

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

Inhaltsüberblick

1. KAPITEL: Einleitung

I. § 613a Abs. 5 und 6 BGB als rechtliches Risiko	27
II. § 242 BGB als Lösung?	29
III. Gang der Bearbeitung	30

2. KAPITEL: Grundlagen zu § 613a BGB

I. Grundlagen des Betriebsübergangs nach § 613a BGB	33
II. Die Unterrichtung und das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 5 und 6 BGB.....	43
III. Zusammenfassung.....	56

3. KAPITEL: Verwirkung infolge Zeitablaufs und Rechtsmissbrauch i. e. S.

I. Verwirkung.....	59
II. Rechtsmissbrauch i. e. S.....	83

4. KAPITEL: Grundlagen der Verwirkung infolge Zeitablaufs und des Rechtsmissbrauchs i. e. S. bei § 613a BGB

I. Verwirkung infolge Zeitablaufs	85
II. Rechtsmissbrauch i. e. S.....	104

5. KAPITEL: Fälle von Verwirkung infolge Zeitablaufs und Rechtsmiss- brauch i. e. S.

I. Fälle der Verwirkung infolge Zeitablaufs.....	109
II. Fälle des Rechtsmissbrauchs i. e. S.	181

6. KAPITEL: Lösungsansätze, Erwägungen und Hilfestellungen zur prak- tischen Handhabung bezüglich Unterrichtungspflicht, Verwir- kung infolge Zeitablaufs und Rechtsmissbrauch i. e. S. bei § 613a BGB

I. Rechtspolitische Erwägungen zur Unterrichtungspflicht	187
II. Erwägungen zur Auslegung des geltenden Rechts bei der Verwirkung in- folge Zeitablaufs.....	194
III. Erwägungen zur Auslegung des geltenden Rechts bei Rechtsmissbrauch i. e. S.....	213

IV. Hilfestellung zur praktischen Handhabung des Umstandsmoments nach geltendem Recht bei der Verwirkung infolge Zeitablaufs.....	219
---	-----

7. KAPITEL: Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Zu den Grundlagen zu § 613a BGB.....	245
II. Zu der Verwirkung infolge Zeitablaufs und dem Rechtsmissbrauch i. e. S.....	246
III. Zu den Grundlagen der Verwirkung infolge Zeitablaufs und des Rechtsmissbrauchs i. e. S. bei § 613a BGB.....	248
IV. Zu den Fällen von Verwirkung infolge Zeitablaufs und Rechtsmissbrauch i. e. S.....	248
V. Zu den Lösungsansätzen, Erwägungen und Hilfestellungen zur praktischen Handhabung bezüglich Unterrichtungspflicht, Verwirkung infolge Zeitablaufs und Rechtsmissbrauch i. e. S.	250
Literatur	253

Inhaltsverzeichnis

1. KAPITEL: Einleitung

I.	§ 613a Abs. 5 und 6 BGB als rechtliches Risiko	27
II.	§ 242 BGB als Lösung?	29
III.	Gang der Bearbeitung	30

2. KAPITEL: Grundlagen zu § 613a BGB

I.	Grundlagen des Betriebsübergangs nach § 613a BGB	33
1.	Entstehung der Norm	33
2.	Sinn und Zweck der Norm	38
3.	Anwendungsbereich	39
a)	Sachlicher Anwendungsbereich	40
aa)	Singularsukzession	40
bb)	Universalsukzession	40
b)	Persönlicher Anwendungsbereich	41
aa)	Bestehende Arbeitsverhältnisse	41
bb)	Arbeitnehmer i. S. d. § 613a BGB	42
cc)	Keine Arbeitnehmer i. S. d. § 613a BGB	43
II.	Unterrichtung und Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 5 und 6 BGB	43
1.	Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB	45
a)	Unterrichtungsverpflichteter / -adressat	45
b)	Form	46
c)	Zeitpunkt	46
d)	Inhalt	47
e)	Folgen bei fehlerhafter Unterrichtung	47
f)	Kausalität zwischen Fehler im Unterrichtungsschreiben und konkreter Entscheidung des Arbeitnehmers	48
g)	Zusammenfassung	51
2.	Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB	51

a) Form, Ausübung und Adressat	52
b) Zeitpunkt.....	53
c) Rechtsfolgen.....	53
d) Umgehung des Widerspruchsrechts: Schadensersatz auf Naturalrestitution	54
III. Zusammenfassung.....	56
3. KAPITEL: Verwirkung infolge Zeitablaufs und Rechtsmissbrauch	
i. e. S.	
I. Verwirkung.....	59
1. Herleitung des Rechtsinstitutes der Verwirkung infolge Zeitablaufs.....	59
a) Funktionskreise.....	60
b) Schrankenfunktion und Verwirkung infolge Zeitablaufs.....	61
aa) Verwirkung infolge Zeitablaufs.....	63
(1) Tatbestand	63
(a) Zeitmoment	64
(aa) Bestimmung	64
(bb) Anknüpfungszeitpunkt	66
(b) Umstandsmoment	67
(aa) Verhalten des Berechtigten	68
(bb) Verhalten des Verpflichteten	70
(2) Kenntnis des von der Verwirkung bedrohten Rechts	71
(a) Kenntnis des Berechtigten	71
(b) Kenntnis des Verpflichteten.....	73
(aa) Ausnahmen.....	73
(aaa) Nachträgliche Kenntniserlangung	73
(bbb) Keine positive Kenntnis	74
(bb) Zusammenfassung	77
bb) Abgrenzung: Verwirkung von Rechten	78
cc) Abgrenzung: Generalfall des venire contra factum proprium	79

c) Zusammenfassung.....	80
2. Gegenstand.....	81
3. Rechtsfolgen.....	81
II. Rechtsmissbrauch i. e. S.....	83
1. Herleitung des Rechtsinstitutes des Rechtsmissbrauchs i. e. S.....	83
2. Tatbestand	83
3. Rechtsfolgen.....	84
4. KAPITEL: Grundlagen der Verwirkung infolge Zeitablaufs und des Rechtsmissbrauchs i. e. S. bei § 613a BGB	
I. Verwirkung infolge Zeitablaufs	85
1. Ursachen des Rückgriffs auf die Verwirkung infolge Zeitablaufs und dessen Folgen	85
a) Unterrichtungspflicht als Grundproblem.....	85
b) Folgen der fehlerhaften Unterrichtung für die Arbeitgeber	87
aa) Folgen auf Arbeitgeberseite.....	88
bb) Folgen auf Arbeitnehmerseite	90
cc) Exkurs: Sperrzeit nach § 159 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III.....	91
c) Zusammenfassung.....	92
2. Grundlagen der Verwirkung des Widerspruchsrechts infolge Zeitablaufs bei fehlerhafter Unterrichtung.....	92
a) Zeitmoment.....	92
Anknüpfungszeitpunkt.....	92
b) Umstandsmoment	96
aa) Verhalten des Arbeitnehmers	96
bb) Verhalten der Arbeitgeberparteien.....	97
c) Kenntnis des Widerspruchsrechts	98
aa) Kenntnis des Arbeitnehmers.....	99
(1) Während der Monatsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB.....	99
(2) Nach Ablauf der Monatsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB.	99
(3) Zusammenfassung.....	100

bb) Kenntnis der Arbeitgeberparteien	101
d) Kenntnis des verwirkungserheblichen Verhaltens und gegenseitige Zurechnung	103
II. Rechtsmissbrauch i. e. S.	104
1. Ursachen des Rückgriffs auf den Rechtsmissbrauch i. e. S. und dessen Folgen	105
2. Grundlagen des Rechtsmissbrauchs i. e. S. bei Betriebsübergang	107
5. KAPITEL: Fälle von Verwirkung infolge Zeitablaufs und Rechtsmiss- brauch i. e. S.	
I. Fälle der Verwirkung infolge Zeitablaufs	109
1. Die Ansicht des <i>Achten Senats</i> des BAG zur Verwirkung infolge Zeitablaufs bei § 613a BGB	109
a) Frühere Rechtslage	109
b) Urteil des BAG vom 23.07.2009 – 8 AZR 541/08	110
c) Kritik	111
2. Einordnung des Zeitmoments bei § 613a BGB	112
a) Ausdehnung des Zeitmoments nach der Rechtsprechung des BAG	112
b) Konkrete Umstände des Einzelfalls	114
c) Der als Grundlage dienende zeitliche Rahmen	115
3. Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers	116
a) Gründe durch Unterlassen des Arbeitnehmers	116
aa) Schlichtes Weiterarbeiten beim Erwerber	116
bb) Kenntnis des Arbeitnehmers von widerspruchsbe gründenden Tatsachen bzgl. des Erwerberbetriebes	120
(1) Schlichtes Weiterarbeiten i. R. e. Notlage für den Erwerber- betrieb	120
(2) Inbetrachtziehen des Widerspruchsrechts i. R. e. Notlage für den Erwerberbetrieb	123
(3) Negativäußerungen bzgl. des Widerspruchsrechts i. R. e. Notlage für den Erwerberbetrieb	124
cc) Abwarten einer sachverhaltsdienlichen Parallelentscheidung	126

(1) Sachverhaltsimmanente Parallelentscheidung	126
(2) Sachverhaltsnahe Parallelentscheidung	128
dd) Erhalt von Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.....	129
ee) Unterlassene Rückfrage, Nachfrage und Aufklärung	131
ff) Zusammenfassung.....	133
b) Gründe durch aktives Tun des Arbeitnehmers	133
aa) Vertragsänderungen.....	134
(1) Gehaltserhöhung.....	134
(a) Unregelmäßige Beantragung.....	135
(b) Regelmäßige Beantragung	136
(c) Vom Betriebserwerber eröffnete Gehaltserhöhung	137
(2) Altersteilzeit/Wechsel von Vollzeit auf Teilzeit	137
bb) Inanspruchnahme der Arbeitgeberparteien nach § 613a Abs. 2 BGB	139
cc) Bewerbung auf eine andere Stelle (interne Stellenausschrei- bung)	140
dd) Verlangen von Zeugnissen	142
(1) Verlangen eines Endzeugnisses vom Betriebsveräußerer....	143
(2) Verlangen eines Zwischenzeugnisses vom Betriebs- erwerber	144
ee) Verlangen einer Nebentätigkeitserlaubnis	144
(1) Nebentätigkeit beim Betriebserwerber.....	145
(2) Nebentätigkeit bei einem Dritten/Selbstständigkeit.....	146
ff) Äußerungen gegenüber dem Veräußerer/Äußerungen im Güte- termin	147
gg) Selbstständige Fristsetzung.....	149
hh) Elternzeit/Bildungsurlaub	150
ii) Zusammenfassung	152
4. Gründe bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses.....	153
a) Kündigung durch den Betriebsveräußerer bei über den Zeitpunkt des Betriebsübergangs hinauslaufender Kündigungsfrist.....	153

b)	Kündigung durch den Betriebserwerber.....	155
	Nachträgliche Rücknahme der Kündigungsschutzklage	159
c)	Eigenkündigung	161
d)	Aufhebungsvertrag	162
	aa) Abschluss eines Aufhebungsvertrages per se.....	163
	bb) Aufhebungsvertrag nach Ausübung des Widerspruchs	164
	cc) Anfechtung des Aufhebungsvertrages	165
e)	Abwicklungsvertrag	166
f)	Faktische Beendigung des Arbeitsverhältnisses	168
g)	Zusammenfassung	168
5.	Gründe ausgelöst durch das Verhalten des Erwerbers.....	169
a)	Vertragsänderungen.....	169
	aa) Gehaltserhöhung	170
	bb) Versetzung.....	172
	(1) Versetzung i. R. d. Direktionsrechts	172
	(2) Versetzung unter Einverständnis.....	173
b)	Gewährung einer „Treueprämie“	174
c)	Weiterer Betriebsübergang	176
d)	Zusammenfassung	179
6.	Zwischenergebnis.....	180
II.	Fälle des Rechtsmissbrauchs i. e. S.	181
1.	Individueller Rechtsmissbrauch i. e. S.	181
2.	Kollektiver Rechtsmissbrauch i. e. S.	183
3.	Zusammenfassung.....	185
6.	KAPITEL: Lösungsansätze, Erwägungen und Hilfestellungen zur praktischen Handhabung bezüglich Unterrichtungspflicht, Verwirkung infolge Zeitablaufs und Rechtsmissbrauch i. e. S. bei § 613a BGB	
I.	Rechtspolitische Erwägungen zur Unterrichtungspflicht	187
1.	Einschränkung der Unterrichtungspflicht	187

a) Einschränkung der Adressaten	188
b) Einschränkung der inhaltlichen Anforderungen	189
2. Musterunterrichtung.....	191
3. Zusammenfassung.....	193
II. Erwägungen zur Auslegung des geltenden Rechts bei der Verwirkung infolge Zeitablaufs	194
1. Erwägungen zum Zeitmoment	194
a) Festsetzung einer Höchstfrist.....	195
aa) Drei Monate	195
bb) Mindestens sechs Monate	196
cc) Zwölf Monate.....	197
dd) Zwölf bis siebzehn Monate	197
ee) Vierundzwanzig Monate	197
ff) Zehn Jahre	198
gg) Zusammenfassung und Kritik.....	199
b) Analogie zu § 5 Abs. 3 Satz 2 KSchG	200
c) Verjährung des Widerspruchsrechts	201
d) Bemessung des Zeitmoments anhand der Schwere des Fehlers im Unterrichtungsschreiben	201
e) Zusammenfassung.....	203
2. Erwägungen zum Umstandsmoment	203
a) Generelle Verwehrung des Widerspruchsrechts bei Aufhebungs- vertrag, Kündigung durch den Erwerber und Eigenkündigung.....	203
b) Konkludente Bestätigung nach § 144 BGB analog bei Aufhebungs- vertrag	205
c) Nachträgliche Genehmigung nach § 185 Abs. 2 BGB bei Aufhe- bungsvertrag und Kündigung durch den Erwerber.....	208
d) Vorherige Zustimmung nach § 185 Abs. 1 BGB bei Aufhebungs- vertrag und Kündigung durch den Erwerber	211
e) Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB bei Aufhebungsvertrag und Kündigung durch den Erwerber.....	212

f) Zusammenfassung	213
III. Erwägungen zur Auslegung des geltenden Rechts bei Rechtsmissbrauch	
i. e. S.	213
1. Vorliegen eines sachlichen Grundes	214
2. Kontrolle anhand der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Arbeits-	
kampfes	215
a) Verhinderung des Arbeitgeberwechsels	216
b) Einflussnahme auf die Umstände des Betriebsübergangs	217
c) Zwischenergebnis und Problematik der Beweislast	217
3. Zusammenfassung	218
IV. Hilfestellung zur praktischen Handhabung des Umstandsmoments nach	
geltendem Recht bei der Verwirkung infolge Zeitablaufs	219
1. Verzicht auf das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB	219
a) Ausdrücklicher Verzicht des Arbeitnehmers	219
aa) Voraussetzungen	219
bb) Verzicht auf die Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB	223
cc) Zusammenfassung und Kritik	224
b) Konkludenter Verzicht des Arbeitnehmers	226
2. Bestätigung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses	226
a) Ausdrückliche Bestätigung durch den Arbeitnehmer	226
b) Negatives Wahlrecht als Bestätigung	228
3. Prophylaktische Kündigung durch den Veräußerer	230
4. Vertragliche Änderungen	231
5. Überleitungs- /Nichtüberleitungsvereinbarungen	233
6. Aufhebungsvertrag und Neuabschluss eines Arbeitsvertrages mit dem	
Erwerber	235
a) „Lemgoer Modell“	236
b) Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft	237
c) Aufhebungsvertrag und Neuabschluss bei unveränderten	
Bedingungen	239
d) Zusammenfassung	240

7. Rückkehrzusagen	240
8. Widerspruchsvorbehalt	242
9. Zusammenfassung.....	243
7. KAPITEL: Zusammenfassung der Ergebnisse	
I. Zu den Grundlagen zu § 613a BGB.....	245
II. Zu der Verwirkung infolge Zeitablaufs und dem Rechtsmissbrauch i. e. S.....	246
III. Zu den Grundlagen der Verwirkung infolge Zeitablaufs und des Rechts- missbrauchs i. e. S. bei § 613a BGB.....	248
IV. Zu den Fällen von Verwirkung infolge Zeitablaufs und Rechtsmissbrauch i. e. S.....	248
V. Zu den Lösungsansätzen, Erwägungen und Hilfestellungen zur praktischen Handhabung bezüglich Unterrichtungspflicht, Verwirkung infolge Zeitablaufs und Rechtsmissbrauch i. e. S.....	250
Literatur	253