

BUNDEARBEITSGERICHT



8 AZR 872/07
7 Sa 769/07
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
22. April 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 22. April 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht 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 19. September 2007 - 7 Sa 769/07 - aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Solingen vom 20. März 2007 - 5 Ca 1277/06 lev - wird zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die Abweisung des Feststellungsantrages richtet.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil 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 dem 1. Januar 1972 bei der Beklagten im Geschäftsbereich C I (CI) beschäftigt. Zuletzt verdiente er brutto monatlich 5.634,30 Euro. 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 GmbH. In diesem Schreiben heißt es ua.: 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.

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 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 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 diese GmbH
zunächst nicht und erbrachte seine Arbeitsleistung bei der Betriebserwerberin.

Mit Schreiben vom 22. Dezember 2004 kündigte die A GmbH das 6
Arbeitsverhältnis mit dem Kläger aus betriebsbedingten Gründen zum 31. Juli
2005. Mit weiterem Schreiben ebenfalls vom 22. Dezember 2004 erhielt der
Kläger die Zusage einer Abfindung nach Transfersozialplan in Höhe von
62.122,00 Euro. Der Kläger erhob vor dem Arbeitsgericht Solingen
Kündigungsschutzklage (- 2 Ca 2810/04 lev -).

Auf Vorschlag des Gerichts einigte sich der Kläger mit der A GmbH auf 7
einen Vergleich, der vom Arbeitsgericht Solingen am 7. April 2005 nach § 278
Abs. 6 Satz 2 ZPO festgestellt wurde. Danach blieb es bei einer Abfindung in
Höhe von 62.122,00 Euro, jedoch sollte das Arbeitsverhältnis erst zum
30. November 2005 statt zum 31. Juli 2005 beendet werden.

Am 20. Mai 2005 stellte die A GmbH Antrag auf Eröffnung des In- 8
solvenzverfahrens, welches am 1. August 2005 eröffnet wurde.

Unter dem 29. Juni 2005 mahnte der Kläger bei der Beklagten an, dass 9
diese den Mitarbeitern des ehemaligen Geschäftsbereichs CI, „die nicht auf die
A GmbH übergegangen sind“ einen Bonus für das Jahr 2004 ausgezahlt habe.
Den übergegangenen Mitarbeitern habe die Beklagte im Informationsschreiben
vom 22. Oktober 2004 Gleichbehandlung zugesagt. Damit hafte die Beklagte
neben der A GmbH gesamtschuldnerisch für die Erfüllung dieser Ansprüche.
Der Kläger bat daher um Überweisung des Bonusbetrages 2004 auf sein Konto.

Am 17. Januar 2006 widersprach der Kläger dem Übergang seines 10
Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH wegen nicht ordnungsgemäßer Unter-
richtung über den Betriebsübergang.

Am 12. Juli 2006 ließ der Kläger die vorliegende Klage erheben, die zunächst nur auf die Zahlung eines Bonus für 2004 in Höhe von 832,59 Euro brutto gerichtet war. Mit Klageerweiterung vom 5. Januar 2007 beantragte der Kläger, das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien festzustellen. 11

Der Kläger meint, er habe dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH noch im Januar 2006 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 Falschinformation über die wirtschaftliche Situation der Betriebserwerberin und über die Haftungsverteilung zwischen der Beklagten und der A GmbH. 12

Der Kläger hat, soweit der Rechtsstreit in die Revisionsinstanz gelangt ist, beantragt 13
festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Anstellungsvertragsverhältnis besteht.

Zur Begründung ihres Antrags auf Klageabweisung hat sich die Beklagte darauf berufen, 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) erhoben worden sei. Zumindest sei das Widerspruchsrecht des Klägers jedoch verwirkt. 14

Das Arbeitsgericht hat nur der auf die Zahlung des Bonus 2004 gerichteten Klage stattgegeben und sie im Übrigen zurückgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht der Klage auf Feststellung des Bestandes eines Anstellungsvertragsverhältnisses zwischen den Parteien durch Teilurteil stattgegeben und die Revision zugelassen. Mit dieser verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag insoweit weiter. 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 der Arbeitsverhältnisse“ 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 Unterrichtungs-schreiben 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 Widerspruchsrecht sei auch nicht verwirkt. Es fehle bereits am Vorliegen des für die Annahme einer Verwirkung erforderlichen so genannten 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. Angesichts der schwierigen und komplexen Sach- und Rechtslage 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 ein solches an-nähme, fehle es für eine Verwirkung am Vorliegen des Umstandsmoments. Allein die tatsächliche Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit der A GmbH reiche dafür nicht aus. Dass der Kläger gegen die Kündigung der Betriebs-erwerberin eine Kündigungsschutzklage erhoben und im April 2005 mit der A GmbH einen Beendigungsvergleich abgeschlossen habe, reiche ebenfalls nicht

aus, um das Umstandsmoment zu bejahen. Der Beklagten sei nämlich der Vergleich des Klägers mit der Erwerberin nicht bekannt gewesen. Noch erstinstanzlich habe sie vorgetragen, der Kläger habe gar keine Kündigungsschutzklage erhoben. Selbst bei anderer Sachlage hätte sie sich wegen der festgestellten 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 Zeitpunkt für das Bestehen des Feststellungsinteresses ist der Schluss der Revisionsverhandlung. 21

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), hinaus ein Arbeitsverhältnis nicht mehr bestanden, weil der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH nicht wirksam widersprochen hat. 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 (*BAG 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*). Daher war dessen Widerspruch im Januar 2006 nicht verspätet, weil die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht mit Zugang der Unterrichtung zu laufen begonnen hatte (*BAG 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - aaO und 12. November 2009 - 8 AZR 530/07 - aaO, zu im Wesentlichen gleich gelagerten Unterrichtungen*). 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 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 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. 28
- 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 29

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*).

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 Anspruchsgegner 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*).

30

b) 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 vorgelegten 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 - EzAÜG AÜG § 10 Fiktion*

31

Nr. 116). 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 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 Erhebung der Kündigungsschutzklage sowie der Abschluss des Beendigungsvergleichs 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.

32

c) Das sogenannte Zeitmoment ist erfüllt. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts beginnt die Frist für das für die Verwirkung maßgebliche Zeitmoment nicht erst mit Kenntnis des Arbeitnehmers von der Fehlerhaftigkeit der Unterrichtung zu laufen (vgl. Senat 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106).

33

Vor Ablauf eines Monats nach der Unterrichtung in Textform muss der Arbeitgeber wegen der in § 613a Abs. 6 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.

34

Der Kläger hat jedoch seit dem 22. November 2004, dh. einen Monat nach der erfolgten Unterrichtung, bis zur Einlegung seines Widerspruchs am 17. Januar 2006 fast 14 Monate verstreichen lassen. Dieser Zeitraum erfüllt insbesondere deshalb das Zeitmoment, weil der Kläger durch den Abschluss des Beendigungsvergleichs ein besonders gewichtiges Umstandsmoment gesetzt hatte. 35

d) 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

e) Es entspricht der Rechtsprechung des Senats, dass ein Arbeitnehmer dadurch, dass er über sein Arbeitsverhältnis disponiert, das für die Annahme einer Verwirkung erforderliche Umstandsmoment erfüllt. Eine derartige Disposition kann in dem Abschluss eines Aufhebungsvertrags mit dem Betriebserwerber zu sehen sein (*27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106*) oder auch darin, dass der Arbeitnehmer eine vom Betriebserwerber ausgesprochene Kündigung nicht angreift (*24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347*). Vorliegend hat zwar der Kläger gegen die ihm von der A GmbH unter dem 22. Dezember 2004 ausgesprochene Kündigung zum 31. Juli 2005 Kündigungsschutzklage erhoben. Jedoch hat er den gesamten Streit über die schon von der Beklagten angekündigte betriebsbedingte Kündigung, die dann die A GmbH unter dem 22. Dezember 2004 ausgesprochen hat, durch einen Beendigungsvergleich am 7. April 2005 abgeschlossen, mit dem sich im Gegenzug die A GmbH verpflichtete, das Arbeitsverhältnis mit ihm bis zum 30. November 2005 bei unveränderter Sozialplanabfindung fortzuführen. Der Kläger hat also sein zunächst bekundetes Interesse an der Aufrechterhaltung seines Arbeitsverhältnisses im Wege des Beendigungsvergleichs aufgegeben und im Gegenzug eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses um weitere vier Monate akzeptiert. 37

3. Es ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts unerheblich, ob und gegebenenfalls ab wann die Beklagte von dem Abschluss des Beendigungsvergleichs Kenntnis hatte. 38

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

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 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 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 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 Arbeit- 40

nehmer 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 Arbeitnehmersverhalten berufen. Eine nachgewiesene subjektive Kenntnis des in Anspruch genommenen Verpflichteten von einem bestimmten Arbeitnehmersverhalten 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*).

4. Der Annahme des Umstandsmoments steht auch nicht entgegen, dass die Beklagte dem Kläger bereits in dem Unterrichtungsschreiben vom 22. Oktober 2004 mitgeteilt hatte, eine Kündigung seines Arbeitsverhältnisses sei unabhängig vom Betriebsübergang aufgrund des bereits geplanten Personalabbaus beabsichtigt. Auch wenn der bisherige Arbeitgeber zwar eine Kündigung geplant, eine solche aber nicht ausgesprochen hat, und erst der Betriebserwerber, hier also die A GmbH das Arbeitsverhältnis gekündigt hat, kann das Umstandsmoment vorliegen, wenn der Arbeitnehmer diese Kündigung nicht angegriffen hat (*vgl. Senat 27. November 2008 - 8 AZR 225/07 -*) oder wenn er wie vorliegend eine zunächst entschieden betriebene Rechtsverteidigung gegen eine Verlängerung der Beendigungsfrist aufgibt.

41

5. Der Beklagten ist es auch nicht verwehrt, sich auf die Verwirkung und damit auf die Grundsätze von Treu und Glauben zu berufen, weil sie sich selbst unredlich verhalten hätte und dadurch die Erklärung des Widerrufs verhindert hätte (*BGH 15. November 1995 - IV ZR 297/93 - VersR 1996, 315*). Die Beklagte hat vielmehr mit dem Unterrichtungsschreiben zutreffend dargestellt, dass auch sie eine betriebsbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum Kläger plant und dass diesem in einem solchen Fall ein Sozialplananspruch zustehen würde. Es lag daher in der Hand des Klägers, durch Erklärung eines Widerspruchs die Beklagte als solventere Schuldnerin - allerdings nur eines Sozialplan-Anspruchs - zu gewinnen. Der Kläger hat sich anders entschieden

42

und mit der Betriebserwerberin eine höhere Abfindung gegen Aufgabe des Arbeitsverhältnisses vereinbart. Dies hat die Beklagte nicht in unredlicher Weise veranlasst.

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

43

C. Die Kostenentscheidung - auch über die Kosten der Revision - war wegen des Erfordernisses der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung der Schlussentscheidung vorzubehalten.

44

Hauck

Böck

Breinlinger

F. Avenarius

Pauli