

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 805/07
7 Sa 553/07
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
22. April 2010

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen
Verhandlung vom 22. April 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundes-

arbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Avenarius und Dr. Pauli für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Teilurteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 1. August 2007 - 7 Sa 553/07 - aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Solingen vom 17. Januar 2007 - 3 Ca 2002/05 lev - wird - außer soweit sie sich gegen die teilweise Klageabweisung auf Bonuszahlung für das Jahr 2004 richtet - zurückgewiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz darüber, ob zwischen ihnen über den 1. November 2004 hinaus ein Arbeitsverhältnis fortbesteht. 1

Der Kläger war seit 1974 bei der Beklagten beschäftigt, zuletzt als Personalreferent. Er war dem Geschäftsbereich C I (CI) zugeordnet. 2

Dieser Geschäftsbereich verzeichnete seit mehreren Jahren Umsatzrückgänge, welche die Beklagte zu Personalabbaumaßnahmen veranlassten. Am 14. Oktober 2004 vereinbarte die Beklagte mit ihrem Betriebsrat einen Interessenausgleich. Dieser regelte ua., dass Mitarbeiter, die von dem geplanten Personalabbau betroffen sein würden, Abfindungszahlungen erhalten sollten. Diesem Interessenausgleich sollte eine Namensliste der betroffenen Mitarbeiter beigefügt werden. Der Kläger war zur Aufnahme in diese Liste vorgesehen. 3

Mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 informierte die Beklagte den Kläger über die beabsichtigte Übertragung des Geschäftsbereichs CI auf die A 4

GmbH. In diesem Schreiben heißt es ua.:

„...“

die A-G AG plant, den Geschäftsbereich C I (CI) mit Wirkung zum 1. November 2004 auf die A GmbH zu übertragen.

Für die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter, die dem Geschäftsbereich CI zugeordnet sind, führt diese Übertragung zu einem automatischen Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse. Dies ist in § 613 a BGB geregelt, dessen Bestimmungen auf den Übergang zwingend anwendbar sind. § 613 a Absatz 5 BGB sieht eine schriftliche Information des von einem solchen Übergang betroffenen Arbeitnehmers vor, der nach § 613 a Absatz 6 BGB dem Übergang auch widersprechen kann.

Diese Bestimmungen lauten:

„Der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber hat die von einem Übergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang in Textform zu unterrichten über:

1. den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs,
2. den Grund für den Übergang,
3. die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und
4. die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen.

Der Arbeitnehmer kann dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach Absatz 5 schriftlich widersprechen. Der Widerspruch kann gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber oder dem neuen Inhaber erklärt werden.’

Ihr Arbeitsverhältnis ist dem Geschäftsbereich CI zugeordnet und würde deshalb mit dem 1. November 2004 auf A GmbH übergehen.

...

1. Zum geplanten Zeitpunkt des Übergangs:

Das Datum des geplanten Übergangs ist der 1. November 2004.

2. Zum Grund für den Übergang:

Grund des Übergangs ist die rechtliche Verselbständigung des Geschäftsbereichs CI in der A GmbH und deren anschließende Veräußerung an N GmbH.

A GmbH mit Sitz in L umfasst das gesamte bisherige CI-Geschäft der A-G AG, also die Geschäftsfelder Film, Finishing und Laborgeräte. A GmbH übernimmt das Vermögen von CI. Hierzu gehören insbesondere Produktionsanlagen, Markenzeichen, Patente und technologisches Know-how, Vorräte und Forderungen.

...

Das Unternehmen wird mit einem guten Eigenkapital ausgestattet und verfügt über hohe Liquidität, um unerwartet auftretende Risiken bewältigen, in neue Geschäfte investieren und Marktchancen besser nutzen zu können.

3. Zu den rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer:

Mit dem Übergang des Geschäftsbereichs CI tritt A GmbH in die bestehenden, unveränderten Arbeitsverhältnisse ein. Zur Klärung und Regelung der Einzelheiten haben A-G AG, A GmbH, Gesamtbetriebsrat der A-G AG sowie die örtlichen Betriebsräte am 24. September 2004 eine Überleitungsvereinbarung ‚zur Klärung der rechtlichen Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse betroffener Arbeitnehmer, auf die kollektiv-rechtlichen Regelungen sowie auf die betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen‘ abgeschlossen, die davon geprägt ist, so weit wie möglich Kontinuität zu wahren:

- Die bei der A-G AG verbrachten und/ oder von ihr anerkannten Dienstjahre werden als Dienstzeit bei A GmbH anerkannt.
- Die Zugehörigkeit zu den Arbeitgeberverbänden der Chemischen Industrie wird auch bei A GmbH bestehen, d.h. es bleibt bei den Chemie-Tarifen.

...

5. Zu Ihrer persönlichen Situation:

Ihr Arbeitsverhältnis wird nach unserer Planung von dem geplanten Personalabbau gemäß Ziffer 4 betroffen sein. Die Zustimmung des Betriebsrats zu Ihrer Aufnahme in die Namensliste liegt derzeit noch nicht vor. Insofern sind Verhandlungen mit dem Betriebsrat noch nicht abgeschlossen. Sie müssen jedoch damit rechnen, nach Abschluss dieser Verhandlungen mit oder ohne Ihre Aufnahme in die Namensliste der zur Kündigung vorgesehenen

Mitarbeiter eine Kündigung zu erhalten.

Zur Milderung wirtschaftlicher Nachteile stehen Ihnen dann die in unserem Sozialplan vorgesehenen Leistungen zu.

Die geplante Kündigung wirkt sich auf den Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses nicht aus.

Ihr Arbeitsverhältnis geht trotzdem über und Sie sind verpflichtet, Ihre Tätigkeit bei A GmbH fortzuführen. Die nachfolgend dargestellten Konsequenzen eines eventuellen Widerspruchs treffen auch in Ihrem Falle zu.

6. Zum Widerspruchsrecht:

Sie haben das Recht, dem Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH binnen einer Frist von einem Monat ab Zugang dieses Schreibens schriftlich zu widersprechen. Die Erklärung kann nicht einseitig zurückgenommen oder widerrufen werden. Sie kann auch nicht an eventuelle Bedingungen geknüpft werden.

Sollten Sie dem Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses widersprechen wollen, müsste das schriftlich mit einer von Ihnen unterschriebenen Erklärung innerhalb dieser Frist erfolgen. Eventuelle Widerspruchschriften richten Sie bitte ausschließlich an:

...

7. Zu den Folgen eines Widerspruchs:

Im Falle eines fristgerechten Widerspruchs bleibt Ihr Arbeitsverhältnis bei der A-G AG und geht nicht auf die A GmbH über.

Da nach dem Übergang des vollständigen Geschäftsbereichs CI auf A GmbH Ihr bisheriger Arbeitsplatz bei A-G AG nicht mehr vorhanden sein wird und eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nicht besteht, müssen Sie daher im Falle der Ausübung Ihres Widerspruchsrechts mit der Kündigung Ihres Arbeitsverhältnisses durch A-G AG rechnen.

Wir weisen Sie ausdrücklich darauf hin, dass nach der eindeutigen Regelung in der mit dem Gesamtbetriebsrat der A-G AG und den örtlichen Betriebsräten vereinbarten Überleitungsvereinbarung in diesem Fall kein Anspruch auf eine Abfindung besteht, weder gegenüber der A-G AG, noch gegenüber A GmbH. Im Falle eines Widerspruchs müssen Sie deshalb damit rechnen, Ihren Arbeitsplatz ohne

jede finanzielle Leistung zu verlieren. Außerdem sind bei einer eventuellen Arbeitslosigkeit nach einem Widerspruch Ihre Ansprüche auf Leistungen der Agentur für Arbeit in Frage gestellt.

Wir empfehlen Ihnen daher dringend, von einem Widerspruch abzusehen.

...“

Mit Wirkung zum 1. November 2004 wurde der Geschäftsbereich CI 5
ausgliedert und auf die neu gegründete A GmbH übertragen. Der Kläger
widersprach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zunächst nicht und
erbrachte seine Arbeitsleistung bei der A GmbH.

Die A GmbH kündigte dem Kläger mit Schreiben vom 17. November 6
2004 „aus dringend betrieblichen Erfordernissen“ zum 30. Juni 2005. Gegen
diese Kündigung erhob der Kläger keine Kündigungsschutzklage.

Mit Schreiben vom 29. November 2004 teilte die A GmbH dem Kläger 7
ua. mit:

”...“

gemäß Kündigung endet Ihr Arbeitsverhältnis mit der
A GmbH aus dringenden betrieblichen Gründen am
30.06.2005. In diesem Zusammenhang halten wir
folgendes fest:

...

2. Zum Ausgleich der durch die von uns ausgesprochenen Kündigung des Arbeitsverhältnisses entstehenden Nachteile erhalten Sie eine Abfindung.

...

von brutto insgesamt 194.550,74 €

...

7. Mit Erfüllung dieses Vertrages sind sämtliche Ansprüche des Mitarbeiters aus dem Arbeitsverhältnis und seiner Beendigung abgegolten (Ausnahmen: LEK/VUEK/Bonus, evtl. gewährtes Arbeitgeberdarlehn, evtl. Entgeltüberzahlung aus der Entgeltabrechnung).

...

Bitte bestätigen Sie auf beigefügter Zweitschrift, dass Sie

den Inhalt des Schreibens zur Kenntnis genommen haben.

...“

Im Mai 2005 stellte die A GmbH Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, welches am 1. August 2005 eröffnet wurde. 8

Mit Schreiben vom 14. Juni 2005 widersprach der Kläger gegenüber der Beklagten dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH wegen der Unvollständigkeit und Fehlerhaftigkeit der Unterrichtung über den Betriebsübergang. 9

Nachdem die A GmbH dem Kläger mit Schreiben vom 24. Juni 2005 mitgeteilt hatte, dass sie aufgrund des erklärten Widerspruchs das Arbeitsverhältnis mit ihr zum 15. Juni 2005 als beendet ansehe, bot der Kläger mit Schreiben vom 25. Juni 2005 der Beklagten seine Arbeitskraft an. Mit Antwortschreiben vom 29. Juli 2005 ließ der Kläger dann gegenüber der Beklagten Zahlungsansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend machen. 10

Der Kläger meint, er habe dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH noch im Juni 2005 wirksam widersprechen können, weil er bis dahin nicht ordnungsgemäß iSd. § 613a Abs. 5 BGB über den Betriebsübergang unterrichtet worden sei. So rügt er insbesondere eine falsche Information über die wirtschaftliche Situation der Betriebserwerberin und über die Haftungsverteilung zwischen der Beklagten und der A GmbH. 11

Der Kläger hat zuletzt beantragt festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Anstellungsverhältnis besteht. 12

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. 13

Sie beruft sich darauf, ihr Informationsschreiben vom 22. Oktober 2004 habe den Erfordernissen des § 613a Abs. 5 BGB genügt. Der Widerspruch des Klägers sei verspätet, da er nicht innerhalb der einmonatigen Widerspruchsfrist nach Zugang des Unterrichtungsschreibens (§ 613a Abs. 6 Satz 1 BGB) er- 14

hoben worden sei. Zumindest sei das Widerspruchsrecht des Klägers jedoch verwirkt.

Das Arbeitsgericht hat die Feststellungsklage und die auf Zahlung von Vergütung gerichtete Leistungsklage bis auf einen Teilbetrag in Höhe von 1.867,33 Euro brutto nebst Zinsen abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht der Klage auf Feststellung des Bestehens des Anstellungsverhältnisses zwischen den Parteien und auf Zahlung von Arbeitsentgelt für den Zeitraum 1. Juli 2005 bis 30. November 2006 sowie auf Zahlung der Sondervergütung für 2005 durch Teilurteil stattgegeben und die Revision zugelassen. Mit dieser verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, während der Kläger nach Rücknahme seiner Zahlungsklage die Zurückweisung der Revision beantragt.

15

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Feststellungsklage zu Unrecht stattgegeben.

16

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

17

Das Schreiben der Beklagten vom 22. Oktober 2004, mit dem sie den Kläger über den Betriebsteilübergang unterrichtet habe, genüge nicht den Anforderungen des § 613a BGB. So gebe der Hinweis auf den „Übergang des Arbeitsverhältnisses“ lediglich die in § 613a BGB getroffene Regelung wieder und erschöpfe sich letztlich in der Wiederholung des gesetzlich vorgegebenen Begriffs „Übergang“. Außerdem fehle es an der Darstellung der haftungsrechtlichen Folgen des Betriebsteilübergangs. Letztlich enthalte das Unterrichtsschreiben auch keine Informationen zu den kündigungsrechtlichen Folgen des Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 4 BGB. Wegen der fehlerhaften Unterrichtung des Klägers habe für diesen die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht zu laufen begonnen. Dessen Widerspruchs-

18

recht sei auch nicht verwirkt. Es fehle bereits am Vorliegen des für die Annahme einer Verwirkung erforderlichen Zeitmoments. Dieses habe frühestens ab Kenntnis des Klägers von der Unvollständigkeit der Unterrichtung zu laufen begonnen, dh. mit dessen Kenntnis vom Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der A GmbH. Da der Kläger bereits mit Schreiben vom 14. Juni 2005 den Widerspruch erklärt habe, sei der Zeitraum zwischen der - möglichen - Kenntnisnahme vom Bestehen eines Widerspruchsrechts und dessen Ausübung durch den Kläger nicht ausreichend, um von einer Erfüllung des Zeitmoments auszugehen. Selbst wenn man eine solche Annahme, fehlte es für eine Verwirkung am Vorliegen des Umstandsmoments. Allein die tatsächliche Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit der A GmbH reiche dafür nicht aus. Durch die Nichterhebung einer Klage gegen die von der A GmbH am 17. November 2004 ausgesprochene ordentliche Kündigung habe der Kläger ebenfalls kein im Rahmen der Verwirkung zu berücksichtigendes Umstandsmoment gesetzt, weil der Beklagten die Nichterhebung einer Kündigungsschutzklage zunächst nicht bekannt gewesen sei. Selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, hätte sie sich wegen der falschen Unterrichtung nicht darauf verlassen dürfen, der Kläger werde sein Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben. Ein solches Vertrauen der Beklagten sei wegen ihres pflichtwidrigen Verhaltens im Zusammenhang mit der Unterrichtung des Klägers über den Betriebsübergang nicht schutzwürdig.

B. Die Revision der Beklagten ist begründet. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 19

I. Die Klage auf Feststellung, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten über den 1. November 2004 hinaus ein Arbeitsverhältnis besteht, ist zulässig. 20

Der Bestand eines Arbeitsverhältnisses ist ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis iSd. § 256 Abs. 1 ZPO. Das nach dieser Norm erforderliche Interesse an alsbaldiger Feststellung ist gegeben. Das Feststellungsinteresse ist eine Sachurteilsvoraussetzung und als solche in jeder Lage des Verfahrens, auch noch in der Revisionsinstanz, von Amts wegen zu prüfen. Maßgebender 21

Zeitpunkt für das Bestehen des Feststellungsinteresses ist der Schluss der Revisionsverhandlung.

Da die Beklagte bestreitet, über den 1. November 2004 hinaus Arbeitgeberin des Klägers gewesen zu sein, ist ein Feststellungsurteil über den Bestand des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien geeignet klarzustellen, wer die Verpflichtungen aus diesem Arbeitsverhältnis künftig zu erfüllen hat. 22

II. Die Feststellungsklage ist nicht begründet. 23

Zwischen den Parteien hat über den 1. November 2004, den Zeitpunkt des Übergangs des Geschäftsbereichs CI auf die A GmbH im Wege eines Betriebsteilübergangs (§ 613a BGB), kein Arbeitsverhältnis mehr bestanden. Der Kläger hat dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH nicht wirksam widersprochen. 24

1. Die Unterrichtung des Klägers durch die Beklagte mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 über den am 1. November 2004 erfolgenden Betriebsteilübergang entsprach nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB (vgl. Senat 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106 und 12. November 2009 - 8 AZR 530/07 - NJW 2010, 1302 zu im Wesentlichen gleich gelagerten Unterrichtungen). Daher war dessen Widerspruch nicht verspätet, weil die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht mit Zugang der Unterrichtung zu laufen begonnen hatte (st. Rspr., vgl. Senat 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - aaO und 12. November 2009 - 8 AZR 530/07 - aaO). 25

2. Der Kläger hatte sein Widerspruchsrecht jedoch verwirkt. 26

Der Begründung des Landesarbeitsgerichts, mit welcher dieses eine Verwirkung des Widerspruchsrechts verneint hat, folgt der Senat nicht. 27

a) 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 be- 28

freien, wenn dessen Gläubiger längere Zeit seine Rechte nicht geltend gemacht hat (*Zeitmoment*). Der Berechtigte muss vielmehr unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erweckten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, 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.

b) 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 Verwirkungsgrundsätze 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*). 29

c) Angesichts der gesetzlichen Regelung kann hinsichtlich des Zeitmoments jedoch 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. Dabei ist, wie der Senat bereits zur Verwirkung der Geltendmachung eines Betriebsübergangs (*27. Januar 2000 - 8 AZR 106/99 -*) ausgeführt hat, davon auszugehen, dass bei schwierigen Sachverhalten die Rechte des Arbeitnehmers erst nach längerer Untätigkeit verwirken können. Zutreffend ist es weiterhin auch, 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 Anspruchs- 30

gegner unzumutbar machen, sind, desto schneller kann ein Anspruch verwirken. Es müssen 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 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347*).

d) Dass der Kläger sich gegen die ihm von der A GmbH am 17. November 2004 ausgesprochene Kündigung nicht zur Wehr gesetzt hat, hat im Streitfalle zur Verwirkung seines Widerspruchsrechts geführt. 31

aa) Zwischen der Unterrichtung des Klägers mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 über den bevorstehenden Betriebsteilübergang und seinem Widerspruch mit Schreiben vom 14. Juni 2005 liegt ein Zeitraum von über 7 Monaten. Damit ist das Zeitmoment insbesondere auch deshalb erfüllt, weil der Kläger ein besonders gewichtiges Umstandsmoment gesetzt hat. So durfte die A GmbH nämlich annehmen, der Kläger habe keine Einwände gegen die von ihr im Schreiben vom 29. November 2004 genannten Bedingungen zur Beendigung seines Arbeitsverhältnisses (*vgl. unten B II 1 d cc*). 32

bb) Die Voraussetzungen für das Umstandsmoment liegen vor. 33

Die Beurteilung der Frage, ob ein Recht verwirkt ist, unterliegt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts grundsätzlich den Tatsachengerichten, die den ihnen zur Begründung des Verwirkungseinwandes vorgebrachten Sachverhalt eigenverantwortlich zu würdigen haben. Allerdings unterliegt der revisionsrechtlichen Überprüfung, ob das Gericht der Tatsacheninstanz alle erheblichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat und die Bewertung dieser Gesichtspunkte von den getroffenen tatsächlichen Feststellungen getragen wird (*17. Januar 2007 - 7 AZR 23/06 -*). Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts ist in seiner Entscheidung vom 20. Mai 1988 (*- 2 AZR 711/87 - AP BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 5 = EzA BGB § 242 Prozessverwirkung Nr. 1*) darüber hinausgegangen und hat festgestellt, dass die Rechtsfrage, ob die verspätete gerichtliche Geltendmachung der Unwirksamkeit einer 34

Kündigung das für eine Verwirkung erforderliche Zeitmoment erfüllt, freier revisionsgerichtlicher Überprüfung unterliegt. In dieser Entscheidung hat der Zweite Senat auch bei der Prüfung, ob das Umstandsmoment vorliegt, die Entscheidung des Berufungsgerichts einer uneingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung unterzogen.

Letztlich braucht der Umfang der revisionsrechtlichen Überprüfbarkeit der Tatsachenwürdigung des Landesarbeitsgerichts im Streitfalle jedoch nicht abschließend entschieden zu werden, weil diesem ein Rechtsfehler unterlaufen ist. Es hat das Vorliegen des Umstandsmoments ua. auch mit der Begründung verneint, die Nichterhebung der Kündigungsschutzklage durch den Kläger sei der Beklagten „zunächst“ nicht bekannt gewesen und außerdem sei ihr Vertrauen wegen der nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung des Klägers iSd. § 613a Abs. 5 BGB nicht schutzwürdig. 35

cc) Zutreffend nimmt das Landesarbeitsgericht zunächst an, dass allein die widerspruchslose Weiterarbeit des Klägers bei der Betriebserwerberin noch keinen Umstand für die Annahme einer Verwirkung des Widerspruchsrechts des nicht ordnungsgemäß nach § 613a Abs. 5 BGB unterrichteten Klägers begründet hat (*vgl. Senat 2. April 2009 - 8 AZR 318/07 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 8*). 36

Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts stellt es aber einen ausschlaggebenden Umstand für die Annahme der Verwirkung des Widerspruchsrechts dar, dass der Kläger die von der A GmbH am 17. November 2004 ausgesprochene Kündigung widerspruchslos hingenommen hatte. Als ein Umstand, der das Vertrauen des bisherigen Arbeitgebers in die Nichtausübung des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB rechtfertigen kann, ist es anzusehen, wenn der Arbeitnehmer über die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses dadurch disponiert hat, dass er einen Aufhebungsvertrag mit dem Betriebserwerber geschlossen oder - so wie der Kläger - eine von diesem nach dem Betriebsübergang erklärte Kündigung hingenommen hat (*vgl. Senat 20. März 2008 - 8 AZR 1016/06 - NZA 2008, 1354; 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347 und 27. November 2008 - 8 AZR 225/07 -*). 37

Hinzu kommt im Streitfalle, dass die A GmbH im Zusammenhang mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit Schreiben vom 29. November 2004 dem Kläger einen konkreten Vorschlag unterbreitet hatte, welche Gegenleistungen sie ihm als Ausgleich für den Verlust des Arbeitsplatzes gewähren wolle und was sie dafür vom Kläger erwarte. Sie hat dieses Schreiben selbst als „Vertrag“ betrachtet, wie sich aus dessen Ziff. 7 ergibt. Dort heißt es: „Mit Erfüllung dieses Vertrages sind sämtliche Ansprüche des Mitarbeiters aus dem Arbeitsverhältnis und seiner Beendigung abgegolten ...“ Aus Sicht der A GmbH musste bis zum Zeitpunkt der Erklärung des Widerspruchs aus dem Gesamtverhalten des Klägers - Nichterhebung einer Kündigungsschutzklage, verbunden mit der widerspruchslosen Entgegennahme der als „Vertrag“ bezeichneten Angebote im Schreiben der A GmbH - der Eindruck entstehen, dieser sei mit den von ihr vorgeschlagenen „Modalitäten“ der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zum 30. Juni 2005 einverstanden.

dd) Die Annahme der Verwirkung des Widerspruchsrechts ist nicht ausgeschlossen, wenn nur der A GmbH, nicht aber der Beklagten 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 auf Verwirkungsumstände berufen könnte, diese auch der Betriebsveräußerer als früherer Arbeitgeber für sich in Anspruch nehmen kann.

38

Die Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB trifft als Gesamtschuldner sowohl den bisherigen Arbeitgeber als auch den neuen Inhaber. 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 neuen Arbeitgeber als Einheit sieht, legt dies nahe,

39

Betriebsveräußerer und Betriebserwerber auch hinsichtlich des Informationsstands zum Arbeitnehmerverhalten einheitlich zu begreifen. Auch Art. 3 Abs. 2 der RL 2001/23/EG fingiert einen gleichen Informationsstand von Veräußerer und Erwerber über die Rechte und Pflichten der übergebenen 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“ subjektiv 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 können sich wechselseitig auf die Kenntnis des anderen vom Arbeitnehmerverhalten berufen, eine nachgewiesene subjektive 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 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106 und 12. November 2009 - 8 AZR 530/07 - NJW 2010, 1302*).

ee) Unzutreffend ist auch die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe sich wegen der nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung des Klägers über den Betriebsteilübergang nicht darauf verlassen dürfen, er werde sein Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben. Würde man dieser Überlegung des Landesarbeitsgerichts folgen, führte das zu einem widersinnigen Ergebnis. Einerseits behielte der Arbeitnehmer 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 nicht verwirken, weil der Arbeitnehmer nicht entsprechend den Vorgaben des § 613a Abs. 5 BGB unterrichtet worden war. Dies hätte zur Folge, dass - entgegen der Rechtsprechung - die Verwirkung des

40

Rechts zum Widerspruch im Falle einer fehlerhaften Unterrichtung durch den alten Arbeitgeber idR nicht eintreten könnte. Dies widerspräche dem Grundsatz, dass jedes Recht verwirken kann.

ff) Im Streitfalle liegen auch keine besonderen Umstände vor, welche dazu führen, dass das Widerspruchsrecht des Klägers nicht verwirkt ist. 41

Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass sich die A GmbH mit Schreiben vom 24. Juni 2005 gegenüber dem Kläger auf den Standpunkt gestellt hatte, aufgrund dessen Widerspruchs vom 14. Juni 2005 gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses von der Beklagten auf die A GmbH, sei das mit ihr bestehende Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum 15. Juni 2005 beendet. 42

Gegen diese vom Landesarbeitsgericht getroffene Feststellung hat die Beklagte keine Verfahrensrüge erhoben, so dass die Feststellung für den Senat bindend ist. 43

Durch diese Erklärung hat die A GmbH zu erkennen gegeben, dass sie den Widerspruch des Klägers vom 14. Juni 2005 als wirksam betrachte und deshalb aufgrund des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten von einer Beendigung des mit ihr bestehenden Arbeitsverhältnisses ausgehe. Diese Erklärung wirkt allerdings nicht zu Lasten der Beklagten. Wegen der Verwirkung des Widerspruchsrechts des Klägers blieb es beim Übergang seines Arbeitsverhältnisses von der Beklagten auf die A GmbH ab dem 1. November 2004. Etwaige Erklärungen, welche die Betriebserwerberin gegenüber dem Kläger nach Ausübung des Widerspruchs abgegeben hat, entfalten gegenüber der Beklagten keine Wirkungen mehr. Sie würden ansonsten zu Lasten eines Dritten, nämlich der Beklagten, abgegeben. Solche Erklärungen zu Lasten Dritter sind jedoch ebenso wie Verträge zu Lasten Dritter unwirksam. 44

Aus diesem Grunde kann die Beklagte mit Erfolg geltend machen, zum Zeitpunkt der Ausübung des Widerspruchsrechts des Klägers mit Schreiben vom 14. Juni 2005 sei dieses verwirkt gewesen. 45

C. Wegen des Erfordernisses der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung 46
war diese der Schlussscheidung vorzubehalten.

Hauck

Böck

Breinlinger

F. Avenarius

Pauli