

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 740/08  
5 Sa 994/07  
Landesarbeitsgericht  
München

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
25. Februar 2010

## URTEIL

Diederich, 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 25. Februar 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Böck, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Hermann und Henniger für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 25. Juni 2008 - 5 Sa 994/07 - aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Teilurteil des Arbeitsgerichts München vom 25. Oktober 2007 - 26 Ca 993/07 - soweit es der Feststellungsklage stattgegeben hat teilweise abgeändert.

Auch insoweit wird die Klage abgewiesen.

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

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten im Revisionsverfahren darüber, ob zwischen ihnen über den 30. September 2005 hinaus ein Arbeitsverhältnis unverändert besteht. 1

Der Kläger war bei der Beklagten in deren Werk in M als „Leiter Business Excellence“ 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 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 ein- 3

getragen. 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 dem Kläger 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 geehrter Herr W,

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, Mobilfunkttechnologie 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,



AG, Com MD zur BenQ Mobile GmbH & Co. OHG übergehenden Mitarbeiter (Vertragsgruppen AT/FK)“ (im Folgenden: GBV) bei.

Ab 1. Oktober 2005 erbrachte der Kläger seine Arbeitsleistung für BenQ Mobile. Mit Wirkung vom 1. Dezember 2005 wurde er auf die Stelle „Leiter Sales Strategy“ versetzt. Ab 1. Juni 2006 erhielt der Kläger ein höheres Gehalt. 8

Am 10. August 2006 schloss der Kläger 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 mit Ablauf des 28.02.2007 enden.

2. Wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhält Herr W eine Abfindung in Höhe von Euro 212.500,00 brutto.

Die Abfindung wird mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig.

...

12. 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 10  
1. Januar 2007 über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet. Mit Schreiben vom 29. September 2006 widersprach der Kläger gegenüber der Beklagten dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die BenQ Mobile und verlangte seine Weiterbeschäftigung bei der Beklagten.

Der Kläger ist der Ansicht, er habe dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses im September 2006 noch mit Erfolg widersprechen können, weil er 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 er, dass er über die Identität der Betriebserwerberin nicht ordnungsgemäß informiert worden sei, weil keine Anschrift der BenQ Mobile angegeben worden sei. Zudem sei die Beklagte ihrer Verpflichtung nicht nachgekommen, über die wirtschaftliche Situation der 11

Betriebserwerberin vollständig zu informieren. Auch fehle es an einer Unterrichtung über die Rechtsfolgen des Betriebsübergangs. Das Widerspruchsrecht sei bei seiner Ausübung auch nicht verwirkt gewesen.

Der Kläger hat im Revisionsverfahren beantragt 12  
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers bei der Beklagten über den 30. September 2005 hinaus unverändert fortbesteht.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. 13

Sie meint, die Unterrichtung über den Betriebsteilübergang mit Schreiben vom 29. August 2005 sei ordnungsgemäß gewesen. Insbesondere sei der Kläger über die Identität der Betriebserwerberin und ausreichend über den Grund des Betriebsübergangs informiert worden. Jedenfalls sei der Widerspruch des Klägers als kollektiver Massenwiderspruch unzulässig. Auch sei das Widerspruchsrecht des Klägers verwirkt, weil er mit der BenQ Mobile einen Aufhebungsvertrag zum 28. Februar 2007 geschlossen habe. Außerdem habe er 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 Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, während der Kläger die Zurückweisung der Revision beantragt. 15

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Beklagten ist begründet. Zwischen den Parteien besteht über den 30. September 2005 hinaus kein Arbeitsverhältnis zu den bisherigen Bedingungen fort. Der Kläger hat dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses von der Beklagten auf die BenQ Mobile nicht wirksam wider 16

sprochen. Sein Widerspruchsrecht war zum Zeitpunkt seiner Ausübung am 29. September 2006 verwirkt.

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 bestehe das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien fort, weil der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses wirksam widersprochen habe. Der schriftliche Widerspruch sei nicht als Massenwiderspruch unzulässig. Der Kläger habe dem Übergang seines 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. Insbesondere sei keine hinreichende Unterrichtung über die wirtschaftlichen Folgen des Betriebsübergangs erfolgt. Darüber hinaus habe die Beklagte in dem Schreiben auch die Gründe für den Übergang (§ 613a Abs. 5 Nr. 2 BGB) nicht ausreichend bezeichnet. 17

Im Zeitpunkt der Erklärung des Widerspruchs sei das Widerspruchsrecht des Klägers auch nicht verwirkt gewesen. Es fehle an einem Umstandsmoment, welches eine Verwirkung begründen könnte. Allein die Weiterarbeit des Klägers bei BenQ Mobile, die Statusänderung und die Gehaltserhöhung stellten kein solches dar. Insbesondere habe auch der Abschluss des Aufhebungsvertrages nicht zum Vorliegen des für die Annahme einer Verwirkung erforderlichen Umstandsmoments geführt. Ein solches könnte nur angenommen werden, wenn der Kläger in Kenntnis der Umstände, die dazu geführt haben, dass die Widerspruchsfrist nicht zu laufen begonnen hatte, den Aufhebungsvertrag geschlossen hätte. 18

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 des Klägers mit Schreiben vom 29. August 2005 über den be- 21



absichtigten Betriebsübergang 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 den Kläger nicht in Gang. Dies hat der Senat bereits in einer Reihe gleich gelagerter Fälle entschieden (vgl. zB 23. Juli 2009 - 8 AZR 539/08 -; 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 - und 23. Juli 2009 - 8 AZR 538/08 - NZA 2010, 89). Aus diesem Grunde hatte die Widerspruchsfrist mit dem Zugang des Unterrichtungsschreibens vom 29. August 2005 an den Kläger nicht zu laufen begonnen, so dass sein Widerspruch mit Schreiben vom 29. September 2006 nicht verspätet war.

2. Das Recht des Klägers 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 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347). 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 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. 24

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 25

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 (*Senat 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - mwN, BAGE 121, 289 = AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 64*).

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 Einzelfalls (*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 - NZA 2010, 89*). Außerdem ist die Länge des Zeitablaufs 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*).

26

b) Die Voraussetzungen für eine Verwirkung liegen im Streitfalle 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

28

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 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). 31

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 Zeitablaufs, in dem der Berechtigte sein Recht nicht ausgeübt hat, und den Umständen des Einzelfalls, 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 32

2005, weil zu diesem Zeitpunkt die aus ihrer Sicht durch ihr Unterrichtungs-schreiben vom 29. August 2005 in Gang gesetzte gesetzliche einmonatige Widerspruchsfrist (§ 613a Abs. 6 Satz 1 BGB) für den Kläger ablief.

Der Kläger hat sein Widerspruchsrecht erst ein Jahr nach dem am 1. Oktober 2005 vollzogenen Betriebsübergang ausgeübt, nämlich mit Schreiben vom 29. 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 24. Juli 2008 - 8 AZR 166/07 -; 24. Juli 2008 - 8 AZR 1020/06 -*). Dies gilt auch, wenn die Unterrichtung unvollständig oder fehlerhaft war. Der Zeitraum von über einem Jahr zwischen der Unterrichtung über den Betriebsübergang und der Erklärung des Widerspruchs und von einem Jahr nach dem fiktiven Ablauf der gesetzlichen Widerspruchsfrist ist nach der Rechtsprechung des Senats grundsätzlich geeignet, das Vorliegen des Zeitmoments zu bejahen. Er erfüllt im Streitfalle 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 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 vom 10. August 2006 mit der BenQ Mobile 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 Betriebs-erwerber und diesen damit als seinen neuen Arbeitgeber akzeptiert. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer über den Bestand seines

35

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).

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 -).

36

Aufgrund des Abschlusses des Aufhebungsvertrages zwischen dem Kläger und der BenQ Mobile am 10. August 2006 durfte die Beklagte davon ausgehen, der Kläger werde sein Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben (*Erfüllung des Umstandsmoments*).

37

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

39

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.

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 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 -*).

40

ff) Eine Berufung der Beklagten auf die Verwirkung des Widerspruchsrechts könnte allerdings dann 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 10. August 2006 veranlasst und damit das Umstandsmoment unter Verstoß gegen § 242 BGB herbeigeführt hätte. Für das Vorliegen eines solchen Verstoßes trägt grundsätzlich der Kläger die Darlegungs- und Beweislast, wenn er sich auf die Nichtverwirkung des Umstandsmoments berufen will. 41

In seiner Revisionserwiderung hat der Kläger behauptet, die BenQ Mobile habe ihm „Bonität vorgegaukelt“ und ihn zum Abschluss des Aufhebungsvertrages vom 10. August 2006 veranlasst, obwohl sie gewusst habe, dass kein Geld mehr vorhanden gewesen sei. Sie habe daher mit der Anfechtung des Rechtsgeschäfts nach den §§ 119, 123 BGB bei Bekanntwerden der tatsächlichen Umstände rechnen müssen. 42

Dieses Vorbringen ist unerheblich. Zum einen hat der Kläger seine Schlussfolgerung, die für die BenQ Mobile handelnden Personen hätten Kenntnis von deren fehlender Bonität gehabt, ohne weitere Darlegungen lediglich pauschal und damit prozessual unzulänglich mit dem erst nach dem 10. August 2006 erstellten Gutachten des Insolvenzverwalters über die wirtschaftliche Lage der BenQ Mobile begründet. Zum anderen könnte dieser neue Sachvortrag des Klägers auch wegen § 559 ZPO in der Revisionsinstanz keine Berücksichtigung mehr finden. 43

III. Die Entscheidung über die Kosten - auch über diejenigen der Revision - ist wegen des Erfordernisses der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung einer Schlussentscheidung vorzubehalten. 44

Hauck

Böck

Winter

Hermann

Andreas Henniger