BUNDESARBEITSGERICHT

8 AZR 974/12
6 Sa 83/12
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
17. Oktober 2013

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. Oktober 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger

sowie die ehrenamtlichen Richter von Schuckmann und Avenarius für Recht erkannt:

> Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 4. Juli 2012 - 6 Sa 83/12 - wird zurückgewiesen.
>
> Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit eines Widerspruchs des Klägers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses infolge Betriebsübergangs, um die Wirksamkeit einer vorsorglichen Kündigung der Beklagten und um Annahmeverzugslohnansprüche. 1

Der Kläger hatte im November 1985 ein Arbeitsverhältnis mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der R GmbH, begonnen. Bei dieser wurde er mit Arbeitsvertrag vom 27. April 1992 zum Leiter ihres Teilbetriebs in der Werkskantine der Firma A *(A)* in M befördert. Der Teilbetrieb ging am 1. April 1996 auf die Beklagte über. Diese setzte dort zuletzt acht Arbeitnehmer ein, der Kläger war auch Betriebsobmann und verdiente monatlich 3.438,40 Euro brutto. 2

Mit Schreiben vom 12. November 2010 informierte die Beklagte den Kläger und die übrigen Arbeitnehmer des Teilbetriebs A, dass dieser Betrieb zum 1. Januar 2011 auf die Ap KG *(Ap)* übergehen werde. Die Beklagte hatte den Cateringvertrag mit der Auftraggeberin zum 31. Dezember 2010 verloren. Die Ap übernahm am 1. Januar 2011 die Kantine und führte diese mit dem gleichen Konzept fort, wie es zuvor die Beklagte ihren Caterer-Dienstleistungen zugrunde gelegt hatte. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass es am 1. Januar 2011 zu einem Betriebsübergang auf die Ap gekommen ist. 3

Der Kläger bot am 3. Januar 2011 seine Arbeitsleistung bei Ap an. Diese lehnte ab, weil sie sich nicht als Betriebserwerberin sah. Daraufhin bot der Kläger seine Arbeitskraft am 4. Januar 2011 der Beklagten an, diese lehnte ab, weil es aus ihrer Sicht zu einem Betriebsübergang gekommen war. Der Kläger ließ durch Anwaltsschreiben vom selben Tage sein Angebot gegenüber der Beklagten wiederholen, forderte eine Bestätigung über den Bestand des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien und behielt sich etwaige Rechte bezüglich eines Widerspruchs „gegen den Betriebsübergang“ ausdrücklich vor. 4

Am 26. Januar 2011 erhob der Kläger Klage gegen die Ap mit dem Antrag, den Bestand eines Arbeitsverhältnisses zwischen ihm und Ap festzustellen. Der Beklagten verkündete er den Streit. Nach einer Kündigung der Ap erweiterte der Kläger seine Klage um einen Kündigungsschutzantrag. 5

Unter dem 15. März 2011 machte der Kläger gegenüber der Beklagten Annahmeverzugslohnansprüche durch Anwaltsschreiben geltend, ausdrücklich behielt er sich unter IV. dabei die Ausübung des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB vor. Die Ziff. III. dieses Schreibens lautete: 6

> „Im übrigen wird anheim gestellt, innerhalb oben genannter Frist - ggfs. in Abstimmung mit der Firma Ap - ein einvernehmliches Vergleichsangebot vorzulegen.
>
> Aufgrund der Betriebsratstätigkeit meines Mandanten erachten wir das bisherige Angebot (Faktor 0,5) als völlig unzureichend.“

Den Rechtsstreit des Klägers mit Ap vor dem Arbeitsgericht bach - 3 Ca 22/11 - beendeten die dortigen Parteien auf Vorschlag des Gerichts durch Vergleich, der am 26. April 2011 nach § 278 Abs. 6 ZPO mit folgendem Inhalt festgestellt wurde: 7

> „1. Zwischen den Parteien besteht Einigkeit, dass kein Betriebsübergang gemäß § 613a BGB vorliegt, dass das Arbeitsverhältnis demzufolge nicht auf die Beklagte übergegangen ist und auch sonst kein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien begründet wurde und somit nicht besteht.

2. Die Beklagte zahlt an den Kläger einen Betrag in Höhe von EUR 45.000,00 (in Worten: Euro Fünfundvierzigtausend 00/100). Etwaige hierauf anfallende Steuern und Sozialversicherungsbeiträge sind von dem Kläger zu tragen.

3. Mit Erfüllung dieser Vereinbarung sind alle etwaigen wechselseitigen finanziellen Ansprüche zwischen den Parteien, gleich welcher Art und gleich, ob bei Abschluss dieses Vergleiches bekannt oder unbekannt, erledigt und ausgeglichen. Dem Kläger bleibt die Geltendmachung des Widerspruchsrechts gemäß § 613a Abs. 5 und 6 BGB gegenüber der Firma E GmbH vorbehalten.

…“

Der Kläger erklärte gegenüber der Beklagten am 5. Mai 2011 den Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses infolge Betriebsübergangs, wobei er darauf hinweisen ließ, die Unterrichtung über einen etwaigen Betriebsübergang sei nicht ordnungsgemäß erfolgt. Sodann erhob er gegen die Beklagte am 30. Mai 2011 Klage mit dem Ziel der Feststellung eines Arbeitsverhältnisses, der Weiterbeschäftigung und der Zahlung von Annahmeverzugslohn. Eine vorsorgliche Kündigung der Beklagten griff er durch Klageerweiterung an. 8

Dazu hat der Kläger die Auffassung vertreten, sein Widerspruch vom 5. Mai 2011 sei wirksam, da die Frist infolge eines fehlerhaften Unterrichtungsschreibens nach § 613a Abs. 6 BGB noch nicht zu laufen begonnen habe. Das Recht zum Widerspruch habe er nicht verwirkt. Zum einen seien zwischen der fehlerhaften Unterrichtung und seinem Widerspruch weniger als sechs Monate vergangen, zum anderen fehle es jedenfalls am Umstandsmoment. Er habe sich stets sowohl gegenüber der Beklagten als auch gegenüber Ap sein Widerspruchsrecht vorbehalten. Eine Disposition über sein Arbeitsverhältnis habe er nicht getroffen, auch nicht durch den Vergleich vom 26. April 2011 mit Ap. Denn die dortigen Parteien seien gerade davon ausgegangen, dass es einen Betriebsübergang nicht gegeben habe. Die Beklagte habe zu keinem Zeitpunkt darauf vertrauen dürfen, dass er von der Option des Widerspruchs keinen Gebrauch 9

mehr machen werde; nach Abschluss des Vergleiches habe er ihn alsbald erklärt.

Der Kläger hat beantragt, 10

1. festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn auf der Grundlage des Arbeitsvertrages vom 27. April 1992 als Betriebsleiter zu beschäftigen;
3. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 31. Mai 2011 nicht beendet worden ist

sowie die Beklagte zu verurteilen, ihm Annahmeverzugslohn für die Zeit von Januar bis Oktober 2011 zu zahlen.

Ihren Antrag auf Klageabweisung hat die Beklagte mit der Auffassung 11
begründet, der Kläger habe seinen Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses verwirkt. Er verhalte sich zudem widersprüchlich, wenn er sich mit Ap darauf verständigt habe, dass ein Betriebsübergang nicht stattgefunden habe, unmittelbar im Anschluss daran jedoch dies gegenüber der Beklagten wieder geltend mache.

Das Arbeitsgericht hat den Feststellungsanträgen sowie dem Weiterbe- 12
schäftigungsantrag des Klägers ganz, den Zahlungsanträgen teilweise stattgegeben. Während die Berufung des Klägers, soweit das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen hatte, erfolglos blieb, hatte die Berufung der Beklagten vor dem Landesarbeitsgericht vollumfänglich Erfolg. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers hat keinen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht 13
hat rechtsfehlerfrei erkannt, dass der Kläger sein Recht zum Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Ap verwirkt hat.

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: 14

Es sei festzustellen, dass nach den vom Kläger im Prozess gegen Ap vorgetragenen Umständen und nach dem nicht bestrittenen Vortrag der Beklagten die Ap mit Wirkung zum 1. Januar 2011 die Bewirtschaftung der Betriebskantine der A übernommen habe und dabei ein Übergang des Teilbetriebs A von der Beklagten auf Ap stattgefunden habe. Damit sei das Arbeitsverhältnis des Klägers am 1. Januar 2011 auf die Ap übergegangen. 15

Da der Kläger sein Recht zum Widerspruch verwirkt habe, stehe dem sein am 5. Mai 2011 erklärter Widerspruch nicht entgegen. Das Unterrichtungsschreiben der Beklagten zum Übergang des Teilbetriebs sei zwar fehlerhaft gewesen, die Voraussetzungen für eine Verwirkung des Widerspruchsrechts durch den Kläger lägen aber vor. Neben dem Zeitmoment habe der Kläger unbeschadet seiner Widerrufsvorbehalte auch das Umstandsmoment verwirklicht. Der Vergleich mit Ap, bestätigt durch das Arbeitsgericht am 26. April 2011, stelle eine Disposition über das Arbeitsverhältnis des Klägers dar. Gegenstand des durch diesen Vergleich beendeten Prozesses seien die Feststellungsklage und die Kündigungsschutzklage des Klägers gegen Ap gewesen. Der materiellen Rechtslage entsprechend habe der Kläger Ap als Betriebsübernehmerin in Anspruch genommen. Mit dem Vergleich habe er - unbeschadet des Vergleichswortlautes - über sein Arbeitsverhältnis disponiert, da er bei tatsächlich und rechtlich stattgefundenem Betriebsübergang eine Einigung mit Ap erzielt habe, dass ein Arbeitsverhältnis nicht zustande gekommen und der Streit um die Kündigung erledigt sei. Dies genüge als Disposition, auch wenn die vereinbarte Zahlung nicht als Abfindungszahlung für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses deklariert worden sei. 16

B. Diese Begründung hält im Ergebnis einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 17

I. Der Teilbetrieb A ist zum 1. Januar 2011 von der Beklagten auf die Ap nach § 613a BGB übergegangen. 18

1. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass die Ap mit Wirkung zum 1. Januar 2011 die Bewirtschaftung der Betriebskantine von A in M übernommen hat. Dabei führte Ap das Betriebsrestaurant bei dem Kunden A unverändert in denselben Räumen unter Nutzung der bisherigen Betriebsmittel fort. Das Betriebskonzept wurde nicht geändert. Es wurde weiterhin eine Frischeküche von Ap genutzt und dort wurden wie zuvor Speisen zubereitet. Die Verköstigung erfolgte unverändert im möblierten Speisesaal. Ap hat sämtliches Küchenequipment wie Geschirr, Theken, Küchengeräte und Kassensystem übernommen und ab dem 1. Januar 2011 identisch weitergenutzt. Die Organisation des Betriebsrestaurants wurde unverändert fortgeführt, wobei auch die Mitarbeiterstruktur im Hinblick auf den Grad der Beschäftigung von Voll- und Teilzeitmitarbeitern erhalten blieb. Speisenangebote, Dienstpläne und Öffnungszeiten sind ebenfalls nahezu unverändert geblieben. 19

2. Diese Feststellungen tragen die rechtliche Würdigung des Berufungsgerichts, ein Betriebsübergang auf Ap habe stattgefunden. Diese Feststellung ist vom Kläger nicht mit Verfahrensrügen angegriffen worden und für den Senat bindend *(§ 559 Abs. 2 ZPO)*. Das Arbeitsverhältnis des Klägers ist daher am 1. Januar 2011 nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Ap übergegangen. 20

II. Das Informationsschreiben der Beklagten vom 12. November 2010 stellt keine ordnungsgemäße Unterrichtung über den Betriebsübergang nach § 613a Abs. 5 BGB dar, da es Fehler enthält. 21

So wurde unter Ziff. 4 der Kläger darüber informiert, sein Arbeitsverhältnis gehe in dem zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Zustand auf „Ar“ über. Auch nach Ziff. 7 Satz 5 wurde der Kläger darüber informiert, dass er seinen Widerspruch gegenüber der Beklagten oder „Ar“ erklären könne. Ein Informationsschreiben mit derartigen sinnentstellenden Fehlern, mögen sie auch auf einer fehlerhaften redaktionellen Bearbeitung beruhen, ist untauglich iSd. § 613a Abs. 5 BGB. 22

III. Infolge der nicht den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB entsprechenden Unterrichtung des Klägers zum Betriebsübergang wurde die einmona- 23

tige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 BGB nicht in Lauf gesetzt *(st. Rspr., vgl. BAG 18. März 2010 - 8 AZR 840/08 - AP BGB § 613a Unterrichtung Nr. 14; zuletzt 15. März 2012 - 8 AZR 700/10 - Rn. 27, AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 29 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 133)*. Zum Zeitpunkt seiner Ausübung am 5. Mai 2011 war das Widerspruchsrecht daher nicht nach § 613a Abs. 6 BGB verfristet.

IV. Ohne Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht angenommen, der Kläger habe sein Recht zum Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf Ap verwirkt, weil er bei Erklärung des Widerspruchs sowohl das Zeit- als auch das Umstandsmoment verwirklicht hatte. 24

1.a) Das Widerspruchsrecht 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 *(st. Rspr., vgl. BAG 22. Juni 2011 - 8 AZR 752/09 - Rn. 28; 12. November 2009 - 8 AZR 751/07 - Rn. 22 f., AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 12)*. Die Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 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 *(vgl. EuGH 24. Januar 2002 - C-51/00 - [Temco] Rn. 36 mwN, Slg. 2002, I-969)*. Zur Sanktionierung des Verstoßes gegen die Unterrichtungspflichten der Richtlinie 2001/23/EG ist ein Widerspruchsrecht *ad infinitum* aber nicht erforderlich *(vgl. Sagan ZIP 2011, 1641, 1647)*. So erkennt der EuGH 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 *(vgl. EuGH 8. Juli 2010 - C-246/09 - [Bulicke] Rn. 36, Slg. 2010, I-7003)*. 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 *(vgl. Sagan aaO, 1648)*. 25

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 *(vgl. BAG 12. Dezember 2006 - 9 AZR 747/06 - Rn. 17 mwN, EzA BGB 2002 § 242 Verwirkung Nr. 1)*. 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. 26

c) Angesichts der gesetzlichen Regelung ist hinsichtlich des Zeitmoments nicht auf eine bestimmte Frist 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 Umstandsmoment beeinflussen sich wechselseitig, dh. beide Elemente sind bildhaft im Sinne „kommunizierender Röhren“ miteinander verbunden *(vgl. BAG 22. Juni 2011 - 8 AZR 752/09 - Rn. 30)*. 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. Juli 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. Juni 2011 - 8 AZR 752/09 - aaO)*. Es müssen letztlich besondere Verhaltensweisen sowohl des Berechtigten als auch des Verpflichteten vorliegen, 27

die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen *(vgl. BAG 22. April 2010 - 8 AZR 871/07 - Rn. 29; 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - aaO)*.

d) Die Beurteilung der Frage, ob ein Recht verwirkt ist, obliegt grundsätzlich den Tatsachengerichten, die den ihnen zur Begründung des Verwirkungseinwandes vorgetragenen Sachverhalt eigenverantwortlich zu würdigen haben. Allerdings unterliegt der revisionsrechtlichen Überprüfung, ob das Tatsachengericht die von der Rechtsprechung entwickelten rechtlichen Voraussetzungen der Verwirkung beachtet sowie alle erheblichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat und ob die Bewertung dieser Gesichtspunkte von den getroffenen tatsächlichen Feststellungen getragen wird *(vgl. BAG 11. November 2010 - 8 AZR 185/09 - Rn. 25; 20. Mai 2010 - 8 AZR 734/08 - Rn. 24, AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 19 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 119; abweichend zur Prozessverwirkung: 20. Mai 1988 - 2 AZR 711/87 - AP BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 5 = EzA BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 1)*. 28

2. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, vorliegend sei das Zeitmoment der Verwirkung erfüllt. Die nach der Rechtsprechung des Senats erforderliche Gesamtbetrachtung *(BAG 24. Februar 2011 - 8 AZR 413/09 - Rn. 29)* hat das Landearbeitsgericht angestellt. Eine Frist von knapp sechs Monaten zwischen der Belehrung vom 12. November 2010 und der Erklärung des Widerspruchs oder von knapp fünf Monaten seit dem Ende der hypothetischen Widerspruchsfrist kann für die Erfüllung des Zeitmoments ausreichend sein, zumal das Landesarbeitsgericht zu Recht in die Gesamtbetrachtung einbezogen hat, dass am 26. Januar 2011 der Kläger in der Lage war, die Ap wegen des Übergangs seines Arbeitsverhältnisses aufgrund eines Betriebsübergangs zu verklagen. Er hat der Beklagten dabei den Streit verkündet, sie folglich davon ausdrücklich in Kenntnis gesetzt, dass er gegen die Ap wegen eines Betriebsübergangs vorgehe. Dass er sich sowohl davor als auch bei der Geltendmachung von Annahmeverzugslohnansprüchen Mitte März 2011 die Erklärung eines Widerspruchs „vorbehalten hat“, ist für die Verwirklichung des 29

Zeit- wie des Umstandsmoments ohne Bedeutung. Der Senat hat entschieden, dass derartige „Vorbehalte“ weder für sich genommen verwirkungshemmend sind noch dass sie einen Umstand im Sinne der Verwirkung darstellen *(vgl. BAG 2. April 2009 - 8 AZR 178/07 - Rn. 26, AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 9)*. Vorliegend hat der Kläger den Vorbehalt nicht so oft - folgenlos - erklärt, dass insoweit an die Verwirklichung auch des Umstandsmoments gedacht werden müsste.

3. Rechtsfehlerfrei ist das Landesarbeitsgericht weiter davon ausgegangen, der Kläger habe auch das Umstandsmoment verwirklicht. 30

a) Als ein Umstand, der das Vertrauen des bisherigen Arbeitgebers in die Nichtausübung des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB rechtfertigen kann, muss gelten, wenn der Arbeitnehmer über die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses dadurch disponiert hat, dass er einen Aufhebungsvertrag mit dem Betriebserwerber geschlossen oder eine von diesem nach dem Betriebsübergang erklärte Kündigung hingenommen hat *(vgl. BAG 22. April 2010 - 8 AZR 805/07 - Rn. 37; 21. Januar 2010 - 8 AZR 870/07 - Rn. 33 f.; 20. März 2008 - 8 AZR 1016/06 - Rn. 41; 27. November 2008 - 8 AZR 225/07 - Rn. 37)*. 31

b) Vorliegend hat der Kläger zwar gemäß dem Wortlaut des Vergleiches mit Ap nicht über den Bestand seines Arbeitsverhältnisses „disponiert“ und keine Abfindung für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart, sondern nur eine nicht näher deklarierte Zahlung. Das Landesarbeitsgericht hat jedoch zu Recht im Vergleichsabschluss eine Disposition des Klägers über sein Arbeitsverhältnis gesehen. Denn der Kläger hatte Ap auf der Grundlage des Übergangs seines Arbeitsverhältnisses infolge eines Betriebsübergangs als neue Arbeitgeberin verklagt. Ebenso hatte er eine von Ap als Arbeitgeberin ausgesprochene Kündigung mit einem Kündigungsschutzantrag beantwortet. Beides war ebenso rechtlich zutreffend wie geboten, um den Bestand seines tatsächlich auf Ap übergegangenen Arbeitsverhältnisses zu sichern. Mit diesem Prozess erklärte der Kläger daher nichts weniger, als dass er - tatsächlich und rechtlich zutreffend - Ap als seinen neuen, durch Gesetz nach § 613a Abs. 1 32

Satz 1 BGB in sein Arbeitsverhältnis eingeführten Arbeitgeber verstand. Zu Recht hat daher das Landesarbeitsgericht aus dem Prozessverhalten des Klägers geschlossen, er habe mit Ap um sein Arbeitsverhältnis gestritten. Diesen Streit hat der Kläger durch den Vergleich, wie am 26. April 2011 gerichtlich festgestellt, beendet und damit über sein allein mit Ap bestehendes Arbeitsverhältnis disponiert. Zutreffend hat daher das Landesarbeitsgericht auch die vereinbarte Zahlung von 45.000,00 Euro im Zusammenhang mit gerade diesem Streitgegenstand gesehen, auch wenn sie nicht als „Abfindung“ bezeichnet wurde. Die Verpflichtung, eine erhebliche Geldsumme zu zahlen, kann plausibel und ohne Verstoß gegen Denkgesetze nur damit erklärt werden, dass das vom Kläger angestrengte Prozessrisiko, also der Bestand eines Arbeitsverhältnisses zwischen ihm und Ap, abgewendet werden sollte.

Dem kann der Kläger nicht Ziff. 1 des Vergleiches, wie am 26. April 2011 festgestellt, entgegenhalten. Diese Klausel steht schon im Widerspruch zu Ziff. 3 Satz 1 des Vergleiches, wonach mit Erfüllung dieser Vereinbarung alle etwaigen wechselseitigen finanziellen Ansprüche zwischen den Parteien, gleich welcher Art und gleich ob bei Abschluss des Vergleiches bekannt oder unbekannt, erledigt und ausgeglichen sein sollten. Eine solche Klausel macht zwischen Prozessgegnern, die keinerlei Rechtsverhältnis zwischen sich sehen, keinen Sinn. Insbesondere aber steht Ziff. 1 des Vergleiches in Widerspruch zu Ziff. 3 Satz 2 der Vereinbarung mit Ap, durch die sich der Kläger die Geltendmachung des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 5 und Abs. 6 BGB gegenüber der Beklagten vorbehalten hat. Der Vorbehalt eines Widerspruchsrechts nach § 613a BGB erklärt sich allein aus der Annahme eines Betriebsübergangs. Damit stellt sich Ziff. 1 des Vergleiches als unernsthafte Vereinbarung dar, die zum Schein getroffen wurde. Die Klausel sollte nur dem Zweck dienen, ein Umstandsmoment der Verwirkung zu vereiteln und den Kläger in die Lage zu versetzen, den Bestand seines Arbeitsverhältnisses ein weiteres Mal - diesmal gegen die Beklagte - geltend zu machen, wobei der Kläger entsprechende Vorstellungen schon mit Ziff. III. seines Geltendmachungsschreibens vom 15. März 2011 angedeutet hatte. Das Landesarbeitsgericht hat diese Klausel ohne Rechtsfehler als unerheblich unbeachtet gelassen. 33

C. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen. 34

Hauck Böck Breinlinger

v. Schuckmann F. Avenarius