

BUNDEARBEITSGERICHT



8 AZR 870/07
7 (9) Sa 1096/06
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Der Tenor des Urteils wurde
durch Beschluss vom 1. Juni 2010
- 8 AZR 870/07 - berichtigt.

Erfurt, 2. Juni 2010
Krebstekies, Amtsrätin

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. Januar 2010

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen
Verhandlung vom 21. Januar 2010 durch den Vorsitzenden Richter am

Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Burr und Schulz für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Teil-Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 19. September 2007 - 7 (9) Sa 1096/06 - aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Solingen vom 9. Juni 2006 - 3 Ca 181/06 lev - wird insoweit zurückgewiesen, als das Arbeitsgericht die Klage im Antrag zu 1. abgewiesen hat.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Frage, ob zwischen ihnen ab dem 1. November 2004 weiterhin ein Arbeitsverhältnis besteht. 1

Der Kläger war seit dem 1. April 1974 bei der Beklagten im Geschäftsbereich C I (CI) beschäftigt, sein letztes Bruttomonatsgehalt betrug 2.900,00 Euro. 2

Die früher als A-G AG firmierende Beklagte befasste sich schon seit Jahren mit Effektivierung, Rationalisierung, Personalabbau und Betriebsänderungen. Für den Geschäftsbereich CI wurden dabei zwei Umstrukturierungsmaßnahmen in Angriff genommen: zum einen ein Personalabbau, der die Schwellenwerte für eine Betriebsänderung nach den §§ 111 ff. BetrVG überschreiten sollte, zum anderen die Übertragung des Geschäftsbereichs CI auf die Tochterfirma A GmbH. Das Arbeitsverhältnis des Klägers war von beiden Maßnahmen betroffen. 3

Über den bevorstehenden Betriebsteilübergang informierte die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 22. Oktober 2004, in dem es ua. heißt: 4

„...“

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.

...

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.

...

4. Zu den hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen:

Der Geschäftsbereich CI muss unabhängig von dem Übergang seine Strukturen den Entwicklungen des Marktes anpassen und damit Kosten signifikant reduzieren. Daneben müssen möglichst viele unabhängig von Verkauf und Produktion anfallende fixe Kosten zu solchen Kosten variabilisiert werden, die immer nur dann anfallen, wenn die entsprechende Leistung gebraucht wird. Dazu gehört auch Outsourcing von Aktivitäten, die nicht zwingend selbst und mit eigenem Personal durchgeführt werden müssen.

Mit dem im vergangenen Jahr eingeführten ‚C I Programm für Profitabilität‘ (CIPP) ist es gelungen, das Ergebnis trotz des massiven Umsatzrückgangs nicht weiter zu verschlechtern. Aber es ist weiterhin stark negativ und die Umsatzentwicklung ist deutlich schwächer als geplant.

Die Unternehmensleitung hat daher dem Wirtschaftsausschuss eine ‚CIPP2‘-Planung vorgestellt, die einen weiteren Personalabbau beinhaltet. Mit Nachdruck hat sie darauf hingewiesen, dass dieser vollkommen unabhängig davon ist, dass CI zum geplanten Datum des Übergangs am 1. November 2004 zur eigenständigen Firma A GmbH werden wird. Denn diese Maßnahmen müssten ohne den Übergang auch von A-G AG durchgeführt werden.

Diese Planungen sind Gegenstand der Verhandlungen mit den örtlichen Betriebsräten und gehen davon aus, dass ca. 125 Arbeitsplätze in Deutschland im Wege des Outsourcing ausgegliedert werden können. Dies betrifft: Logistik (L, M), GICS (L), Rechnungswesen (L), Personalwesen (L).

Der Personalabbau mit den Schwerpunkten PPH und sonstige Bereiche L/K umfasst weitere ca. 210 Stellen in Deutschland:

- PPH (vor allem L, daneben auch V, W, M) ca. 120 Stellen,
- Laborgeräte (M/P) und Optikzentrum (P) ca. 25 Stellen,
- Einkauf (L/M), Logistik (L), SCM (L), Marketing/Sales (L/K) sowie weitere Bereiche der Verwaltung, insgesamt ca. 65 Stellen.

Die auf örtlicher Ebene geführten Verhandlungen über Interessenausgleich und Sozialplan sollen eine Identifizierung der von Kündigung Betroffenen durch entsprechende Namenslisten beinhalten.

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 Arbeits-

verhältnis 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 Widerspruchsschreiben 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 jedoch 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
ausgegliedert und auf die neu gegründete A GmbH übertragen. Der Kläger
widersprach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH zu-
nächst nicht.

Mit Schreiben vom 1. Dezember 2004 sagte die A GmbH dem Kläger 6
zum Ausgleich der durch die bevorstehende Kündigung entstehenden Nachteile
eine Abfindung in der Gesamthöhe von 118.636,68 Euro brutto zu. Diese auch
als „Vorruhestandszusage“ bezeichnete Leistung sollte sich aus monatlichen
Leistungen in der Zeit vom 1. Juli 2005 bis 30. Juni 2010 iHv. jeweils
1.606,93 Euro brutto und in der Zeit vom 1. Juli 2010 bis 30. Juni 2012 iHv.
monatlich 925,87 Euro brutto zusammensetzen. Sodann sprach die A GmbH
unter dem 3. Dezember 2004 dem Kläger aus dringenden betrieblichen Er-
fordernissen eine ordentliche Kündigung zum 30. Juni 2005 aus. Dagegen
erhob der Kläger keine Kündigungsschutzklage.

Am 20. Mai 2005 wurde für die A GmbH der Antrag auf Eröffnung des 7
Insolvenzverfahrens gestellt, welches am 1. August 2005 eröffnet wurde. Der
Kläger, der ab dem 10. Juni 2005 Arbeitslosengeld bezogen hatte, widersprach
unter dem 16. August 2005 gegenüber der Beklagten mit Formschreiben dem
Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH. Zugleich machte er
gegenüber der Beklagten seine Ansprüche aus der „Vorruhestandszusage“
geltend.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, infolge der fehlerhaften Unter- 8
richtung durch die Beklagte habe die Frist für den Widerspruch gegen den
Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht zu laufen begonnen. Für eine
Verwirkung des Widerspruchsrechts habe er weder das Zeit- noch das Um-
standsmoment verwirklicht. Von der Erhebung einer Kündigungsschutzklage
habe er wegen der bereits mit der Beklagten getroffenen Abfindungsverein-
barung abgesehen. Ihm sei ausdrücklich mitgeteilt worden, dass er die
Leistungen der Abwicklungsvereinbarung nur bekomme, wenn er gegen eine
betriebsbedingte Kündigung nicht vorgehe.

Soweit für die Revision von Bedeutung hat der Kläger beantragt 9
festzustellen, dass zwischen den Parteien ein An-
stellungsverhältnis besteht.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrages aus- 10
geführt, dass sie ihre mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 erteilten
Informationen als dem Gesetz genügend hält. Jedenfalls sei im August 2005
das Widerspruchsrecht des Klägers verwirkt gewesen. Der Kläger habe den
Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH akzeptiert und die von
dieser ausgesprochene Kündigung nicht angegriffen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des 11
Klägers hat das Landesarbeitsgericht durch Teilurteil erkannt, dass zwischen
den Parteien ein Anstellungsverhältnis besteht. Mit der zugelassenen Revision
verfolgt die Beklagte insoweit die Wiederherstellung des erstinstanzlichen
Urteils.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Im August 2005 konnte der 12
Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH nicht mehr
wirksam widersprechen, da er das Widerspruchsrecht verwirkt hatte.

A. Das Landesarbeitsgericht hat sein Urteil im Wesentlichen wie folgt 13
begründet:

Der Widerspruch des Klägers gegen den Übergang seines Arbeits- 14
verhältnisses sei nicht nach Ablauf der Monatsfrist des § 613a Abs. 6 BGB
erfolgt. Vielmehr sei infolge fehlerhafter Unterrichtung durch die Beklagte zum
Betriebsteilübergang diese Frist noch nicht angelaufen. Der Kläger habe sein
Widerspruchsrecht auch nicht verwirkt. Das für die Verwirkung erforderliche
Zeitmoment setze erst dann ein, wenn der Arbeitnehmer Kenntnis davon

erlange, dass die Unterrichtung fehlerhaft gewesen sei. Das sei frühestens mit der Beantragung eines Insolvenzverfahrens für die A GmbH anzunehmen. Keine drei Monate später habe der Kläger jedoch den Widerspruch erklärt, sodass bereits das Zeitmoment der Verwirkung nicht erfüllt sei. Jedenfalls sei das weiter erforderliche Umstandsmoment ebenfalls nicht gegeben. Dass der Kläger gegen die seitens der A GmbH ausgesprochene Kündigung keine Kündigungsschutzklage erhoben habe, sei für die Ausübung des Widerspruchsrechts ohne Erklärungswert. Zudem sei die unterbliebene Kündigungsschutzklage der Beklagten gar nicht bekannt geworden. Da der Kläger sein Widerspruchsrecht auch ansonsten nicht rechtsmissbräuchlich ausgeübt habe, bestehe ein Anstellungsverhältnis zwischen ihm und der Beklagten. Dem stehe die durch die A GmbH ausgesprochene Kündigung nicht entgegen, da sie aufgrund der ex-tunc-Wirkung des Widerspruchs ins Leere gegangen sei.

B. Dem folgt der Senat nicht. Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerhaft verkannt, dass bei Erklärung des Widerspruchs gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses am 16. August 2005 der Kläger sein Widerspruchsrecht verwirkt hatte. 15

I. 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. Dies hat der Senat bereits mehrfach zu gleichen oder im Wesentlichen gleich gelagerten Unterrichtungen entschieden (*20. März 2008 - 8 AZR 1016/06 - NZA 2008, 1354; 27. November 2008 - 8 AZR 188/07 -*). Sie setzt die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB für die betroffenen Arbeitnehmer nicht in Lauf. Der Widerspruch des Klägers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses war daher nicht verspätet (*BAG 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106*). 16

II. Der Ausübung des Widerspruchsrechts steht nicht entgegen, dass im Zeitpunkt der Erklärung des Widerspruchs am 16. August 2005 das Arbeitsverhältnis des Klägers zur A GmbH bereits beendet war (*BAG 20. März 2008* 17

- 8 AZR 1016/06 - NZA 2008, 1354). Diese hatte unter dem 3. Dezember 2004 das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger nach dem Betriebsübergang aus dringenden betrieblichen Gründen zum 30. Juni 2005 gekündigt, der Kläger hatte dagegen keine Kündigungsschutzklage erhoben.

Dem kann der Wortlaut des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht entgegen gehalten werden, nach dem nur ein „Arbeitnehmer“ dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechen kann. Die Frist für die Ausübung des Widerspruchsrechts ist an den Zugang der Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB gebunden, nach dem alle „von dem Übergang betroffenen Arbeitnehmer“ zu unterrichten sind, also alle zum Zeitpunkt des geplanten Betriebsübergangs noch in einem Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Betriebsinhaber stehenden Arbeitnehmer, die dem übergehenden Betrieb oder Betriebsteil zuzuordnen sind. Mit anderen Worten: alle mit ihrem Arbeitsverhältnis vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer haben das Recht, der Rechtsfolge des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zu widersprechen. Dieses Recht entfällt grundsätzlich nicht, wenn das Arbeitsverhältnis nach dem Betriebsübergang beendet wird. Insoweit besteht die Gestaltungs- und Verfügungsbefugnis zur Ausübung des Widerspruchsrechts nachvertraglich fort (aA *Rieble NZA 2004, 1, 6 f.; Willemsen FS Küttner S. 417, 432*).

18

Die Arbeitgeberwahlfreiheit hat Bedeutung nicht nur für die tatsächliche Beschäftigung, die nicht mehr rückgängig zu machen ist, sondern auch dafür, wer in dem vertraglichen Austauschverhältnis die Gegenleistung zu erbringen hat, wer für noch offene Zahlungsansprüche haftet und wem gegenüber ggf. nachvertragliche Pflichten bestehen. Daher wirkt der Widerspruch gerade nicht nur für die Zukunft, sondern zurück auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs (*BAG 20. März 2008 - 8 AZR 1016/06 - Rn. 37, 38, NZA 2008, 1354; 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - Rn. 41 mwN, BAGE 119, 91 = AP BGB § 613a Nr. 312 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 56*).

19

III. Der Kläger hat sein Widerspruchsrecht jedoch verwirkt.

20

1. Der Senat hat mehrmals entschieden, dass das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers grundsätzlich verwirken kann (*vgl. zB 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347*). 21

2. 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. 22

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 (*Senat 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - mwN, BAGE 121, 289 = AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 64*). 23

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 24

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, 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 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*).

3. Die Voraussetzungen für eine Verwirkung liegen vor. 25
- a) 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 (*so zB BAG 17. Januar 2007 - 7 AZR 23/06 -*). Vom Revisionsgericht ist das Berufungsurteil aber darauf zu überprüfen, ob das Tatsachengericht die von der Rechtsprechung entwickelten rechtlichen Voraussetzungen der Verwirkung beachtet, alle erheblichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat und 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*). Vorliegend hat das Landesarbeitsgericht die rechtlichen Voraussetzungen sowohl hinsichtlich des Zeitmoments als auch hinsichtlich des Umstandsmoments, welche zusammen zur Verwirkung des Widerspruchsrechts führen, rechtsfehlerhaft verkannt. 26
- b) Das für die Verwirkung notwendige Zeitmoment ist vorliegend verwirkt. 27

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 (*vgl. Senat 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106*). Daher 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. 28

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 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 November 2004, weil zu diesem Zeitpunkt die aus ihrer Sicht durch ihr Unterrichtungsschreiben vom 22. Oktober 2004 in Gang gesetzte gesetzliche einmonatige Widerspruchsfrist (*§ 613a Abs. 6 Satz 1 BGB*) für den Kläger ablief (*vgl. dazu grundsätzlich BAG 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 113*). 29

Der Kläger hat sein Widerspruchsrecht erst knapp zehn Monate nach dem vollzogenen Betriebsteilübergang vom 1. November 2004 ausgeübt, nämlich mit Schreiben vom 16. August 2005. 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 30

rechnen. Durch die Unterrichtung über den Betriebsübergang gibt er 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. 31
Ein Zeitraum von knapp neun Monaten nach der Unterrichtung über den Betriebsübergang und dem Ablauf der - fiktiven - gesetzlichen Widerspruchsfrist ist nach der Rechtsprechung des Senats nicht grundsätzlich ungeeignet, das Vorliegen des Zeitmoments zu bejahen (*Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347*). Jedenfalls im Streitfall muss das Zeitmoment auch deshalb als erfüllt gelten, weil der Kläger innerhalb dieses Zeitraums eine von der Betriebserwerberin ausgesprochene ordentliche Kündigung hingenommen und nicht mit einer Kündigungsschutzklage angegriffen hat.

c) Mit der Entgegennahme der Vorruhestandszusage der A GmbH vom 32
1. Dezember 2004 und nachfolgend insbesondere mit der Hinnahme der von der Betriebserwerberin ausgesprochenen Kündigung vom 3. Dezember 2004 hat der Kläger das Umstandsmoment verwirklicht.

Das Umstandsmoment ist erfüllt, wenn der Arbeitgeber davon ausgehen 33
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 (*vgl. Senat 27. November 2008 - 8 AZR 188/07 -; 21. August 2008 - 8 AZR 407/07 - AP BGB § 613a Nr. 348*). 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*).

Allein der Umstand, dass der Arbeitnehmer (*zunächst*) widerspruchslos 34
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).

Vorliegend hat der Kläger nicht nur die Kündigung der A GmbH vom 3. Dezember 2004 zum 30. Juni 2005 hingenommen, dh. keine Kündigungsschutzklage erhoben, was bereits für sich genommen die Verwirklichung des Umstandsmoments darstellt (Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347). Er hat auch zuvor die Abfindungszusage der A GmbH zur Kenntnis genommen, die zwar selbst nicht ausdrücklich als Vertrag formuliert wurde (obgleich die Bezeichnung „Vertrag“ oder „Vereinbarung“ verschiedentlich verwendet wird), die aber jedenfalls die Grundlage dafür bildete, dass er die drei Tage später ausgesprochene Kündigung unangegriffen ließ. Damit ist der Kläger ersichtlich auf ein von der Betriebserwerberin vorgeschlagenes Auflösungsmodell eingegangen, die dabei - das ist wegen des Zeitablaufs zu unterstellen, klingt in dem Unterrichtungsschreiben vom 22. Oktober 2004 schon an und ist dem Senat aus verschiedenen, teilweise ähnlich gelagerten Fällen bekannt - ihrerseits wieder auf Vorbereitungen der Beklagten selbst zurückgriff. Damit hat der Kläger gegenüber der Betriebserwerberin über den Bestand seines Arbeitsverhältnisses eine Disposition getroffen. Er hat mit der Betriebserwerberin abgesprochen, dass das Arbeitsverhältnis ab dem 1. Juli

35

2005 bis zum 30. Juni 2012 in ein von den Beteiligten so bezeichnetes „Vorruhestandsverhältnis“ überführt wird.

d) Soweit sich der Kläger darauf berufen hat, er sei von der Erhebung einer Kündigungsschutzklage abgehalten worden, sei ihm doch bedeutet worden, in diesem Falle werde eine Abfindung nicht gezahlt, steht dies der Annahme eines verwirklichten Umstandsmoments nicht entgegen. Es unterstützt vielmehr die Annahme, der Kläger habe bewusst über den Bestand seines Arbeitsverhältnisses disponieren wollen und dieses gegen ein „Vorruhestandsverhältnis“ mit einer auf nicht weniger als sieben Jahre gestreckten Abfindungszahlung austauschen wollen. Allerdings musste dem Kläger dabei auch deutlich sein, dass die Realisierung eines solchen Abfindungsanspruchs wirtschaftlichen Risiken ausgesetzt sein würde, dies insbesondere in Anbetracht der technologischen Umwälzung des Marktsektors, in dem CI tätig bleiben sollte. 36

4. 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 auf Verwirkungsumstände berufen könnte, diese auch der Betriebsveräußerer als früherer Arbeitgeber für sich in Anspruch nehmen kann. 37

Die Unterrichtungspflicht nach § 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 neuen Arbeitgeber als Einheit sieht, liegt 38

es nahe, Betriebsveräußerer und Betriebserwerber auch hinsichtlich des Informationsstands 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 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 kann. 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; 2. April 2009 - 8 AZR 220/07 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 6; so auch Gaul/Niklas DB 2009, 452*).

Hauck

Böck

Breinlinger

Burr

Schulz

BUNDEsarBEITSGERICHT



8 AZR 870/07
7 (9) Sa 1096/06
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

BESCHLUSS

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts am 1. Juni 2010 beschlossen:

Der Tenor des Urteils des Senats vom 21. Januar 2010
- 8 AZR 870/07 - wird wegen offenbarer Unrichtigkeit gem.
§ 319 ZPO dahingehend berichtigt, dass es im zweiten
Absatz richtig lautet:

„Arbeitsgerichts Solingen vom 9. August 2006“.

Hauck Böck Breinlinger