monat in Gang setzen will und nach Fristablauf die Erklärung von Widersprüchen nicht mehr erwartet. Dies gilt auch, wenn die Unterrichtung unvollständig oder fehlerhaft war (vgl. BAG, Urteil vom 23.07.2009 – 8 AZR 357/08 – Rz. 41/42, m.w.N., zitiert nach Juris).

Damit hat der Kläger im vorliegenden Fall aus Sicht der VTS bzw. der Beklagten sein Widerspruchsrecht über einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren nicht ausgeübt. Bei einem solchen Zeitraum ist von einem besonders schwerwiegend verwirklichten Zeitmoment auszugehen. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Urteil vom 15.03.2012 – 8 AZR 700/10 – Rz. 33, m.w.N., zitiert nach Juris) genügen bereits Zeiträume von 15 Monaten, von neun Monaten oder auch siebeneneinhalb Monaten zur Verwirklichung des Zeitmoments.

(b) Entgegen der Ansicht der Beklagten war im vorliegenden Fall das Umstandsmoment am \_\_\_\_\_ nicht erfüllt.

Auch bei einem besonders schwerwiegend verwirklichten Zeitmoment kann auf die Erfüllung des Umstandsmoments nicht vollständig verzichtet werden. Das Zeitmo-

ment „mutiert“ auch nach einer solch langen Zeit – wie hier – nicht zum Umstandsmoment (vgl. BAG, Urteil vom 15.06.2011 – 4 AZR 737/09 – Rz. 24, zitiert nach Juris, zu einem Zeitraum von 14 Jahren).

Das Umstandsmoment ist erfüllt, wenn der Arbeitgeber aufgrund eines Verhaltens des Arbeitnehmers davon ausgehen durfte, der Widerspruch werde nicht mehr ausgeübt. Dies ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer zu erkennen gegeben hat, er habe den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber und diesen damit als seinen neuen Arbeitgeber akzeptiert. Regelmäßig ist dies anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer über den Bestand seines Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Betriebserwerber disponiert hat (vgl. BAG, Urteil vom 26.05.2011 – 8 AZR 18/10 – Rz. 31, m.w.N., zitiert nach Juris). Eine solche Disposition über sein Arbeitsverhältnis hat der Kläger nicht vorgenommen.

Ausgehend von den Ausführungen zum Zeitmoment ist im Hinblick auf mögliche Dispositionen auf die Zeit ab dem 17.12.2007 abzustellen. Entgegen der Ansicht der Beklagten stellt die unter dem 09.06.2005 erfolgte Unterzeichnung des Dreiseitigen Vertrages somit keine maßgebliche Disposition des Klägers dar.

Soweit ersichtlich, hat der Kläger in der Zeit vom . . . bis . . . lediglich widerspruchslos unverändert seine Arbeitsleistungen für den Betriebserwerber (NSN) erbracht. Darin liegt kein einen Vertrauenstatbestand schaffender Umstand. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Urteil vom 26.05.2011 – 8 AZR 18/10 – Rz. 32, m.w.N., zitiert nach Juris) stellen weder die widerspruchslose Weiterarbeit des Arbeitnehmers beim Betriebsübernehmer noch etwaige Vereinbarungen mit dem Betriebserwerber, durch die einzelne Arbeitsbedingungen, etwa die Art und der Umfang der zu erbringenden Arbeitsleistung oder die Höhe der Arbeitsvergütung, geändert werden, Sachverhalte dar, durch die das Umstandsmoment der Verwirkung ausgelöst wird

Die vom Kläger nach Zugang der Kündigung gegen Nokia erhobene Kündigungsschutzklage und der in diesem Verfahren abgeschlossene Vergleich können ein

Umstandsmoment nicht begründen. Ein Vertrauen der Beklagten darin, der Kläger werde sein Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben konnte bereits deshalb nicht mehr entstehen, weil der Kläger sein Widerspruchsrecht gegenüber der Beklagten bereits mit Schreiben vom [ ] ausgeübt hatte. Der Kläger verhält sich auch nicht widersprüchlich, wenn er zur Vermeidung von Rechtsnachteilen vorsorglich für den Fall, dass sein Arbeitsverhältnis nicht bei der VTS bzw. der Beklagten verblieben ist, eine Abfindungsvereinbarung mit der NSN geschlossen hat. Unstreitig ist der Kläger verpflichtet, die vereinbarte Abfindung zurückzuzahlen, wenn er gegenüber der Beklagten obsiegt. Ein doppelter Vorteil, wie ihn die Beklagte im Falle ihres Unterliegens befürchtet, kann daher für den Kläger nicht eintreten.

4. Der somit insgesamt wirksame und fristgerechte Widerspruch des Klägers vom [ ] hat zur Folge, dass sein Arbeitsverhältnis mit der VTS über den 31.12.2007 hinaus ununterbrochen fortbestand. Auch dann, wenn der Widerspruch – wie hier – erst nach dem Betriebsübergang erklärt wird, verhindert er das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebserwerber. Der Widerspruch wirkt auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück (vgl. BAG, Urteil vom 13.07.2006 – 8 AZR 382/05 – Rz. 36/37, m.w.N., NZA 2006, 1406, 1410). Mit der Eintragung der Verschmelzung der VTS auf die Beklagte in das Handelsregister am 10.09.2012 trat die Beklagte als Rechtsnachfolgerin der VTS in das fortbestehende Arbeitsverhältnis ein.

## II.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Die Beklagte hat als unterlegene Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Die Zulassung der Revision für die Beklagte beruht auf § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG. Insoweit gilt die nachfolgende

## Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann von **der Berufungsbeklagten/Beklagten**

### Revision

eingelegt werden.

Die Revision muss innerhalb

#### **einer Notfrist von einem Monat**

schriftlich oder in elektronischer Form beim Bundesarbeitsgericht eingelegt werden.

Die Anschrift des Bundesarbeitsgerichts lautet:

**Postfach, 99112 Erfurt**

oder

**Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt**

Telefon: (03 61) 26 36 - 0

Telefax: (03 61) 26 36 - 20 00.

Sie ist gleichzeitig innerhalb

#### **einer Frist von zwei Monaten**

schriftlich oder in elektronischer Form zu begründen.

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

Die Revisionschrift und die Begründung der Revision **müssen** von einem **Prozessbevollmächtigten** unterzeichnet oder mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen sein. Als **Prozessbevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgeberverbänden sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände und Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, die die Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 ArbGG erfüllen.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionschrift und die Begründung unterzeichnen oder mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Bezüglich der Möglichkeiten elektronischer Einlegung und Begründung der Revision - eine Einlegung per E-Mail ist ausgeschlossen! - wird verwiesen auf die Verord-

nung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 9. März 2006 (BGBl. I S. 519).

Die Revision kann nur darauf gestützt werden, dass das Urteil des Landesarbeitsgerichts auf der Verletzung einer Rechtsnorm beruht.

Für den Berufungskläger/Kläger ist gegen die Entscheidung kein Rechtsmittel gegeben.

gez. Heuwerth  
Vorsitzender Richter  
am Landesarbeitsgericht

gez. Schauer  
ehrenamtlicher  
Richter

gez. Dr. Starke  
ehrenamtliche  
Richterin

---

***Hinweise der Geschäftsstelle:***

Das Bundesarbeitsgericht bittet, sämtliche Schriftsätze in siebenfacher Ausfertigung beim Bundesarbeitsgericht einzureichen.