

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Die gesetzliche Regelung in § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG
3. Die praktische Bedeutung des § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG
4. Rechtsprechungs-ABC
  - 4.1 Abgrenzung Verjährung/Verwirkung
  - 4.2 Die drei "Momente"
  - 4.3 Interessenabwägung
  - 4.4 Kenntnis von Tatsachen
  - 4.5 Klagerecht - 1
  - 4.6 Klagerecht - 2
  - 4.7 Richterliche Überprüfung
  - 4.8 Unzulässige Rechtsausübung
  - 4.9 Versetzung
  - 4.10 Zumutbarkeitsmoment

### Information

#### 1. Allgemeines

Der Anspruch eines Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber kann verfallen, verjähren oder verwirkt sein. Die **Verwirkung** tariflicher Ansprüche und Rechte ist allerdings nach § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG ausgeschlossen. Das unmittelbar und zwingend - also normativ - geltende Tarifrecht ist schon der Disposition der Arbeitsvertragsparteien entzogen (wenn es im Tarifvertrag keine Öffnungsklausel gibt oder das Günstigkeitsprinzip greift). So ist es nur folgerichtig, wenn das § 4 Abs. 4 Satz 1 TVG neben dem Verzicht auf tarifliche Ansprüche und Rechte in § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG auch deren Verwirkung ausschließt. Was das TVG zulässt: tarifliche Ausschlussfristen ( § 4 Abs. 4 Satz 3 TVG , s. dazu auch das Stichwort Tarifvertrag - Ausschluss von Rechten ).

#### **Praxistipp:**

Manche Mitarbeiter brauchen oft etwas Zeit, bis sie sich mit der Rechtslage vertraut gemacht haben. Und dann brauchen sie noch mehr Zeit, um die abschließende Entscheidung treffen können, ihre Rechte nun durchzusetzen. Viele wollen auch einfach nur keinen Stress mit ihrem Arbeitgeber und lassen die Dinge erst mal laufen. Wird eine Forderung dann erst nach langer Zeit erhoben, sollte der erste Blick des Arbeitgebers in den Tarifvertrag gehen. Dort sind vielfach Verfallklauseln mit Ausschlussfristen geregelt, die möglicherweise einen Teil der geltend gemachten Ansprüche/Rechte - wenn nicht gar alle - wegen Zeitablaufs neutralisieren.

Verwirkung ist nicht mit bloßem Zeitablauf gleichzusetzen. Verwirkung ist die illoyal verspätete Geltendmachung eines Rechts, ein Fall unzulässiger Rechtsausübung. Verwirkung verlangt neben dem so genannten Zeitmoment als Umstandsmoment besondere Umstände, die in diesem konkreten Einzelfall den Schluss zulassen, dass der Gläubiger seine Ansprüche/Rechte gegenüber dem Schuldner nicht mehr einfordern wird. Zu diesen beiden Momenten kommt noch das **Zumutbarkeitsmoment** hinzu: das Erfordernis des Vertrauensschutzes muss das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist. **Was immer geht:** Ansprüche und Rechte können nach Maßgabe der §§ 194 ff. BGB verjähren (s. dazu das Stichwort Verjährung ).

## 2. Die gesetzliche Regelung in § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG

§ 4 Abs. 4 Satz 2 BGB sieht vor:

"Die Verwirkung von tariflichen Rechten ist ausgeschlossen."

§ 4 Abs. 4 Satz 2 TVG lässt es nicht zu, dass **Rechte**, die **durch einen Tarifvertrag begründet** werden, verirken. Diese Rechte können **nicht durch Verwirkung untergehen**.

### **Praxistipp:**

Zwischen den beiderseits Tarifgebundenen wirken die in § 4 Abs. 1 Satz 1 aufgeführten tariflichen Rechte unmittelbar und zwingend - das heißt normativ wie ein Gesetz . Arbeitgeber und Arbeitnehmer können über unmittelbar und zwingend geltende Rechte nicht verfügen . So ist es nur konsequent, dass auf diese Rechte nicht ohne Billigung der Tarifpartner verzichtet werden kann und diese Rechte auch nicht verwirkt werden können. Nicht mal dann, wenn der Tarifvertrag in einer Öffnungsklausel abweichende Regelungen der Arbeitsvertragspartner zulässt.

**Verwirkung** tritt als **Folge einer illoyal verspäteten Rechtsausübung** ein ( BAG, 21.04.2016 - 2 AZR 609/15 - mit Hinweis auf BAG, 25.11.2010 - 2 AZR 323/09 und BGH, 26.02.2003 - XII ZR 66/01 ). Ein verwirktes Recht kann vom Gläubiger nicht mehr gegen den Schuldner durchgesetzt werden. Diese Rechtsfolge ist nach § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG für tarifliche Rechte eindeutig **ausgeschlossen**.

### **Praxistipp:**

Dort, wo eine Verwirkung von Ansprüchen und Rechten arbeitsrechtlich möglich ist, reicht ein bloßer Zeitablauf für die Annahme einer Anspruchs- oder Rechtsverwirkung nicht aus. Nur weil ein Arbeitnehmer seine Rechte über einen längeren Zeitraum nicht einfordert, kann der Arbeitgeber allein aus diesem Verhalten nicht den Schluss ziehen, dass er ab einem bestimmten Zeitpunkt X nicht mehr mit einer Geltendmachung der Ansprüche und Rechte rechnen muss.

Verwirkung setzt

- ein **Zeitmoment**,
- ein **Umstandsmoment** und
- ein **Zumutbarkeitsmoment** (s. dazu BAG, 22.02.2012 - 4 AZR 580/10 )

voraus (BAG, 21.04.2016 - 2 AZR 609/15) . Ob die Voraussetzungen einer Verwirkung **außerhalb tariflicher Rechte** vorliegen, ist eine Frage, die **immer nach den Umständen des konkreten Einzelfalls** zu beantworten ist (BAG, 23.07.2015 - 6 AZR 490/14) . Das Zeitmoment wird dabei frühestens mit **Entstehung** bzw. **Fälligkeit des Anspruchs** ausgelöst (BAG, 10.03.2015 - 3 AZR 56/14) - nicht vorher. Solange das geltend gemachte Recht noch nicht entstanden ist, scheidet eine Verwirkung aus ( BAG, 23.09.2015 - 5 AZR 767/13 - mit Hinweis auf BAG, 10.03.2015 - 3 AZR 56/14 ).

### **Praxistipp:**

Verwirkung ist von Verjährung abzugrenzen. Ein tariflicher Anspruch, ein tarifliches Recht, die nicht verwirkt werden können, können trotzdem verjähren. In der Regel - s. dazu das Stichwort Verjährung - ist ein tariflicher Anspruch/ein tarifliches Recht nicht mehr durchsetzbar, wenn es verjährt ist. Das ist normalerweise mit Ablauf des 31.12. des dritten auf das Jahr des Entstehens des Anspruchs folgenden Kalenderjahres der Fall.

Nicht nur **materiellrechtliche Rechtspositionen** können verirken. Die Verwirkung kann auch **prozessrechtliche Rechtspositionen** betreffen - zum Beispiel das Recht, einen Anspruch einzuklagen (

BAG, 25.11.2010 - 2 AZR 323/09 - mit Hinweis auf BAG, 02.11.1961 - 2 AZR 66/61 ; BAG, 06.11.1997 - 2 AZR 162/97 und BAG, 24.05.2006 - 7 AZR 365/05 ). § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG schließt allerdings nicht den **Einwand einer unzulässigen Rechtsausübung** aus - nur die Verwirkung, dh. die illoyal verspätete Geltendmachung tariflicher Rechte (BAG, 09.12.2009 - 10 AZR 850/08) . Die Verwirkung tariflicher Rechte i.S.d. § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG ist von der Wirkung tariflicher **Ausschlussfristen** zu unterscheiden. Bei letzteren genügt **allein der Zeitablauf**, da brauchen kein Umstands- und Zumutbarkeitsmoment mehr hinzuzukommen. " Ausschlussfristen verhindern, dass Ansprüche für einen zurückliegenden Zeitraum noch eingefordert werden können" (LAG Niedersachsen, 13.02.2012 - 8 Sa 263/11) . Ansonsten unterliegen tarifliche Rechte - wenn keine tarifliche Ausschlussfrist greift - der allgemeinen gesetzlichen Verjährung ( §§ 194 ff. BGB ).

### 3. Die praktische Bedeutung des § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG

§ 4 Abs. 4 Satz 2 TVG trifft mit "Die **Verwirkung** von tariflichen Rechten ist **ausgeschlossen**." eine **klare Ansage**.

#### **Beispiel:**

Arbeitnehmer N macht regelmäßig Überstunden . Arbeitgeber G bezahlt diese Überstunden nur mit dem regulären Stundenlohn. N und G sind tarifgebunden. Die tariflich vorgesehenen Zuschläge - 30 % für die ersten fünf, 60 % für alle weiteren - für geleistete Überstunden zahlt G nicht. Nachdem N diese Praxis ein Jahr ohne zu murren hingenommen hat, spricht er G auf "seine" Zuschläge an. G meint, damit hätte er früher kommen müssen. Jetzt sei der Anspruch verwirkt.

N's tariflicher Anspruch auf bereits angefallene Überstundenzuschläge kann nach § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG nicht verwirken. Zukünftige Ansprüche auf Zuschläge für noch zu leistende Überstunden verwirken ohnehin nicht. Die tarifliche Zuschlagsregelung gilt zwischen den Tarifgebundenen N und G unmittelbar und zwingend , § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG . Aber: sieht der Tarifvertrag für Überstundenzuschläge eine 3-monatige Ausschlussfrist vor, kann N aus der Vergangenheit nur noch die Zuschläge aus den zurückliegenden drei Monaten einfordern. Alle davor liegenden sind verfallen.

Für das Verwirkungsverbot aus § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG ist es egal, ob ansonsten Zeit-, Umstands- und Zumutbarkeitsmoment erfüllt wären.

#### **Beispiel:**

Arbeitgeber G ist tariflich verpflichtet, dem tarifgebundenen Mitarbeiter M ein tarifliches Urlaubsgeld zu zahlen. M hat dieses tarifliche Urlaubsgeld schon seit mehreren Jahren nicht mehr bekommen (Zeitmoment). Er hat G des Öfteren auf sein Urlaubsgeld angesprochen und ihm immer wieder gesagt, dass er seinen Anspruch nicht einklagen werde, weil er das Arbeitsverhältnis nicht mit einem Arbeitsgerichtsprozess belasten möchte (Umstandsmoment). G hat auf M's Äußerungen vertraut und sich darauf eingestellt (Zumutbarkeitsmoment). Das alles hilft ihm aber nicht weiter. Eine Verwirkung des Anspruchs auf das tarifliche Urlaubsgeld ist nach § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG nicht möglich.

Das einzige, was G helfen könnte: eine tarifliche Ausschlussklausel . Sieht diese Klausel beispielsweise vor, dass Ansprüche auf Sonderzahlungen, insbesondere Urlaubs- und Weihnachtsgeld, innerhalb von drei Monaten nach Ablauf des Urlaubsjahres schriftlich geltend zu machen sind, sind die Urlaubsgeldansprüche, die nicht innerhalb der 3-Monats-Frist nach Ende des jeweiligen Urlaubsjahres schriftlich geltend gemacht wurden, verfallen.

§ 4 Abs. 4 Satz 2 TVG gilt nicht, wenn die "tariflichen" Rechte **nur arbeitsvertraglich geschuldet** sind. Haben nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer einen Tarifvertrag nur in Bezug genommen , gelten die tariflichen Regelungen nicht normativ . In diesem Fall kann dann schon eine **Verwirkung** eintreten. Es müssen dafür jedoch alle **Anforderungen** erfüllt sein, die von der Rechtsprechung an das Rechtsinstitut Verwirkung gestellt werden.

#### **Beispiel:**

Arbeitgeber A und Mitarbeiter M sind nicht tarifgebunden. In ihrem Arbeitsvertrag haben sie vereinbart, dass sich die Vergütung nach dem Branchenentgelttarifvertrag in seiner jeweils gültigen Fassung richtet. Der Branchenentgelttarifvertrag sieht keine Ausschlussklausel vor. M hat nach dem in Bezug genommenen Tarifvertrag Anspruch auf eine jährliche Sondervergütung von einem halben Novembergehalt, fällig jeweils zum 30.11. des Kalenderjahres. Zahlt A diese Sondervergütung über drei Jahre nicht, kann es - mehr oder weniger theoretisch - zu einer Verwirkung des Anspruchs kommen. Der in Bezug genommene Entgelttarifvertrag wirkt nämlich nicht normativ i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG, sondern nur schuldrechtlich. Da A und M nicht tarifgebunden sind, kann zwar grundsätzlich eine Verwirkung eintreten. Neben dem bloßen Zeitablauf verlangt eine Verwirkung noch das Umstands- und Zumutbarkeitsmoment. Und da müsste hier schon einiges hinzukommen, bevor sich A gegenüber M auf Verwirkung berufen kann.

Nach § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG können Tarifverträge **Ausschlussfristen** (= Verfallklauseln) vorsehen. Danach kann ein tariflicher Anspruch oder ein tarifliches Recht **innerhalb kürzester Zeit verfallen** und der Arbeitnehmer mit seiner Geltendmachung schon vor Ablauf der gesetzlichen Verjährung ausgeschlossen sein.

**Beispiel:**

Arbeitgeber G und Arbeitnehmer N sind tarifgebunden. N hat nach dem Tarifvertrag Altersvorsorgeanspruch auf einen monatlichen Arbeitgeberzuschuss von 50,00 EUR zur privaten Altersvorsorge. Der Manteltarifvertrag sieht für alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis eine Ausschlussklausel vor, nach der Arbeitnehmer ihre Ansprüche innerhalb von drei Monaten nach deren Fälligkeit schriftlich gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen müssen, sonst verfallen sie. N schließt im April im Rahmen einer Entgeltumwandlung einen Versicherungsvertrag ab. Erst im Oktober erfährt N von einem Arbeitskollegen, dass er Anspruch auf den 50-Euro-Arbeitgeberzuschuss zur privaten Altersvorsorge hat. N macht seinen Anspruch ab April bei A geltend. A kann sich für die Monate April bis Juni erfolgreich auf die tarifliche Ausschlussfrist berufen. Ab Juli muss er den Zuschuss nachzahlen und von Oktober an weitergewähren.

Unabhängig von Verfall und Verzicht: **Verjährung geht immer**. Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt **drei Jahre** ( § 195 BGB ). Zum Beginn der Verjährungsfrist sagt § 199 Abs. 1 BGB :

"Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, mit dem Schluss des Jahres, in dem 1. der Anspruch entstanden ist und 2. der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste."

**Beispiel:**

Arbeitgeber A aus dem dritten Beispiel dieses Gliederungspunkts hat Mitarbeiter M bereits seit mehreren Jahren keine Sondervergütung mehr gezahlt. Nicht verjährt sind die Ansprüche aus dem laufenden Jahr und den drei Jahren davor. Der Anspruch von vor drei Jahren würde erst mit Ablauf des 31.12. des laufenden Jahres verjähren. Ansprüche aus Jahren, die länger als drei Jahre zurückliegen, sind verjährt. So verjähren Ansprüche aus dem Jahr 2015 mit dem 31.12.2018, aus dem Jahr 2016 mit dem 31.12.2019 und aus dem Jahr 2017 mit dem 31.12.2020.

Nach der BAG-Rechtsprechung ist im Verhältnis **Verjährung/Verwirkung** immer zu beachten: "Unterliegt ein geltend gemachter Anspruch nach §§ 195, 199 BGB der kurzen regelmäßigen Verjährung von drei Jahren, kann im Rahmen der Verwirkung eine weitere Abkürzung dieser Verjährungsfrist nur bei Vorliegen ganz besonderer Umstände angenommen werden" (BAG, 11.12.2014 - 8 AZR 838/13) .

#### 4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Tarifvertrag und

Verwirkung tariflicher Rechte **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet vorgestellt:

#### 4.1 Abgrenzung Verjährung/Verwirkung

Die Verwirkung - Vertrauensschutzgedanke - dient wie die Verjährung "dem Bedürfnis nach **Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.**" Mit ihr "soll das **Auseinanderfallen zwischen rechtlicher und sozialer Wirklichkeit** beseitigt werden; die Rechtslage wird der sozialen Wirklichkeit angeglichen" (s. dazu BAG, 12.12.2006 - 9 AZR 747/06 ). Auf Seiten des Schuldners muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes das Gläubigerinteresse allerdings so überwiegen, dass "ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist". Und ganz wichtig: Die Verwirkung hat einen **Ausnahmecharakter.** "Unterliegt ein geltend gemachter Anspruch nach §§ 195 , 199 BGB der kurzen regelmäßigen Verjährung von drei Jahren, kann im Rahmen der Verwirkung eine weitere Abkürzung dieser Verjährungsfrist nur bei Vorliegen ganz besonderer Umstände angenommen werden" ( BAG, 11.12.2014 - 8 AZR 838/13 - mit Hinweis auf BGH, 20.07.2010 - EnZR 23/09 ; BGH, 13.01.1988 - IVb ZR 7/87 und BGH, 17.02.1969 - II ZR 30/65 ).

#### 4.2 Die drei "Momente"

Als Sonderfall unzulässiger Rechtsausübung soll das Rechtsinstitut Verwirkung dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit dienen. Allein weil der Gläubiger sein Recht lange Zeit nicht eingefordert hat, wird der Schuldner nicht von seiner Leistung frei. "Deshalb kann allein der Zeitablauf die Verwirkung eines Rechts nicht rechtfertigen (**Zeitmoment**).<sup>2</sup> Zum Zeitablauf müssen besondere Umstände hinzutreten - und das sowohl auf Gläubiger- als auch auf Schuldnerseite (**Umstandsmoment**). Diese Umstände wiederum müssen den Schluss zulassen, dass es gerechtfertigt ist, "die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen." Zudem muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes das Interesse des Berechtigten derart überwiegen (**Zumutbarkeitsmoment**), dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist ( LAG Düsseldorf, 20.09.2012 - 5 Sa 1256/12 - mit Hinweis auf BAG, 22.02.2012 - 4 AZR 580/10 ).

#### 4.3 Interessenabwägung

Verwirkung schließt die **illoyal verspätete Geltendmachung** von Rechten aus. Sie stellt die Angleichung von sozialer und rechtlicher Wirklichkeit sicher. Verwirkung bezweckt nicht die Befreiung des Schuldners von einer rechtlichen Verpflichtung allein aus dem Grund, dass der Gläubiger seinen Anspruch über einen längeren Zeitraum nicht geltend macht (Zeitmoment). Der Schuldner muss aus dem **Verhalten des Gläubigers** und dessen Untätigkeit die Annahme ziehen dürfen, dass der Gläubiger ihn nicht mehr in Anspruch nimmt (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" ( 17.10.2013, 8 AZR 974/12 ).

#### 4.4 Kenntnis von Tatsachen

Zwischen Zeit- und Umstandsmoment besteht eine **Wechselwirkung**. Auf der einen Seite: Je schwerwiegender die Umstände sind, desto kürzer kann der Zeitablauf sein. Auf der anderen Seite: Je länger der abgelaufene Zeitraum ist, desto **geringere Anforderungen** können an das Umstandsmoment gestellt werden. Ob ein Anspruch tatsächlich verwirkt ist, hängt immer von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab (s. dazu BAG, 12.12.2006 - 9 AZR 747/06 ). "Bei der Verwirkung ist für das Vorliegen des Umstandsmoments die Kenntnis des Berechtigten von den anspruchsbegründeten Tatsachen erforderlich, aber auch ausreichend. Auf die **rechtliche Bewertung** der Tatsachen durch den Berechtigten kommt es nicht an" ( LAG Thüringen, 19.05.2011 - 6 Sa 265/10 Leitsatz - mit dem Hinweis, dass die rechtliche Bewertung eine innere Tatsache ist, die weder dem Gläubiger noch einer Beweisaufnahme zugänglich ist).

#### 4.5 Klagerecht - 1

"2. Eine Kündigungsschutzklage , die **sieben Monate** nach dem Ausspruch einer formunwirksamen, nur mündlich erklärten Kündigung erhoben wird, kann verwirkt sein. Voraussetzung für die Verwirkung ist das Vorliegen eines Zeitmomentes und eines Umstandsmomentes. 3. Der Arbeitnehmer ist **nach Treu und Glauben** verpflichtet, etwaige Angriffe gegen eine mündliche Kündigung in angemessener Frist vorzubringen. Dem Arbeitnehmer ist eine **Überlegungszeit** einzuräumen. Der Gesetzgeber hat mit der Neufassung des

§ 4 KSchG den Gedanken der zügigen Klärung des Streites über den Bestand des Arbeitsverhältnisses aufgenommen. Einschließlich einer einzuräumenden Überlegungsfrist ist als angemessen ein Zeitraum bis sechs Wochen nach Zugang der Kündigungserklärung anzusehen. 4. Ein Umstandsmoment für die Hinnahme der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach mündlicher Kündigung kann das mehrfache Verlangen nach der Herausgabe der Arbeitspapiere sein" ( LAG Berlin-Brandenburg, 16.08.2010 - 25 Ta 1628/10 Leitsätze).

#### 4.6 Klagerecht - 2

Auch das Recht, eine Klage zu erheben, **kann verirken**. Die Folge: eine trotzdem erhobene Klage ist unzulässig (so: BAG, 10.10.2007 - 7 AZR 448/06 - und BAG, 24.05.2006 - 7 AZR 365/05 ). Die Verwirkung eines Klagerechts kann allerdings nur bei Vorliegen ganz besonderer Voraussetzungen angenommen werden. So kann ein Klagerecht verirken, "wenn der Anspruchsteller die Klage erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums erhebt und zusätzlich ein **Vertrauenstatbestand beim Anspruchsgegner** geschaffen worden ist, dass er gerichtlich nicht mehr belangt werde. Hierbei muss das **Erfordernis des Vertrauensschutzes** das Interesse des Berechtigten an der sachlichen Prüfung des von ihm behaupteten Anspruchs derart überwiegen, dass dem Gegner die Einlassung auf die nicht innerhalb angemessener Frist erhobene Klage nicht mehr zumutbar ist. Durch die Annahme einer prozessualen Verwirkung darf der Weg zu den Gerichten nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise erschwert werden" ( BAG, 20.04.2011- 4 AZR 368/09 - mit Hinweis auf BVerfG, 26.01.1972 - 2 BvR 255/67 und BAG, 24.05.2006 - 7 AZR 365/05 ).

#### 4.7 Richterliche Überprüfung

Die Frage nach der Verwirkung eines Rechts - und das betrifft sowohl das Zeit- als auch das Umstandsmoment - ist eine Frage, die zunächst von den Tatsachengerichten beurteilt werden muss. Arbeits- und Landesarbeitsgericht sind gehalten, die **Tatsachen**, die im Prozess zur Verwirkung vorgetragen werden, in eigener Verantwortung zu **würdigen**. Das Revisionsgericht kann nur überprüfen, "ob das Gericht der Tatsacheninstanz alle erheblichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat und die **Bewertung** dieser Gesichtspunkte von den getroffenen tatsächlichen Feststellungen getragen wird" ( BAG, 15.11.2012 - 8 AZR 705/11 - mit Hinweis auf BAG, 24.02.2011 - 8 AZR 885/08 ).

#### 4.8 Unzulässige Rechtsausübung

Verwirkung ist ein **Sonderfall** unzulässiger Rechtsausübung (Leistung nach Treu und Glauben, § 242 BGB ). Sie dient dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit. Verwirkung hat nicht den Zweck, "Schuldner, denen gegenüber Gläubiger ihre Rechte längere Zeit nicht geltend gemacht haben, von ihrer Pflicht zur Leistung vorzeitig zu befreien." Daher kann bloßer Zeitablauf nicht zur Verwirkung eines Rechts führen. Zu dem so genannten Zeitmoment müssen noch "**besondere Umstände** sowohl im Verhalten des Berechtigten als auch des Verpflichteten hinzutreten (Umstandsmoment), die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit **Treu und Glauben** unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen." Die Untätigkeit des Berechtigten muss auf Umstände zurückzuführen sein, "die den Eindruck erwecken konnten, er wolle sein Recht nicht mehr geltend machen, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden" (BAG, 21.04.2016 - 2 AZR 609/15) .

#### 4.9 Versetzung

§ 12 Abs. 1 BAT sah vor: "Der Angestellte kann **aus dienstlichen oder betrieblichen Gründen** versetzt oder abgeordnet werden. Soll der Angestellte an eine Dienststelle außerhalb des bisherigen Dienstortes versetzt oder voraussichtlich länger als drei Monate abgeordnet werden, so ist er **vorher zu hören**." § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG steht der "Verwirkung des Rechts, sich auf den bisherigen Inhalt des Arbeitsvertrages in Bezug auf den Arbeitsort zu berufen und die **Unwirksamkeit einer Versetzungsmaßnahme** i.R.d. § 12 Abs. 1 BAT geltend zu machen", nicht entgegen. Wehrt sich der Arbeitnehmer erst sehr spät gegen seine Versetzung , verwirkt kein tarifliches Recht i.S.d. § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG .

§ 12 Abs. 1 BAT räumt nicht dem Arbeitnehmer, sondern dem **Arbeitgeber** mit einer Erweiterung seines Direktionsrechts eine **zusätzliche Rechtsposition** ein. "Der Arbeitnehmer, der sich gegen eine Versetzungsmaßnahme i.R.d. § 12 BAT wendet, macht dagegen arbeitsvertragliche Ansprüche geltend, soweit es die bisherigen Regelungen in seinem Arbeitsvertrag betrifft, bzw. die gesetzlichen Beschränkungen

des Direktionsrechts i.R.d. §§ 315 Abs. 3 , 242 BGB ." Daher: "Die Unwirksamkeit einer Versetzungsmaßnahme des Arbeitgebers im Rahmen dessen Direktionsrechts muss zwar nicht in entsprechender Anwendung der §§ 2, 4 und 7 KSchG binnen drei Wochen geltend gemacht werden aber dennoch **zeitnah**. Ein jahrelanges Untätigbleiben des Arbeitnehmers führt zur Verwirkung des Rechts, die Unwirksamkeit der Versetzungsmaßnahme gerichtlich geltend zu machen" (LAG Nürnberg, 06.07.2005 - 9 (6) Sa 120/03 Leitsatz).

#### 4.10 Zumutbarkeitsmoment

**Zeitablauf** führt als bloßes Zeitmoment nicht zur Verwirkung von Ansprüchen. Um eine Verwirkung annehmen zu können, müssen im Verhalten des Gläubigers wie im Verhalten des Schuldners **besondere Umstände** hinzutreten (Umstandsmoment). Deshalb kann allein der Zeitablauf die Verwirkung eines Rechts nicht rechtfertigen (Zeitmoment). Diese besonderen Umstände müssen den Schluss zulassen, dass die späte Geltendmachung des Rechts in diesem Fall nicht mit den Grundsätzen von Treu und Glauben - § 242 BGB - in Einklang stehen und die Erfüllung des Anspruchs für den Schuldner unzumutbar ist. "Der Berechtigte muss unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erwecken konnten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden" (s. dazu BAG, 13.08.2008 - 7 AZR 269/07 ). "Weiterhin muss (Zumutbarkeitsmoment) das **Erfordernis des Vertrauensschutzes** das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist ( BAG, 22.02.2012 - 4 AZR 580/10 - mit Hinweis auf BAG 27.01.2000 - 8 AZR 106/99 ).