

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 585/08  
11 Sa 48/08  
Landesarbeitsgericht  
München

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
20. Mai 2010

## URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin, Anschlussberufungsbeklagte und  
Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte, Anschlussberufungsklägerin und  
Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen  
Verhandlung vom 20. Mai 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundes-  
arbeitsgericht 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 4. Juni 2008 - 11 Sa 48/08 - aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Teilurteil des Arbeitsgerichts München vom 11. Januar 2008 - 3 Ca 1705/07 - teilweise abgeändert.

Die Feststellungsklage wird ebenfalls abgewiesen.

Die Kostenentscheidung - auch über die Kosten der Berufung und der Revision - bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten im Revisionsverfahren darüber, ob das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der Beklagten zum 1. Oktober 2005 auf die BenQ Mobile GmbH & Co. OHG übergegangen ist. 1

Die Klägerin war seit 1998 bei der Beklagten in deren Werk in M als „Product Marketing Managerin“ im Geschäftsbereich „Com MD (Mobile Devices)“, der Mobilfunksparte der Beklagten, tätig. 2

Mit Vertrag vom 6. Juni 2005 verkaufte die Beklagte ihren Geschäftsbereich „Com MD (Mobile Devices)“ an die BenQ Corporation mit Sitz in Taiwan. Dazu schlossen die Beklagte und die BenQ Corporation einen als „Master Sale and Purchase Agreement“ (*im Folgenden: MSPA*) bezeichneten Vertrag. Dieser sah vor, dass die Vermögensgegenstände Land für Land im Wege der Einzelrechtsübertragung durch die Beklagte auf verschiedene Landesgesellschaften der BenQ-Gruppe übertragen werden sollten. Vollzogen wurde der jeweilige Verkauf zum 30. September 2005. Dazu wurde in Deutschland die 3

BenQ Mobile GmbH & Co. OHG (*im Folgenden: BenQ Mobile*) mit Gesellschaftsvertrag vom 12. September 2005 gegründet. Diese wurde am 16. September 2005 in das Handelsregister beim Amtsgericht München eingetragen. Deren persönlich haftende Gesellschafterinnen waren die BenQ Mobile Management GmbH und die BenQ Wireless GmbH, mit einem Stammkapital von jeweils 25.000,00 Euro. Deren Obergesellschafterin, die BenQ Corporation in Taiwan, war Alleingesellschafterin der BenQ Mobile Holding B.V. mit Sitz in den Niederlanden, welche die jeweils alleinige Gesellschafterin der beiden persönlich haftenden Gesellschafterinnen der BenQ Mobile war.

Im Zusammenhang mit der Vertragsabwicklung zahlte die Beklagte an die BenQ Corporation in Taiwan als Anschubfinanzierung einen dreistelligen Millionenbetrag. 4

Am 30. September 2005 wurde der wirtschaftliche Teilbetrieb Mobile Devices der Beklagten unter Wahrung seiner organisatorischen Identität mit den Mitarbeitern und wesentlichen Teilen der Betriebsmittel nebst den in Deutschland gelegenen Gegenständen des Anlage- und Umlaufvermögens auf die BenQ Mobile übertragen. 5

Mit Schreiben vom 29. August 2005 hatte die Beklagte der Klägerin mitgeteilt, dass der Geschäftsbereich Com MD (*Mobile Devices*) zum 1. Oktober 2005 an die BenQ Mobile GmbH & Co. OHG übertragen werde. Dieses Schreiben lautet: 6

**„Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses**

Sehr geehrte Frau ...

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). Ebenso gelten die jeweiligen Tarifverträge (einschließlich des Ergänzungstarifvertrags B/K) gem. § 613a BGB weiter.

Die Höhe und Zusammensetzung des bisherigen Einkommens bleibt ebenso wie eine bestehende freiwillige, widerrufliche Sonderzulage 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.

Mit freundlichen Grüßen

Siemens Aktiengesellschaft

gez. G

gez. M

**Anlage**

Überleitungsvereinbarung Tarifkreis“

Diesem Informationsschreiben lag die am 17. August 2005 zwischen der Beklagten und ihrem Gesamtbetriebsrat geschlossene „Betriebsvereinbarung zur Überleitung der Beschäftigungsbedingungen der von der Siemens AG, Com MD zur BenQ Mobile GmbH & Co. OHG übergehenden Mitarbeiter (Tarifkreis)“ (*im Folgenden: GBV*) bei. 7

Ab 1. Oktober 2005 erbrachte die Klägerin ihre Arbeitsleistung für BenQ Mobile. 8

Am 8. August 2006 schloss die Klägerin mit der BenQ Mobile einen Aufhebungsvertrag, der unter anderem folgende Vereinbarungen enthält: 9

- „1. Das Arbeitsverhältnis wird wegen dringender betrieblicher Gründe auf Veranlassung von BenQ Mobile GmbH & Co. OHG unter Einhaltung der Kündigungsfrist mit Ablauf des 30.11.2006 enden. ...
2. Wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhält Frau Br eine Abfindung in Höhe von €52.500,00 brutto. Die Abfindung wird mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig.
- ...
11. Mit Erfüllung dieser Regelung sind sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und dessen Beendigung abgegolten.“

Auf den Antrag der BenQ Mobile vom 29. September 2006 wurde am 1. Januar 2007 über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2006 widersprach die Klägerin gegenüber der Beklagten dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die BenQ Mobile und verlangte ihre Weiterbeschäftigung bei der Beklagten. 10

Die Klägerin ist der Ansicht, sie habe dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses im Oktober 2006 noch mit Erfolg widersprechen können, weil sie nicht ordnungsgemäß iSd. § 613a Abs. 5 BGB über den Betriebsübergang durch das Schreiben vom 29. August 2005 unterrichtet worden sei und deshalb die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht in Lauf gesetzt worden sei. Insbesondere rügt sie, dass sie über die Rechtsperson, auf 11

die das Arbeitsverhältnis übergehen sollte, nicht ordnungsgemäß informiert worden sei, weil keine ladungsfähige Anschrift der BenQ Mobile angegeben worden sei. Zudem sei die Beklagte ihrer Verpflichtung nicht nachgekommen, über die wirtschaftliche Situation der Betriebserwerberin vollständig zu informieren. Auch fehle es an einer zutreffenden Unterrichtung über den Grund des Betriebsübergangs. Das Widerspruchsrecht sei bei seiner Ausübung auch nicht verwirkt gewesen.

Die Klägerin hat im Revisionsverfahren beantragt 12  
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der Beklagten aufgrund des Widerspruchs vom 27. Oktober 2006 nicht zum 1. Oktober 2005 auf die BenQ Mobile GmbH & Co. OHG übergegangen ist.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. 13

Sie meint, die Unterrichtung über den Betriebsteilübergang mit Schreiben vom 29. August 2005 sei ordnungsgemäß gewesen. Insbesondere sei die Klägerin über die Identität der Betriebserwerberin und ausreichend über den Grund des Betriebsübergangs informiert worden. Jedenfalls sei der Widerspruch der Klägerin als kollektiver Massenwiderspruch unzulässig. Auch sei das Widerspruchsrecht der Klägerin verwirkt, weil sie mit der BenQ Mobile einen Aufhebungsvertrag zum 30. November 2006 geschlossen habe. Außerdem habe sie durch diese Vereinbarung auf ein etwa noch bestehendes Widerspruchsrecht verzichtet. 14

Das Arbeitsgericht hat mit Teilurteil dem Feststellungsantrag stattgegeben und die Klage auf Beschäftigung abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufungen der Beklagten und der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, während die Klägerin die Zurückweisung der Revision beantragt. 15

## Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Das zwischen den Parteien ursprünglich bestehende Arbeitsverhältnis ist ab 1. Oktober 2005 auf die BenQ Mobile übergegangen. Die Klägerin hat dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses nicht wirksam widersprochen. Ihr Widerspruchsrecht war zum Zeitpunkt seiner Ausübung am 27. Oktober 2006 verwirkt. 16

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine klagestattgebende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Trotz eines Betriebsübergangs bezüglich der Mobilfunksparte Com MD (*Mobile Devices*) auf die BenQ Mobile sei das Arbeitsverhältnis der Klägerin nicht auf die BenQ Mobile übergegangen, weil die Klägerin dem Übergang wirksam widersprochen habe. Der schriftliche Widerspruch sei nicht als Massenwiderspruch unzulässig. Die Klägerin habe dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses rechtzeitig und wirksam gem. § 613a Abs. 6 BGB widersprochen, weil das Unterrichtungsschreiben der Beklagten vom 29. August 2005 nicht den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB genüge und deshalb die Widerspruchsfrist nicht in Gang gesetzt habe. Insbesondere sei keine hinreichende Unterrichtung darüber erfolgt, dass die Übertragung des Bereiches Com MD lediglich Teil eines Veräußerungspakets gewesen sei, bei dem wesentliche Vermögenswerte nicht der BenQ Mobile, sondern der Konzernmutter zufließen sollten, und dass die Übertragung auf eine zum Zeitpunkt der Information noch gar nicht gegründete OHG erfolgen sollte. Auch hätte über die Art der gesellschaftsrechtlichen Vertragsgestaltung von BenQ Mobile, die Abhängigkeit von der Konzernmutter, die geringe Kapitalausstattung und über die Vertragspartner des Rahmenvertrags informiert werden müssen. Zudem habe die Beklagte den Grund für den Betriebsübergang nicht hinreichend bezeichnet. 17

Im Zeitpunkt der Erklärung des Widerspruchs sei das Widerspruchsrecht der Klägerin auch nicht verwirkt gewesen. Es fehle an einem Umstands- 18



moment, welches eine Verwirkung begründen könnte. Allein die Weiterarbeit der Klägerin bei BenQ Mobile und die Entgegennahme einer Gehaltserhöhung und einer Sonderzahlung stellten kein solches dar. Durch den Abschluss des Aufhebungsvertrages habe die Klägerin nicht auf ihr Widerspruchsrecht verzichtet.

II. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 19

Die Feststellungsklage ist nicht begründet. 20

1. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass die Unterrichtung der Klägerin mit Schreiben vom 29. August 2005 über den beabsichtigten Betriebsteilübergang nicht den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB entsprochen hat. Die Unterrichtung setzte damit die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB für die Klägerin nicht in Gang. Dies hat der Senat bereits in einer Reihe gleichgelagerter Fälle entschieden (*vgl. zB 25. Februar 2010 - 8 AZR 740/08 -; 23. Juli 2009 - 8 AZR 539/08 -; 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 113 und 23. Juli 2009 - 8 AZR 538/08 - AP BGB § 613a Unterrichtung Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 114*). Aus diesem Grunde hatte die Widerspruchsfrist mit dem Zugang des Unterrichtungsschreibens vom 29. August 2005 an die Klägerin nicht zu laufen begonnen, so dass ihr Widerspruch mit Schreiben vom 27. Oktober 2006 nicht verspätet war. 21

2. Das Recht der Klägerin zum Widerspruch war zum Zeitpunkt seiner Ausübung jedoch verwirkt. 22

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*). 23

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 24

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 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*).

25

Angesichts der gesetzlichen Regelung ist hinsichtlich des Zeitmoments nicht auf eine feststehende Monatsfrist, beispielsweise von sechs Monaten abzustellen. 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

26

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*).

b) Die Voraussetzungen für eine Verwirkung liegen im Streitfall vor. 27

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 verkannt. 29

cc) Das Zeitmoment ist erfüllt. 30

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 vorgegebene Frist, für welche bestimmte Anfangs- und Endzeitpunkte gelten, die in den §§ 186 ff. BGB geregelt sind. Vielmehr hat bei der Prüfung, ob ein 31

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*).

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 die Klägerin ablief.

32

Die Klägerin hat ihr Widerspruchsrecht erst über ein Jahr nach dem am 1. Oktober 2005 vollzogenen Betriebsübergang ausgeübt, nämlich mit Schreiben vom 27. Oktober 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*).

33

Dies gilt auch, wenn die Unterrichtung unvollständig oder fehlerhaft war. Der Zeitraum von fast 14 Monaten zwischen der Unterrichtung über den Betriebsübergang und der Erklärung des Widerspruchs und von über einem Jahr nach dem fiktiven Ablauf der gesetzlichen Widerspruchsfrist ist nach der Recht-

34

sprechung des Senats grundsätzlich geeignet, das Vorliegen des Zeitmoments zu bejahen. Er erfüllt im Streitfall insbesondere auch deshalb das Zeitmoment, weil die Klägerin durch den Abschluss ihres Aufhebungsvertrages mit der BenQ Mobile ein besonders gewichtiges Umstandsmoment gesetzt hatte (vgl. 25. Februar 2010 - 8 AZR 740/08 - und 2. April 2009 - 8 AZR 220/07 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 6).

dd) Die Klägerin hat durch ihr Verhalten, insbesondere durch den Abschluss des Aufhebungsvertrages vom 8. August 2006 mit der BenQ Mobile das Umstandsmoment verwirklicht. 35

Das Umstandsmoment ist erfüllt, wenn der Arbeitgeber davon ausgehen durfte, der Widerspruch werde nicht mehr ausgeübt. Das ist gegeben, 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 dann der Fall, 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). 36

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 37

(*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*).

Aufgrund des Abschlusses des Aufhebungsvertrages zwischen der Klägerin und der BenQ Mobile am 8. August 2006 durfte die Beklagte davon ausgehen, die Klägerin werde ihr Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben (*Erfüllung des Umstandsmoments*). 38

ee) Es ist unerheblich, ob und gegebenenfalls ab wann die Beklagte von dem Abschluss dieses Vertrages Kenntnis hatte. 39

Auf die Verwirkung darf sich die Beklagte berufen, unabhängig davon, ob ihr alle von der Klägerin 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. 40

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 alten und den neuen Arbeitgeber als Einheit sieht, liegt es 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 41

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 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 der Klägerin, die Beklagte habe sich wegen der nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung über den Betriebsteilübergang nicht darauf verlassen dürfen, die Klägerin werde ihr 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 der Klägerin, würde das zu einem widersinnigen Ergebnis führen. Einerseits behielte die Klägerin ihr 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 die Klägerin 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 alten Arbeitgeber in der Regel nicht eintreten könnte. Dies widerspräche jedoch dem Grundsatz, dass jedes Recht verwirken kann.

42

Anderes könnte nur dann gelten, wenn für die Beklagte handelnde Mitarbeiter die Klägerin 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 die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Klägerin jedoch nicht vorgetragen. 43

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 die Klägerin treuwidrig zum Abschluss des Aufhebungsvertrages vom 8. August 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 -*). 44

Für eine solche Darlegung wäre es erforderlich, dass die Klägerin vorgetragen hätte, die für die BenQ Mobile handelnden Personen, welche sie 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 die Klägerin aber weder konkret dargelegt noch ist solches aus dem Akteninhalt erkennbar. Auch betrachtet die Klägerin selbst den Aufhebungsvertrag offensichtlich nach wie vor als wirksam. Insbesondere hat sie ihre auf Abschluss dieses Vertrages gerichtete Willenserklärung nicht nach § 123 Abs. 1 BGB angefochten. 45



III. Die Kostenentscheidung war wegen des Erfordernisses, über die 46  
Kosten einheitlich zu entscheiden, der Schlussscheidung vorzubehalten.

Hauck

Böck

Breinlinger

Döring

Schuckmann