

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 1011/08
3 Sa 265/08
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. Mai 2010

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Mai 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtliche Richterin Döring und den ehrenamtlichen Richter von Schuckmann für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 25. September 2008 - 3 Sa 265/08 - aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 3. März 2008 - 4a Ca 7125/07 - abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 1. Oktober 2005 auf die BenQ Mobile GmbH & Co. OHG übergegangen ist und über Zahlungsansprüche des Klägers. 1

Der Kläger war seit dem Jahre 2000 bei der Beklagten als „Trainer“ in M beschäftigt, zuletzt im Bereich „Com MD (Mobile Devices)“. Aufgrund eines Vertrages vom 6. Juni 2005 mit der BenQ Corporation (*Sitz in Taiwan*) übertrug die Beklagte mit Wirkung vom 30. September 2005 die Vermögensgegenstände dieses Geschäftsbereiches in Deutschland im Wege der Einzelrechtsübertragung („*Asset Deal*“) auf die BenQ Mobile GmbH & Co. OHG (*im Folgenden: BenQ Mobile*). Diese Gesellschaft wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 12. September 2005 gegründet. Gesellschafter waren die BenQ Mobile Management GmbH und die BenQ Wireless GmbH. Am 16. September 2005 wurde die BenQ Mobile in das Handelsregister beim Amtsgericht München eingetragen. Die beiden Gesellschafter der BenQ Mobile verfügten über ein Stammkapital von jeweils 25.000,00 Euro. Im Zusammenhang mit der Übertragung der Vermögensgegenstände von der Beklagten auf die BenQ Mobile zahlte die Beklagte an die BenQ Corporation einen dreistelligen Millionenbetrag. 2

Die Beklagte informierte mit Schreiben vom 29. August 2005 die Mitarbeiter des Geschäftsbereiches „Com MD“ (*Mobile Devices*) über die „Übertragung der Aktivitäten“ dieses „Geschäftsgebietes“. Dieses Schreiben hat folgenden Wortlaut:

3

„Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses

Sehr geehrter Herr ...

wie Ihnen bereits durch verschiedene Mitarbeiterinformationen bekannt ist, werden unsere Aktivitäten des Geschäftsgebietes Com MD (*Mobile Devices*) zum 01.10.2005 in die BenQ Mobile GmbH & Co. OHG (im Folgenden: BenQ Mobile) übertragen.

BenQ ist ein weltweit führender Anbieter von Consumer-Electronic-Produkten, wie beispielsweise LCD-Bildschirmen, Notebook-Computern, Kameras und Scannern. Und im Handygeschäft wird BenQ Mobile in den nächsten Jahren zu einem führenden globalen Anbieter.

In seinem asiatischen Heimatmarkt zählt BenQ schon heute zu den am schnellsten wachsenden Anbietern im Handysegment. Durch den Zusammenschluss mit Siemens kann BenQ seine ehrgeizigen internationalen Expansionspläne umsetzen. Siemens bietet BenQ eine globale Organisation mit führenden Marktpositionen in West- und Osteuropa sowie im Wachstumsmarkt Lateinamerika. Zudem erhält BenQ durch den Kauf einen starken, weltweit bekannten Markennamen, Mobiltelefon-technologie und Softwarekompetenz sowie globalen Zugang zu der breiten Kundenbasis von Siemens. Daneben bekommt BenQ einen auf drei Kontinenten hervorragend etablierten Fertigungsverbund von Siemens.

Die Übertragung des Geschäftsgebietes erfolgt auf Grund eines Kaufvertrags im Wege der Einzelrechtsnachfolge auf BenQ Mobile. Mit diesem Betriebsübergang wird gem. § 613a BGB BenQ Mobile Ihr neuer Arbeitgeber, der in alle Rechte und Pflichten Ihres Arbeitsverhältnisses mit der Siemens AG eintritt. Es wird also anlässlich des Betriebsübergangs - sofern nicht in der Überleitungsvereinbarung andere Regelungen getroffen sind - unverändert mit BenQ Mobile fortgeführt (insbesondere keine Veränderungen bei dem jeweiligen Einkommenssystem, Altersversorgung, Jubiläumsregelung, Dienstzeitregelung).

Die Höhe und Zusammensetzung des bisherigen Jahreszieleinkommens bleibt anlässlich des Betriebsübergangs unverändert.

Im Einzelnen gilt für Sie die beiliegende, mit dem Gesamtbetriebsrat der Siemens AG vereinbarte Regelung zur Überleitung der Beschäftigungsbedingungen (Überleitungsvereinbarung), die Bestandteil dieses Schreibens ist.

Die bestehenden Gesamtbetriebsvereinbarungen und örtlichen Betriebsvereinbarungen gelten bis zu einer eventuellen Neuregelung weiter, sofern in der Überleitungsvereinbarung nichts Abweichendes geregelt ist.

BenQ Mobile haftet ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs unbeschränkt für alle, auch die rückständigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis.

Zusätzlich haftet die Siemens AG für solche Verpflichtungen, die vor dem Betriebsübergang entstanden sind und spätestens ein Jahr danach fällig werden; soweit sie nach dem 1.10.2005 fällig werden, haftet sie nur zeitanteilig.

Eine Kündigung wegen des Betriebsübergangs ist gesetzlich gem. § 613a Abs. 4 BGB ausgeschlossen; das Recht zu Kündigungen aus anderen Gründen bleibt unberührt.

Sie werden auch nach dem 1.10.2005 durch Ihren bisherigen Betriebsrat weiter betreut; an den Standorten in U, B und M / G Strasse gilt dies solange, bis durch Neuwahlen eigene Betriebsratsgremien gewählt sind, längstens bis zum 31.1.2006.

Für den Standort K wurde der örtliche Betriebsrat informiert, dass an diesem Standort aufgrund von Produktivitätssteigerungen in der Fertigung der Abbau von ca. 340 Mitarbeitern im Bereich der Lohngruppen 2 bis 7 geplant ist.

Dem Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses auf BenQ Mobile können Sie nach § 613 a Abs. 6 BGB schriftlich widersprechen. Ihr Widerspruch hätte zur Folge, dass Ihr Arbeitsverhältnis nicht auf BenQ Mobile übergeht. Wir möchten Sie jedoch bitten, von diesem Recht nur nach sorgfältiger Abwägung Gebrauch zu machen, denn Ihr Widerspruch sichert Ihnen keinen Arbeitsplatz bei der Siemens AG, da die Com MD - Aktivitäten vollständig auf BenQ Mobile übertragen werden und damit diese Arbeitsplätze bei der Siemens AG entfallen, so dass es letztlich zu betriebsbedingten Beendigungen des Arbeitsverhältnisses kommen kann.

Sollten Sie trotz dieser Überlegungen dennoch widersprechen wollen, bitten wir darum, Ihren etwaigen Widerspruch unverzüglich, jedoch spätestens innerhalb von

1 Monat nach Zugang dieses Schreibens schriftlich an

Herrn R B, Com HR CG, M

oder an

Herrn Dr. V E, M

zu richten.

Für Fragen steht Ihnen Ihre Personalorganisation gerne zur Verfügung.

Wir würden uns freuen, wenn Sie mit gleichem Arbeitseinsatz und hoher Motivation Ihre Arbeit bei BenQ Mobile weiterführen und wünschen Ihnen weiterhin viel Erfolg.

...

Anlage

Überleitungsregelung AT / FK“

Der Kläger widersprach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die BenQ Mobile zunächst nicht und erbrachte ab dem 1. Oktober 2005 seine Arbeitsleistung bei der BenQ Mobile. Am 18./28. Juli 2006 schloss er mit dieser einen Aufhebungsvertrag zum 31. Dezember 2006. Als Abfindung sollte er 98.026,49 Euro erhalten. Am 27. Juli 2006 traf der Kläger mit der BenQ Mobile eine „Zusatzvereinbarung zum Aufhebungsvertrag“. Nach dieser verpflichtete sich die BenQ Mobile, vom Kläger in den Jahren 2007 und 2008 „Trainerleistungen im Wert von jeweils €21.000,00 netto zuzügl. MwSt. und Spesen“ abzurufen.

4

Der Kläger widersprach mit Schreiben vom 28. September 2006 gegenüber der Beklagten dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses. Nachdem die BenQ Mobile am 29. September 2006 einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hatte, wurde dieses zum 1. Januar 2007 eröffnet.

5

Der Kläger meint, er sei auch noch im September 2006 berechtigt gewesen, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu widersprechen, weil die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB durch die Unterrichtung der Beklagten über den Betriebsübergang nicht in Gang gesetzt worden sei. Diese Unterrichtung habe nämlich nicht den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB entsprochen. So fehle insbesondere eine eindeutig identi-

6

fizierbare Adresse des Betriebsübernehmers. Auch sei er über den Grund des Betriebsübergangs und über dessen rechtliche, wirtschaftliche und soziale Folgen nicht unterrichtet worden.

Für den Zeitraum Oktober 2005 bis Dezember 2006 verlangt der Kläger von der Beklagten die Zahlung einer Jahreszahlung iHv. insgesamt 8.912,50 Euro. Für den Fall, dass er mit seiner Feststellungsklage nicht obliegen sollte, macht er hilfsweise gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung der mit der BenQ Mobile vereinbarten Abfindung (98.026,49 Euro) und auf die mit der BenQ Mobile vereinbarte Zusatzvergütung (21.000,00 Euro), einen Schadensersatzanspruch iHv. 43.665,51 Euro wegen eines erlittenen Rentenschadens und einen Anspruch auf eine Abfindung gem. Ziff. 4 der Protokollnotiz vom 17. August 2005 zur „Betriebsvereinbarung zur Überleitung der Beschäftigungsbedingungen der von der Siemens AG, Com MD zur BenQ Mobile GmbH & Co. OHG übergehenden Mitarbeiter (Vertragsgruppen AT / FK)“ vom 17. August 2005 (im Folgenden: GBR) (38.402,82 Euro) geltend. Letztlich begehrt er hilfsweise eine Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines Nachteilsausgleichs.

7

Der Kläger hat beantragt,

8

- I. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Klagepartei mit der Siemens AG aufgrund Widerspruchs vom 28. September 2006 nicht zum 1. Oktober 2005 auf die BenQ Mobile GmbH & Co. OHG übergegangen ist, sondern fortbesteht.
- II. die Beklagte zu verurteilen, an die Klagepartei 8.912,50 Euro brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozent über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Hilfsweise 1 zu I.:

- I. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei eine Abfindung von 98.026,49 Euro brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozent über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
- II. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei 21.000,00 Euro netto/brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozent über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

- III. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei 43.665,51 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozent über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Hilfsweise 2 zu hilfsweise 1. I. und II.:

- I. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei eine Abfindung von 38.402,82 Euro brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozent über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
- II. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei einen Nachteilsausgleich für den Verlust des Arbeitsplatzes, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, zu bezahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. 9

Sie ist der Ansicht, den Kläger mit Schreiben vom 29. August 2005 ordnungsgemäß nach § 613a Abs. 5 BGB über den beabsichtigten Betriebsübergang unterrichtet zu haben. Deshalb sei der Widerspruch des Klägers mit Schreiben vom 28. September 2006 wegen Ablaufs der einmonatigen Widerspruchsfrist verspätet. Auf jeden Fall sei das Recht zum Widerspruch aber verwirkt. Auch habe der Kläger durch den Abschluss des Aufhebungsvertrages mit der BenQ Mobile auf sein Widerspruchsrecht verzichtet. 10

Das Arbeitsgericht hat der Feststellungsklage und der unbedingten Zahlungsklage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die Revision zugelassen. 11

Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, während der Kläger die Zurückweisung der Revision beantragt. 12

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Das zwischen den Parteien ursprünglich bestehende Arbeitsverhältnis ist ab 1. Oktober 2005 gem. § 613a Abs. 1 BGB auf die BenQ Mobile übergegangen. Der vom Kläger am 13

28. September 2006 gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses erklärte Widerspruch ist wegen Verwirkung unwirksam. Die - teilweise hilfsweise - geltend gemachten Zahlungsansprüche stehen dem Kläger nicht zu.

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

Die Berufung der Beklagten sei unbegründet, weil das Arbeitsverhältnis des Klägers wegen eines wirksamen Widerspruchs nicht auf die BenQ Mobile übergegangen sei. Der Widerspruch des Klägers vom 28. September 2006 sei nicht verspätet gewesen, weil die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB aufgrund einer nicht den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB genügenden Unterrichtung durch die Beklagte über den beabsichtigten Betriebsübergang nicht in Gang gesetzt worden sei. So enthalte das Unterrichtungsschreiben vom 29. August 2005 nicht die Anschrift der Betriebsübernehmerin. Außerdem fehle es an der Angabe des Grundes für den Übergang (§ 613a Abs. 5 Nr. 2 BGB). Letztlich enthalte das Schreiben auch keine ausreichenden Informationen über die wirtschaftliche Lage der Betriebsübernehmerin (§ 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB). 15

Das Widerspruchsrecht des Klägers sei nicht verwirkt. So fehle es bereits an dem für die Annahme einer Verwirkung erforderlichem Umstandsmoment. Insbesondere ergebe sich ein solches nicht allein aus der Weiterarbeit des Klägers bei der BenQ Mobile. Der Abschluss des Aufhebungsvertrages mit der BenQ Mobile führe ebenfalls nicht zur Verwirkung. Eine solche würde voraussetzen, dass der Kläger in Kenntnis der Fehler und Mängel des Informationsschreibens gehandelt hätte. An dieser Voraussetzung fehle es. Die geforderte Jahreszahlung stehe dem Kläger unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zu. 16

B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 17

- I. Die Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht zum 1. Oktober 2005 auf die BenQ Mobile übergegangen ist, sondern mit der Beklagten fortbesteht, ist unbegründet. 18
1. In einer Reihe von gleichgelagerten Fällen hat der Senat entschieden, dass das Unterrichtungsschreiben der Beklagten vom 29. August 2005 über den beabsichtigten Betriebsteilübergang auf die BenQ Mobile den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB nicht genügt (*vgl. 25. Februar 2010 - 8 AZR 740/08 -; 23. Juli 2009 - 8 AZR 538/08 - AP BGB § 613a Unterrichtung Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 114 und 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 113*). 19
2. Die unzulängliche Unterrichtung durch die Beklagte hatte die einmonatige Widerspruchsfrist für den Kläger (§ 613a Abs. 6 Satz 1 BGB) nicht in Lauf gesetzt (*st. Rspr., vgl. Senat 22. Januar 2009 - 8 AZR 808/07 - mwN, AP BGB § 613a Unterrichtung Nr. 4 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 105*), so dass sein Widerspruch vom 28. September 2006 nicht verspätet war. 20
3. Das Recht des Klägers zum Widerspruch war zum Zeitpunkt seiner Ausübung am 28. September 2006 jedoch verwirkt. 21
- a) Der Senat hat bereits mehrmals entschieden, dass das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers verwirken kann (*vgl. zB 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 113*). 22
- Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB). Mit der Verwirkung wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen. Sie dient dem Vertrauensschutz und 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 erweckt haben, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass 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 23

Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist.

Schon nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vor dem Inkrafttreten des § 613a Abs. 5 und 6 BGB konnte das Widerspruchsrecht wegen Verwirkung ausgeschlossen sein. An dieser Rechtsprechung hat der Senat im Einklang mit der herrschenden Auffassung im Schrifttum auch nach der neuen Rechtslage festgehalten. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber eine Widerspruchsfrist eingeführt hat, schließt eine Anwendung der allgemeinen Grundsätze nicht aus, weil jedes Recht nur unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben ausgeübt werden kann (*15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - mwN, BAGE 121, 289 = AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 64*).

24

Angesichts der gesetzlichen Regelung kann hinsichtlich des Zeitmoments nicht auf eine feststehende Monatsfrist, beispielsweise von sechs Monaten abgestellt werden. Im Gesetzgebungsverfahren sind nämlich Vorschläge auf Aufnahme einer generellen Höchstfrist von drei (*BR-Drucks. 831/1/01 S. 2*) bzw. sechs Monaten (*BT-Drucks. 14/8128 S. 4*) nicht aufgegriffen worden. Abzustellen ist vielmehr auf die konkreten Umstände des Einzelfalles (*Senat 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - BAGE 121, 289 = AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 64*). Dabei ist davon auszugehen, dass bei schwierigen Sachverhalten die Rechte des Arbeitnehmers erst nach längerer Untätigkeit verwirken können (*Senat 23. Juli 2009 - 8 AZR 538/08 - AP BGB § 613a Unterrichtung Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 114*). Außerdem ist die Länge des Zeitablaufes in Wechselwirkung zu dem ebenfalls erforderlichen Umstandsmoment zu setzen. Je stärker das gesetzte Vertrauen oder die Umstände, die eine Geltendmachung für den Anspruchsgegner unzumutbar machen, sind, desto schneller kann ein Anspruch verwirken. 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 (*Senat 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - mwN, aaO*).

25

- b) Die Voraussetzungen für eine Verwirkung liegen im Streitfall vor. 26
- aa) Die Beurteilung der Frage, ob ein Recht verwirkt ist, obliegt zwar grundsätzlich den Tatsachengerichten, die den ihnen zur Begründung des Verwirkungseinwandes vorgetragenen Sachverhalt eigenverantwortlich zu würdigen haben (*vgl. BAG 17. Januar 2007 - 7 AZR 23/06 - EzAÜG AÜG § 10 Fiktion Nr. 116*). Vom Revisionsgericht ist das Berufungsurteil jedoch darauf zu überprüfen, 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 12. Dezember 2006 - 9 AZR 747/06 - mwN, EzA BGB 2002 § 242 Verwirkung Nr. 1*).
- bb) Vorliegend ist dem Landesarbeitsgericht ein - auch revisionsrechtlich zu beachtender - Rechtsfehler unterlaufen. Es hat nämlich die Voraussetzungen für das Vorliegen des Umstandsmoments, welches zusammen mit dem Zeitmoment zur Verwirkung des Widerspruchsrechts führen kann, verkannt. 28
- cc) Das Zeitmoment ist erfüllt. 29
- Die Frist für das für die Verwirkung maßgebliche Zeitmoment beginnt nicht erst mit der umfassenden Unterrichtung des Arbeitnehmers über den Betriebsübergang und seine Folgen zu laufen. Damit setzt auch 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 (*vgl. Senat 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106*).
- 30

Erfolgt die Prüfung entsprechend diesen Grundsätzen, so 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 Zeitablaufes, in dem der Berechtigte sein Recht nicht ausgeübt hat, und den Umständen des Einzelfalles, 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, im Falle der Beklagten jedenfalls der Zeitraum ab Ende September 2005, weil zu diesem Zeitpunkt die aus ihrer Sicht durch ihr Unterrichtungsschreiben vom 29. August 2005 in Gang gesetzte gesetzliche einmonatige Widerspruchsfrist (§ 613a Abs. 6 Satz 1 BGB) für den Kläger ablief.

31

Der Kläger hat sein Widerspruchsrecht erst fast ein Jahr nach dem vollzogenen Betriebsübergang am 1. Oktober 2005 ausgeübt, nämlich mit Schreiben vom 28. September 2006. Vor Ablauf eines Monats nach der Unterrichtung in Schriftform muss der Arbeitgeber wegen der in § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB normierten Monatsfrist mit einem Widerspruch des Arbeitnehmers rechnen. 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 (*Senat 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 113*).

32

Dies gilt auch, wenn die Unterrichtung unvollständig oder fehlerhaft war. Der Zeitraum von fast 13 Monaten zwischen der Unterrichtung über den Betriebsübergang und der Erklärung des Widerspruchs und von fast einem Jahr nach Ablauf der gesetzlichen Widerspruchsfrist ist grundsätzlich geeignet, das Vorliegen des Zeitmoments zu bejahen und erfüllt im Streitfall insbesondere auch deshalb das Zeitmoment, weil der Kläger durch den Abschluss seines Aufhebungsvertrages mit der BenQ Mobile ein besonders gewichtiges Umstandsmoment gesetzt hatte (*vgl. Senat 25. Februar 2010 - 8 AZR 740/08 - und 2. April 2009 - 8 AZR 220/07 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 6*).

33

dd) Der Kläger hat durch sein Verhalten, insbesondere durch den Abschluss des Aufhebungsvertrages mit der BenQ Mobile am 18./28. Juli 2006 das Umstandsmoment verwirklicht. 34

Das Umstandsmoment ist erfüllt, wenn der Arbeitgeber davon ausgehen durfte, der Widerspruch werde nicht mehr ausgeübt. Dies ist dann der Fall, wenn er aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers annehmen durfte, dieser habe den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber und diesen damit als seinen neuen Arbeitgeber akzeptiert. Dies ist regelmäßig gegeben, wenn der Arbeitnehmer über den Bestand seines Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Betriebserwerber disponiert hat (*vgl. Senat 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106; 20. März 2008 - 8 AZR 1016/06 - NZA 2008, 1354*). 35

Allein der Umstand, dass der Arbeitnehmer (*zunächst*) widerspruchslos beim Betriebserwerber weiterarbeitet und von diesem die Arbeitsvergütung entgegennimmt, stellt ebenso wenig eine Disposition über den Bestand des Arbeitsverhältnisses dar (*vgl. Senat 27. November 2008 - 8 AZR 225/07 -; 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347*) wie Vereinbarungen mit dem Betriebserwerber, durch welche einzelne Arbeitsbedingungen, zB Art und Umfang der zu erbringenden Arbeitsleistung, Höhe der Arbeitsvergütung, geändert werden. Als Disposition über den Bestand des Arbeitsverhältnisses stellen sich nur solche Vereinbarungen oder Verhaltensweisen des Arbeitnehmers dar, durch welche es zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt, zB Abschluss eines Aufhebungsvertrages (*Senat 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106*) bzw. die Hinnahme einer vom Betriebserwerber ausgesprochenen Kündigung (*Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - aaO*), oder durch welche das Arbeitsverhältnis auf eine völlig neue rechtliche Grundlage gestellt wird (*zB die Begründung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses; Senat 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 113*). 36

Aufgrund des Abschlusses des Aufhebungsvertrages zwischen dem Kläger und der BenQ Mobile am 18./28. Juli 2006 durfte die Beklagte davon 37

ausgehen, der Kläger werde sein Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben (*Erfüllung des Umstandsmoments*).

ee) Es ist unerheblich, ob und gegebenenfalls ab wann die Beklagte von dem Abschluss des Aufhebungsvertrages Kenntnis hatte. 38

Auf die Verwirkung darf sich die Beklagte berufen, unabhängig davon, ob ihr alle vom Kläger verwirklichten Umstandsmomente bekannt geworden sind. Bei der Verwirkung des Widerspruchsrechts im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang genügt es, dass einer der Verpflichteten von den vertrauensbildenden Umständen Kenntnis hat. Jedenfalls im unmittelbaren Verhältnis zwischen Betriebsveräußerer und Betriebserwerber sieht das Gesetz grundsätzlich eine gemeinsame Verpflichtung und Berechtigung beider aus dem Arbeitsverhältnis vor. Daraus folgt, dass immer dann, wenn sich der Betriebserwerber als neuer Arbeitgeber mit Erfolg auf Verwirkungsumstände berufen könnte, diese auch der Betriebsveräußerer als früherer Arbeitgeber für sich in Anspruch nehmen darf. 39

Die Unterrichtungspflicht des § 613a Abs. 5 BGB trifft als Gesamtschuldner sowohl den bisherigen Arbeitgeber als auch den neuen Betriebsinhaber. Der von einem Betriebsübergang betroffene Arbeitnehmer erlangt die Fortdauer seines Widerspruchsrechts sowohl durch Informationsfehler des einen wie des anderen. Wenn das Gesetz in der Frage der Informationspflicht zum Betriebsübergang den früheren und neuen Arbeitgeber als Einheit sieht, legt dies nahe, Betriebsveräußerer und Betriebserwerber auch hinsichtlich des Informationsstandes zum Arbeitnehmerverhalten einheitlich aufzufassen. Auch Art. 3 Abs. 2 der RL 2001/23/EG fingiert einen gleichen Informationsstand von Veräußerer und Erwerber über die Rechte und Pflichten der übergegangenen Arbeitsverhältnisse. Entscheidend kommt hinzu, dass nach § 613a Abs. 6 Satz 2 BGB der Arbeitnehmer den Widerspruch sowohl gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber (*Betriebsveräußerer*) als auch gegenüber dem neuen Inhaber (*Betriebserwerber*) erklären darf. Der Widerspruch kann aber nicht gegenüber dem neuen Arbeitgeber verwirkt sein, weil dieser die eingetretenen „Umstände“ kennt, gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber wegen dessen 40

Unkenntnis jedoch nicht. Für das Schuldverhältnis von Betriebsveräußerer und Betriebserwerber als Gesamtschuldner gegenüber dem Arbeitnehmer als Berechtigtem ist in § 613a BGB, insbesondere in dessen Abs. 6, „ein anderes“ normiert (§ 425 Abs. 1 BGB). Neuer und alter Arbeitgeber dürfen sich wechselseitig auf die Kenntnis des anderen vom Arbeitnehmerverhalten berufen. Eine nachgewiesene Kenntnis des in Anspruch genommenen Verpflichteten von einem bestimmten Arbeitnehmerverhalten ist nicht erforderlich, wenn feststeht, dass dieses Verhalten wenigstens dem anderen Verpflichteten bekannt geworden ist (*Senat 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 113*).

ff) Unzutreffend ist die Annahme des Klägers, die Beklagte habe sich wegen der nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung über den Betriebsteilübergang nicht darauf verlassen dürfen, der Kläger werde sein Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben, so dass die Berufung der Beklagten auf die Verwirkung des Widerspruchsrechts ihrerseits gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen würde. Folgte man dieser Überlegung des Klägers, würde das zu einem widersinnigen Ergebnis führen. Einerseits behielte der Kläger sein Widerspruchsrecht deshalb länger als in § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB normiert (*einen Monat ab Zugang der Unterrichtung*), weil die Unterrichtung nicht ordnungsgemäß war. Andererseits könnte das Widerspruchsrecht deshalb nicht verwirken, weil der Kläger nicht entsprechend den Vorgaben des § 613a Abs. 5 BGB unterrichtet worden war. Dies hätte zur Folge, dass - entgegen der Rechtsprechung - die Verwirkung des Rechts zum Widerspruch im Falle einer fehlerhaften Unterrichtung durch den früheren Arbeitgeber in der Regel nicht eintreten könnte. Dies widerspräche jedoch dem Grundsatz, dass jedes Recht verwirken kann.

41

Anderes könnte nur dann gelten, wenn für die Beklagte handelnde Mitarbeiter den Kläger in Schädigungsabsicht in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise (§ 826 BGB) im Rahmen des § 613a Abs. 5 BGB falsch unterrichtet hätten. Wem ein solcher Vorwurf zu machen wäre, hat der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Kläger jedoch nicht vorgetragen.

42

gg) Eine Berufung der Beklagten auf die Verwirkung des Widerspruchsrechts könnte allerdings dann gegen Treu und Glauben verstoßen und damit unzulässig sein, wenn die BenQ Mobile sich ihrerseits deshalb nicht mit Erfolg auf die Verwirkung berufen könnte, weil sie den Kläger treuwidrig zum Abschluss des Aufhebungsvertrages vom 18./28. Juli 2006 veranlasst und damit das Umstandsmoment unter Verstoß gegen § 242 BGB herbeigeführt hätte. Für das Vorliegen eines solchen Verstoßes trägt grundsätzlich der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast, wenn er sich auf die Nichtverwirklichung des Umstandsmoments berufen will (*Senat 25. Februar 2010 - 8 AZR 740/08 -*). 43

Für eine solche Darlegung wäre es erforderlich, dass der Kläger vorgebracht hätte, die für die BenQ Mobile handelnden Personen, welche ihn zum Abschluss des Aufhebungsvertrages veranlasst hatten, hätten bei Abschluss desselben gewusst, dass die BenQ Mobile wegen der sich abzeichnenden Insolvenz die vertraglichen Verpflichtungen nicht mehr erfüllen werde. Das hat der Kläger aber weder konkret dargelegt noch ist solches aus dem Akteninhalt erkennbar. Auch betrachtet der Kläger selbst den Aufhebungsvertrag offensichtlich nach wie vor als wirksam. Insbesondere hat er seine auf Abschluss dieses Vertrages gerichtete Willenserklärung bislang nicht nach § 123 Abs. 1 BGB angefochten. 44

II. Die Klage auf Zahlung einer Jahreszahlung für den Zeitraum Oktober 2005 bis Dezember 2006 in Höhe von insgesamt 8.912,50 Euro ist ebenfalls unbegründet. 45

Da ab dem 1. Oktober 2005 zwischen dem Kläger und der Beklagten kein Arbeitsverhältnis mehr bestanden hat, stehen dem Kläger ab diesem Zeitpunkt auch keine Vergütungsansprüche gegen die Beklagte mehr zu. 46

III. Die weiteren geltend gemachten Zahlungsansprüche des Klägers bestehen ebenfalls nicht. 47

1. Diese vom Kläger nur für den Fall des Unterliegens mit seinem Feststellungsantrag hilfsweise gestellten Zahlungsanträge sind in der Revision zur Entscheidung angefallen. 48

Über einen Hilfsantrag ist in der Revisionsinstanz zu befinden, wenn dem Hauptantrag (*im Streitfall dem Feststellungsantrag des Klägers*) in der Berufungsinstanz entsprochen, auf die Revision des Beklagten dieser Hauptantrag vom Revisionsgericht jedoch abgewiesen wird. Grundlage dafür, dass das dem Hilfsantrag zugrunde liegende Klagebegehren Gegenstand der Revisionsinstanz wird, ist der Umstand, dass die Grundbedingungen des Klageverfahrens auch im Rechtsmittelzug weitergelten. Dazu gehört die Festlegung des Klagebegehrens, welches der Beklagte durch ein von ihm eingelegtes Rechtsmittel nicht einschränken kann (*Senat 12. November 2009 - 8 AZR 751/07 - mwN, DB 2010, 789*). 49

2. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung der mit der BenQ Mobile vereinbarten Abfindung in Höhe von 98.026,49 Euro. 50

Diese Abfindungszahlung hat der Kläger erst mit der BenQ Mobile ausgehandelt. Es ist keine Anspruchsgrundlage ersichtlich, aus welcher sich eine Haftung der Beklagten für die Ansprüche des Klägers aus der nach dem Betriebsübergang am 1. Oktober 2005 mit der BenQ Mobile getroffenen Aufhebungsvereinbarung vom 18./28. Juli 2006 ergibt. Insbesondere erfolgt eine solche Haftung nicht aus den Haftungsregelungen des § 613a Abs. 2 BGB. 51

3. Gleiches gilt für den geltend gemachten Zahlungsanspruch iHv. 21.000,00 Euro aufgrund der mit der BenQ Mobile am 27. Juli 2006 getroffenen Zusatzvereinbarung zum Aufhebungsvertrag. 52

4. Der Kläger hat keinen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte wegen „Entzugs der Rentenzusage“ schlüssig dargelegt, so dass auch seine Klage auf Schadensersatz in Höhe von 43.665,51 Euro unbegründet ist. 53

Er hat sich darauf berufen, die Beklagte habe ohne Rechtsgrund die Rückstellungen für die IP (= *Individuelle Pensionszusage*) und die BSAV (= *Beitragsorientierte Siemens Altersversorgung*) nicht an die BenQ Mobile, sondern an die BenQ Corp., Taiwan, überwiesen. Dadurch habe sie ihm „die Rentenzusage entzogen“. Deshalb nehme er die Beklagte „für das erreichte Besitzstands-Kapital in Anspruch.“ 54

Aus diesem Vorbringen ergibt sich nicht, inwieweit dem Kläger der geltend gemachte Schaden tatsächlich entstanden ist. Es ist nicht ersichtlich, ob ihm im Falle des Eintritts des Versorgungsfalles tatsächlich durch ein vertragswidriges Verhalten der Beklagten ein Schaden entstehen wird und ggf. in welcher Höhe. 55

5. Dem Kläger steht auch kein Anspruch auf Zahlung einer Abfindung gemäß Ziff. 4 der Protokollnotiz vom 17. August 2005 zur GBR vom selben Tage zu. 56

Auch wenn zugunsten des Klägers unterstellt werden kann, dass es sich bei dieser Protokollnotiz um eine die GBR ergänzende eigenständige normative Regelung handelt (*zur Zulässigkeit einer solchen Auslegung einer Protokollnotiz: vgl. BAG 9. Dezember 1997 - 1 AZR 330/97 - AP BetrVG 1972 § 77 Regelungsabrede Nr. 3 = EzA BetrVG 1972 § 77 Nr. 62*) führt dies nicht zu einem Abfindungsanspruch des Klägers gegen die Beklagte. 57

Mit dieser Protokollnotiz verpflichten die Vertragspartner der GBR, nämlich die Beklagte und der bei ihr gewählte Gesamtbetriebsrat, einen Dritten, dh. die BenQ Mobile, zur Zahlung einer Abfindung auf Basis des Bruttomonatseinkommens „nach der am jeweiligen Standort derzeit (Stand: 16.8.2005) bestehenden / letztgültigen Siemens-Sozialplanregelung“, wenn es „vor dem 30.09.2008 zu betriebsbedingten Kündigungen / Aufhebungsverträge zur Vermeidung einer betriebsbedingten Kündigung bei BenQ Mobile“ kommt. 58

Unabhängig von der Frage, ob die Parteien der Gesamtbetriebsvereinbarung eine solche für einen Dritten, welcher nicht Betriebspartner iSd. § 77 BetrVG ist, verbindliche Vereinbarung überhaupt treffen durften, würde auch eine wirksame Protokollnotiz keine Anspruchsgrundlage für einen Abfindungsanspruch des Klägers gegen die Beklagte darstellen. So folgt bereits aus dem eindeutigen Wortlaut der einschlägigen Regelung kein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte. Ein solcher würde ihm allenfalls gegen die BenQ Mobile eingeräumt. Auch nach Sinn und Zweck der in der Protokollnotiz getroffenen Regelung sollte dem Kläger ein solcher Anspruch nicht zustehen. Wie sich aus Abs. 3 der Ziff. 4 der Protokollnotiz ergibt, sollte durch die getroffene Regelung 59

eine finanzielle Entlastung der BenQ Mobile geschaffen werden. Diese hätte bei einem Ausscheiden des betroffenen Arbeitnehmers nach über einem Jahr nach dem Betriebsübergang nur eine gegenüber den geltenden Siemens-Regelungen verminderte Abfindung zu zahlen (*nach über einem Jahr bis zu zwei Jahren: 80 %, nach bis zu drei Jahren 60 %*).

Dass über diese Entlastung der BenQ Mobile hinaus durch die Protokollnotiz eine ihrem Wortlaut widersprechende Begünstigung der aufgrund eines mit der BenQ Mobile geschlossenen Aufhebungsvertrages ausgeschiedenen Arbeitnehmer dergestalt getroffen werden sollte, dass die Beklagte für deren Abfindungsansprüche gegen die BenQ Mobile haften sollte, kann der Protokollnotiz nicht entnommen werden. 60

6. Dem Kläger steht auch der hilfsweise geltend gemachte Anspruch auf Zahlung der mit der BenQ Mobile vereinbarten Abfindung nicht als Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte wegen der Verletzung der Unterrichtungspflicht des § 613a Abs. 5 BGB zu. 61

a) Zwar hat die Beklagte ihrer Unterrichtungspflicht gegenüber dem Kläger nicht genügt, weshalb sie diesem grundsätzlich nach § 280 Abs. 1 BGB zum Ersatz des Schadens, den er durch die unzulängliche Unterrichtung erlitten hat, verpflichtet ist. Der Kläger hat jedoch nicht dargelegt, dass die nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Unterrichtung ursächlich dafür war, dass er die mit der BenQ Mobile vereinbarte Abfindung nicht erhalten hat. Hätte die Beklagte ihn ordnungsgemäß über den Betriebsübergang unterrichtet, so hätte er - wie er behauptet - dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen. Dann wäre er Arbeitnehmer der Beklagten geblieben und es hätte nicht zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages und einer Abfindungsvereinbarung mit der BenQ Mobile kommen können. 62

b) Der Kläger kann auch im Übrigen von der Beklagten nicht mit Erfolg verlangen, so behandelt zu werden, als ob es wegen eines ordnungsgemäßen Widerspruchs iSd. § 613a Abs. 6 BGB nicht zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten gekommen wäre. 63

Die fehlerhafte oder unvollständige Unterrichtung durch die Beklagte hat dazu geführt, dass die Frist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB für die Ausübung des Widerspruchsrechts nicht in Gang gesetzt worden ist. Der Gesetzgeber hat dem Arbeitnehmer über § 613a Abs. 6 BGB die Möglichkeit eingeräumt, bei einer Verletzung der Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB einen Widerspruch auch ohne Einhaltung der Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB auszuüben. Damit hat es der Arbeitnehmer in der Hand, durch die nicht fristgebundene Ausübung des Widerspruchsrechts den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebsveräußerer zu erreichen. Führt ein Verhalten des Arbeitnehmers dazu, dass sein Recht auf Ausübung des Widerspruchs untergegangen ist, zB durch das Rechtsinstitut der Verwirkung, liegt es nicht im Schutzzweck der Vorschrift des § 613a Abs. 5 BGB, dem Arbeitnehmer gleichsam eine weitere Widerspruchsmöglichkeit einzuräumen, indem er im Wege einer Schadensersatzklage vom Betriebsveräußerer verlangt, mittels der Naturalrestitution wirtschaftlich so gestellt zu werden als hätte er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber ordnungsgemäß widersprochen. Würde ein solcher Schadensersatzanspruch zuerkannt, würden letztlich die Regelungen, die zum Untergang des Widerspruchsrechts geführt haben, umgangen (*vgl. Senat 2. April 2009 - 8 AZR 220/07 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 6*).

64

7. Der weitere Hilfsantrag des Klägers, mit dem er eine Verurteilung der Beklagten zum Nachteilsausgleich für den Verlust des Arbeitsplatzes beantragt, und den er auf § 113 Abs. 3 BetrVG stützt, ist ebenfalls nicht begründet.

65

Betriebsveräußerung und Betriebsstilllegung schließen sich systematisch gegenseitig aus. Die Veräußerung des Betriebes allein - wie bereits die Wertung in § 613a BGB zeigt - stellt keine Stilllegung dar, weil die Identität des Betriebes gewahrt bleibt und lediglich ein Inhaberwechsel stattfindet (*Senat 22. Oktober 2009 - 8 AZR 766/08 - AP SGB X § 115 Nr. 16; 28. Mai 2009 - 8 AZR 273/08 - AP BGB § 613a Nr. 370 = EzA KSchG § 17 Nr. 20*). Entsprechend scheidet ein Betriebsübergang aus, wenn der Betrieb vor dem Erwerb stillgelegt wurde (*vgl. Senat 16. Juli 1998 - 8 AZR 80/97 -; 16. Mai*

66

2002 - 8 AZR 319/01 - AP BGB § 613a Nr. 237 = EzA BGB § 613a Nr. 210). Die bloße Einstellung der Produktion bedeutet allerdings noch keine Betriebsstilllegung (Senat 16. Mai 2002 - 8 AZR 319/01 - aaO). Unter Betriebsstilllegung ist vielmehr die Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zu verstehen, die ihre Veranlassung und zugleich ihren unmittelbaren Ausdruck darin findet, dass der Unternehmer die bisherige wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, die Verfolgung des bisherigen Betriebszwecks dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne nicht weiter zu verfolgen. Abgeschlossen ist eine Stilllegung dann, wenn die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer beendet sind (Senat 26. April 2007 - 8 AZR 695/05 - AP InsO § 125 Nr. 4; 16. Mai 2002 - 8 AZR 319/01 - aaO).

Soweit der Kläger erstinstanzlich vorgetragen hat, „eigentliche Maßnahme der Beklagten war jedoch die endgültige Schließung des Bereichs Com MD und die Entlassung der dortigen Arbeitnehmer durch die BenQ Mobile oder die Aufspaltung und Veräußerung des Betriebes“, ist dies ein widersprüchliches und damit unschlüssiges Vorbringen.

67

C. Der Kläger hat nach § 91 Abs. 1 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

68

Hauck

Böck

Breinlinger

Döring

Schuckmann