

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 872/08
6 Sa 469/08
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. Mai 2010

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Mai 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtliche Richterin Döring und den ehrenamtlichen Richter von Schuckmann für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 5. August 2008 - 6 Sa 469/08 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darum, ob zwischen ihnen nach dem Widerspruch des Klägers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses infolge eines Betriebsübergangs weiter ein Arbeitsverhältnis besteht. 1

Der Kläger war seit dem 16. Juni 1999 bei der Beklagten als Einrichter im Bereich „Com MD (Mobile Devices)“ beschäftigt. Sein letzter Bruttomonatsverdienst belief sich auf 2.200,00 Euro. 2

Aufgrund eines Vertrages vom 6. Juni 2005 mit der BenQ Corporation (*Sitz in Taiwan*) übertrug die Beklagte mit Wirkung vom 30. September 2005 die Vermögensgegenstände dieses Geschäftsbereiches in Deutschland im Wege der Einzelrechtsübertragung („*Asset Deal*“) auf die BenQ Mobile GmbH & Co. OHG (*im Folgenden: BenQ Mobile OHG*). Diese Gesellschaft wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 30. August 2005 gegründet. Gesellschafter waren die BenQ Mobile Management GmbH und die BenQ Wireless GmbH. Am 16. September 2005 wurde die BenQ Mobile OHG in das Handelsregister beim Amtsgericht München eingetragen. Die beiden Gesellschafter der BenQ Mobile OHG verfügten über ein Stammkapital von jeweils 25.000,00 Euro. Im Zusammenhang mit der Übertragung der Vermögensgegenstände von der Beklagten auf die BenQ Mobile OHG zahlte die Beklagte an die BenQ Corporation einen dreistelligen Millionenbetrag. 3

Die Beklagte informierte mit Schreiben vom 29. August 2005 die Mitarbeiter des Geschäftsbereiches „Com MD“ (*Mobile Devices*) über die „Über- 4

tragung der Aktivitäten“ dieses „Geschäftsgebietes“. Dieses Schreiben hat folgenden Wortlaut:

„Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses

Sehr geehrter Herr ...

wie Ihnen bereits durch verschiedene Mitarbeiterinformationen bekannt ist, werden unsere Aktivitäten des Geschäftsgebietes Com MD (Mobile Devices) zum 01.10.2005 in die BenQ Mobile GmbH & Co. OHG (im Folgenden: BenQ Mobile) übertragen.

BenQ ist ein weltweit führender Anbieter von Consumer-Electronic-Produkten, wie beispielsweise LCD-Bildschirmen, Notebook-Computern, Kameras und Scannern. Und im Handygeschäft wird BenQ Mobile in den nächsten Jahren zu einem führenden globalen Anbieter.

In seinem asiatischen Heimatmarkt zählt BenQ schon heute zu den am schnellsten wachsenden Anbietern im Handysegment. Durch den Zusammenschluss mit Siemens kann BenQ seine ehrgeizigen internationalen Expansionspläne umsetzen. Siemens bietet BenQ eine globale Organisation mit führenden Marktpositionen in West- und Osteuropa sowie im Wachstumsmarkt Lateinamerika. Zudem erhält BenQ durch den Kauf einen starken, weltweit bekannten Markennamen, Mobiltelefon-technologie und Softwarekompetenz sowie globalen Zugang zu der breiten Kundenbasis von Siemens. Daneben bekommt BenQ einen auf drei Kontinenten hervorragend etablierten Fertigungsverbund von Siemens.

Die Übertragung des Geschäftsgebietes erfolgt auf Grund eines Kaufvertrags im Wege der Einzelrechtsnachfolge auf BenQ Mobile. Mit diesem Betriebsübergang wird gem. § 613a BGB BenQ Mobile Ihr neuer Arbeitgeber, der in alle Rechte und Pflichten Ihres Arbeitsverhältnisses mit der Siemens AG eintritt. Es wird also anlässlich des Betriebsübergangs - sofern nicht in der Überleitungsvereinbarung andere Regelungen getroffen sind - unverändert mit BenQ Mobile fortgeführt (insbesondere keine Veränderungen bei dem jeweiligen Einkommenssystem, Altersversorgung, Jubiläumsregelung, Dienstzeitregelung). Ebenso gelten die jeweiligen Tarifverträge (einschließlich des Ergänzungstarifvertrags B/K) gem. § 613a BGB weiter.

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

gangs unverändert.

Im Einzelnen gilt für Sie die beiliegende, mit dem Gesamtbetriebsrat der Siemens AG vereinbarte Regelung zur Überleitung der Beschäftigungsbedingungen (Überleitungsvereinbarung), die Bestandteil dieses Schreibens ist.

Die bestehenden Gesamtbetriebsvereinbarungen und örtlichen Betriebsvereinbarungen gelten bis zu einer eventuellen Neuregelung weiter, sofern in der Überleitungsvereinbarung nichts Abweichendes geregelt ist.

BenQ Mobile haftet ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs unbeschränkt für alle, auch die rückständigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis.

Zusätzlich haftet die Siemens AG für solche Verpflichtungen, die vor dem Betriebsübergang entstanden sind und spätestens ein Jahr danach fällig werden; soweit sie nach dem 1.10.2005 fällig werden, haftet sie nur zeitanteilig.

Eine Kündigung wegen des Betriebsübergangs ist gesetzlich gem. § 613a Abs. 4 BGB ausgeschlossen; das Recht zu Kündigungen aus anderen Gründen bleibt unberührt.

Sie werden auch nach dem 1.10.2005 durch Ihren bisherigen Betriebsrat weiter betreut; an den Standorten in U, B und M / G Strasse gilt dies solange, bis durch Neuwahlen eigene Betriebsratsgremien gewählt sind, längstens bis zum 31.1.2006.

Für den Standort K wurde der örtliche Betriebsrat informiert, dass an diesem Standort aufgrund von Produktivitätssteigerungen in der Fertigung der Abbau von ca. 340 Mitarbeitern im Bereich der Lohngruppen 2 bis 7 geplant ist.

Dem Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses auf BenQ Mobile können Sie nach § 613 a Abs. 6 BGB schriftlich widersprechen. Ihr Widerspruch hätte zur Folge, dass Ihr Arbeitsverhältnis nicht auf BenQ Mobile übergeht. Wir möchten Sie jedoch bitten, von diesem Recht nur nach sorgfältiger Abwägung Gebrauch zu machen, denn Ihr Widerspruch sichert Ihnen keinen Arbeitsplatz bei der Siemens AG, da die Com MD - Aktivitäten vollständig auf BenQ Mobile übertragen werden und damit diese Arbeitsplätze bei der Siemens AG entfallen, so dass es letztlich zu betriebsbedingten Beendigungen des Arbeitsverhältnisses kommen kann.

Sollten Sie trotz dieser Überlegungen dennoch widersprechen wollen, bitten wir darum, Ihren etwaigen Wider-

spruch unverzüglich, jedoch spätestens innerhalb von
1 Monat nach Zugang dieses Schreibens schriftlich an
Herrn R B, Com HR CG, M

oder an
Herrn Dr. V E, M
zu richten.

Für Fragen steht Ihnen Ihre Personalorganisation gerne
zur Verfügung.

Wir würden uns freuen, wenn Sie mit gleichem Arbeitsein-
satz und hoher Motivation Ihre Arbeit bei BenQ Mobile
weiterführen und wünschen Ihnen weiterhin viel Erfolg.

...“

Der Kläger widersprach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf 5
die BenQ Mobile OHG zunächst nicht und arbeitete für diese ab dem 1. Oktober
2005 weiter.

Nachdem der Kläger erfuhr, dass für die BenQ Mobile OHG ein In- 6
solvenzverfahren drohte, kündigte er im September 2006 das Arbeitsverhältnis
mit der Betriebserwerberin zum 15. Oktober 2006 und wechselte zu einem
neuen Arbeitgeber. Die BenQ Mobile OHG stellte am 29. September 2006
Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen, dem zum
1. Januar 2007 stattgegeben wurde.

Mit Anwaltsschreiben vom 17. April 2007 widersprach der Kläger dem 7
Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Betriebserwerberin gegenüber
der Beklagten. Diese wies den Widerspruch mit Schreiben vom 27. April 2007
als unbegründet zurück und kündigte am 22. Oktober 2007 vorsorglich ein etwa
bestehendes Arbeitsverhältnis zum 31. Dezember 2007. Hiergegen hat der
Kläger Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht Wesel erhoben (- 8 Ca
3171/07 -).

Der Kläger meint, er habe auch noch im April 2007 dem Übergang 8
seines Arbeitsverhältnisses widersprechen können, weil die einmonatige
Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB durch die Unterrichtung der
Beklagten über den Betriebsübergang nicht in Gang gesetzt worden sei. Die

Unterrichtung sei in mehrfacher Hinsicht grob fehlerhaft erfolgt, die Beklagte habe arglistig Tatsachen verschwiegen.

Der Kläger hat beantragt

9

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und der Beklagten aufgrund der Übernahme der Mobilfunksparte der Beklagten durch die BenQ Mobile GmbH & Co. OHG nicht beendet worden ist.

Zur Begründung ihres Antrages auf Klageabweisung hat die Beklagte die Ansicht vertreten, den Kläger mit Schreiben vom 29. August 2005 ordnungsgemäß nach § 613a Abs. 5 BGB über den beabsichtigten Betriebsübergang unterrichtet zu haben. Daher sei der Widerspruch wegen Ablaufs der einmonatigen Widerspruchsfrist verspätet. Jedenfalls sei aber das Recht zum Widerspruch verwirkt. Durch die Eigenkündigung und den Wechsel zu einem anderen Arbeitgeber habe der Kläger auf sein Widerspruchsrecht verzichtet.

10

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb vor dem Landesarbeitsgericht ohne Erfolg. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter.

11

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet, da die Klage unbegründet ist. Das zwischen den Parteien früher bestehende Arbeitsverhältnis ist ab 1. Oktober 2005 nach § 613a Abs. 1 BGB auf die BenQ Mobile OHG übergegangen. Der von dem Kläger am 17. April 2007 gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses erklärte Widerspruch ist wegen Verwirkung unwirksam.

12

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

13

Zwar sei die Unterrichtung der Beklagten über den Betriebsübergang nach § 613a Abs. 5 BGB fehlerhaft gewesen und habe die Widerspruchsfrist nicht in Gang gesetzt. Der Kläger habe aber sein Recht zum Widerspruch

14

verwirkt. Dies ergebe sich einmal aus dem langen Zeitraum zwischen Betriebsübergang und der vorausgegangen Information einerseits und dem Widerspruch des Klägers im April 2007 andererseits. Der Kläger habe zum anderen das Umstandsmoment verwirklicht, da er vor Ausübung des Widerspruchsrechts eine Eigenkündigung erklärt habe. Davon wie von dem Wechsel zu einem anderen Arbeitgeber habe die Beklagte im September 2006 Kenntnis erhalten, da sie aufgrund eines Dienstleistungsvertrages mit der BenQ deren Personalakten führte und somit auch über den konkreten Verlauf des Arbeitsverhältnisses des Klägers im Bild war.

B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 15

I. Die Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers aufgrund seines Widerspruchs vom 17. April 2007 nicht zum 1. Oktober 2005 auf die BenQ Mobile OHG übergegangen ist, sondern mit der Beklagten fortbesteht, ist unbegründet. 16

1. In einer Reihe von gleichgelagerten Fällen hat der Senat entschieden, dass das Unterrichtungsschreiben der Beklagten vom 29. August 2005 über den beabsichtigten Betriebsteilübergang auf die BenQ Mobile OHG den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB nicht genügt (*vgl. 25. Februar 2010 - 8 AZR 740/08 -; 23. Juli 2009 - 8 AZR 538/08 - AP BGB § 613a Unterrichtung Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 114 und 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 113*). 17

2. Die unzulängliche Unterrichtung durch die Beklagte hatte die einmonatige Widerspruchsfrist für den Kläger (§ 613a Abs. 6 Satz 1 BGB) nicht in Lauf gesetzt (*st. Rspr., vgl. Senat 22. Januar 2009 - 8 AZR 808/07 - mwN, AP BGB § 613a Unterrichtung Nr. 4 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 105*). 18

3. Das Recht des Klägers zum Widerspruch war im Zeitpunkt seiner Ausübung am 17. April 2007 verwirkt. 19

a) Der Senat hat bereits mehrmals entschieden, dass das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers verwirken kann (*vgl. zB 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347*). 20

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. 21

Schon nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vor dem Inkrafttreten des § 613a Abs. 5 und 6 BGB konnte das Widerspruchsrecht wegen Verwirkung ausgeschlossen sein. An dieser Rechtsprechung hat der Senat im Einklang mit der herrschenden Auffassung im Schrifttum auch nach der neuen Rechtslage festgehalten. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber eine Widerspruchsfrist eingeführt hat, schließt eine Anwendung der allgemeinen Grundsätze nicht aus, weil jedes Recht nur unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben ausgeübt werden kann (*15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - mwN, BAGE 121, 289 = AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 64*). 22

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 23

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. Außerdem ist 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*).

- b) Die Beurteilung der Frage, ob ein Recht verwirkt ist, obliegt zwar grundsätzlich den Tatsachengerichten, die den ihnen zur Begründung des Verwirkungseinwandes vorgetragenen Sachverhalt eigenverantwortlich zu würdigen haben (*vgl. BAG 17. Januar 2007 - 7 AZR 23/06 - EzAÜG AÜG § 10 Fiktion Nr. 116*). Vom Revisionsgericht ist das Berufungsurteil jedoch darauf zu überprüfen, ob das Tatsachengericht die von der Rechtsprechung entwickelten rechtlichen Voraussetzungen der Verwirkung beachtet sowie alle erheblichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat und ob die Bewertung dieser Gesichtspunkte von den getroffenen tatsächlichen Feststellungen getragen wird (*vgl. BAG 12. Dezember 2006 - 9 AZR 747/06 - mwN, EzA BGB 2002 § 242 Verwirkung Nr. 1*). 24
- c) Vorliegend hat das Landesarbeitsgericht die Voraussetzungen für eine Verwirkung des Widerspruchsrechts im Ergebnis richtig bestimmt. 25
- aa) Das Zeitmoment ist erfüllt. 26
- Die Frist für das für die Verwirkung maßgebliche Zeitmoment beginnt nicht erst mit der umfassenden Unterrichtung des Arbeitnehmers über den 27

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*). Damit setzt auch nicht erst die Kenntnis des Arbeitnehmers von der Fehlerhaftigkeit der Unterrichtung die Frist für die Beurteilung des Vorliegens des Zeitmoments in Lauf. Bei dem Zeitpunkt 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.

Erfolgt die Prüfung entsprechend diesen Grundsätzen, so ist es nicht geboten, ähnlich wie bei gesetzlichen, gerichtlichen oder vertraglichen Fristen für das so genannte Zeitmoment einen bestimmten Fristbeginn, wie etwa die Kenntnis des Berechtigten von bestimmten Tatsachen festzulegen. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob der Verpflichtete aufgrund des Zeitablaufes, in dem der Berechtigte sein Recht nicht ausgeübt hat, und den Umständen des Einzelfalles, zu denen auch der jeweilige Informationsstand des Berechtigten gehört, darauf vertrauen durfte, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr geltend machen. Grundsätzlich ist der gesamte Zeitablauf seit der Rechtsentstehung von Bedeutung, im Falle der Beklagten jedenfalls der Zeitraum ab Ende September 2005, weil zu diesem Zeitpunkt die aus ihrer Sicht durch ihr Unterrichtungsschreiben vom 29. August 2005 in Gang gesetzte gesetzliche einmonatige Widerspruchsfrist (*§ 613a Abs. 6 Satz 1 BGB*) für den Kläger ablief.

28

Der Kläger hat sein Widerspruchsrecht erst über 18 Monate nach dem vollzogenen Betriebsübergang vom 1. Oktober 2005 ausgeübt, nämlich mit Anwaltsschreiben vom 17. April 2007. Vor Ablauf eines Monats nach der Unterrichtung in Schriftform muss der Arbeitgeber wegen der in § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB normierten Monatsfrist mit einem Widerspruch des Arbeitnehmers rechnen. Durch die Unterrichtung über den Betriebsübergang gibt der Arbeitgeber grundsätzlich zu erkennen, dass er mit dieser die Widerspruchsfrist von einem Monat in Gang setzen will und nach Fristablauf die Erklärung von Wider-

29

sprüchen nicht mehr erwartet (*Senat 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 113*).

Dies gilt auch, wenn die Unterrichtung unvollständig oder fehlerhaft war. 30
Der Zeitraum von über 19 Monaten zwischen der Unterrichtung über den Betriebsübergang und der Erklärung des Widerspruchs und von über 18 Monaten nach Ablauf der hypothetischen gesetzlichen Widerspruchsfrist ist nach der Rechtsprechung des Senats grundsätzlich geeignet, das Vorliegen des Zeitmoments zu bejahen und erfüllt im Streitfall insbesondere auch deshalb das Zeitmoment, weil der Kläger durch die Eigenkündigung und die Eingehung eines neuen Arbeitsverhältnisses mit einem dritten Arbeitgeber ein besonders gewichtiges Umstandsmoment gesetzt hatte (*vgl. 25. Februar 2010 - 8 AZR 740/08 - und 2. April 2009 - 8 AZR 220/07 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 6*).

bb) Der Kläger hat durch die Eigenkündigung im September 2006 zum 15. Oktober 2006 und die sich anschließende Aufnahme eines neuen Arbeitsverhältnisses zu einem dritten Arbeitgeber das Umstandsmoment verwirklicht. 31

Das Umstandsmoment ist erfüllt, wenn der Arbeitgeber davon ausgehen durfte, der Widerspruch werde nicht mehr ausgeübt. Dies ist dann der Fall, wenn er aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers annehmen durfte, dieser habe den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den 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 gegeben, 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*). 32

Allein der Umstand, dass der Arbeitnehmer (*zunächst*) widerspruchslos beim Betriebserwerber weiterarbeitet und von diesem die Arbeitsvergütung entgegennimmt, stellt ebenso wenig eine Disposition über den Bestand des Arbeitsverhältnisses dar (*vgl. Senat 27. November 2008 - 8 AZR 225/07 -; 33*

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 oder die Höhe der Arbeitsvergütung, geändert werden. Als Disposition über den Bestand des Arbeitsverhältnisses stellen sich nur solche Vereinbarungen oder Verhaltensweisen des Arbeitnehmers dar, durch welche es zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt, zB Abschluss eines Aufhebungsvertrages (Senat 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106) bzw. die Hinnahme einer vom Betriebserwerber ausgesprochenen Kündigung (Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - aaO), oder durch welche das Arbeitsverhältnis auf eine völlig neue rechtliche Grundlage gestellt wird (zB die Begründung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses; Senat 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 113).

Aufgrund der Eigenkündigung und der Eingehung eines neuen Arbeitsverhältnisses mit einem dritten Arbeitgeber durfte die Beklagte davon ausgehen, der Kläger werde sein Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben (*Erfüllung des Umstandsmoments*). 34

4. Entgegen den mit der Revision vorgebrachten Überlegungen ist es unerheblich, ob und ggf. ab wann die Beklagte von der Eigenkündigung des Klägers und seinem neuen Arbeitsverhältnis Kenntnis hatte und wodurch. Auf die Verletzung etwaiger Datenschutzbestimmungen, auf die sich der Kläger beruft, kommt es nicht an, da sich die Beklagte auf Verwirkung berufen darf, unabhängig davon, ob ihr alle von dem Kläger verwirklichten Umstandsmomente bekannt geworden sind. 35

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 36

Betriebserwerber als neuer Arbeitgeber mit Erfolg auf Verwirkungsumstände berufen könnte, diese auch der Betriebsveräußerer als früherer Arbeitgeber für sich in Anspruch nehmen darf.

Die Unterrichtungspflicht des § 613a Abs. 5 BGB trifft als Gesamtschuldner sowohl den bisherigen Arbeitgeber als auch den neuen Betriebsinhaber. Der von einem Betriebsübergang betroffene Arbeitnehmer erlangt die Fortdauer seines Widerspruchsrechts sowohl durch Informationsfehler des einen wie des anderen. Wenn das Gesetz in der Frage der Informationspflicht zum Betriebsübergang den alten und neuen Arbeitgeber als Einheit sieht, legt dies nahe, Betriebsveräußerer und Betriebserwerber auch hinsichtlich des Informationsstandes zum Arbeitnehmerverhalten einheitlich aufzufassen. Auch Art. 3 Abs. 2 der RL 2001/23/EG fingiert einen gleichen Informationsstand von Veräußerer und Erwerber über die Rechte und Pflichten der übergegangenen Arbeitsverhältnisse. Entscheidend kommt hinzu, dass nach § 613a Abs. 6 Satz 2 BGB der Arbeitnehmer den Widerspruch sowohl gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber (*Betriebsveräußerer*) als auch gegenüber dem neuen Inhaber (*Betriebserwerber*) erklären darf. Der Widerspruch kann aber nicht gegenüber dem neuen Arbeitgeber verwirkt sein, weil dieser die eingetretenen „Umstände“ kennt, gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber wegen dessen Unkenntnis jedoch nicht. Für das Schuldverhältnis von Betriebsveräußerer und Betriebserwerber als Gesamtschuldner gegenüber dem Arbeitnehmer als Berechtigtem ist in § 613a BGB, insbesondere in dessen Abs. 6, „ein anderes“ normiert (§ 425 Abs. 1 BGB). Neuer und alter Arbeitgeber dürfen sich wechselseitig auf die Kenntnis des anderen vom Arbeitnehmerverhalten berufen. Eine nachgewiesene Kenntnis des in Anspruch genommenen Verpflichteten von einem bestimmten Arbeitnehmerverhalten ist nicht erforderlich, wenn feststeht, dass dieses Verhalten wenigstens dem anderen Verpflichteten bekannt geworden ist (*Senat 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 113; 2. April 2009 - 8 AZR 220/07 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 6*).

37

5. Indem die Beklagte sich auf die Verwirkung des Widerspruchsrechts beruft, verstößt sie nicht ihrerseits gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). 38
- a) Das Landesarbeitsgericht hat nur festgestellt, dass die Beklagte nicht ausreichend informiert hat. Es hat jedoch nicht ausdrücklich festgestellt, dass die Beklagte bewusst und zielgerichtet Falschinformationen weitergegeben hat, um die Arbeitnehmer und damit auch den Kläger von einem Widerspruch abzuhalten. Dagegen hat der Kläger keinen zulässigen und begründeten Revisionsangriff erhoben, sodass der Senat an diese Feststellungen gebunden ist (§ 559 Abs. 2 ZPO). Weiter hat der Kläger selbst in der Revisionsinstanz eingeräumt, mit seiner Eigenkündigung auf eine für ihn deutlich gewordene wirtschaftliche Schiefelage der Betriebserwerberin reagiert zu haben. Dies steht im Widerspruch zu seinem Vorbringen, er sei durch arglistige Täuschung im Informationsschreiben vom 29. August 2005 von der Einlegung eines Widerspruchs abgehalten worden. Denn als er erkannte oder erkennen musste, dass die von der Beklagten gegebenen Informationen falsch waren, reagierte er nicht mit einem Widerspruch, sondern mit einer Eigenkündigung des auf die Betriebserwerberin übergegangenen Arbeitsverhältnisses. Der Kläger zog es vor, ein neues, ganz anderes Arbeitsverhältnis zu begründen. 39
- b) Im Übrigen führt auch die nicht ordnungsgemäße Unterrichtung über den Betriebsteilübergang nicht dazu, dass die Beklagte sich nicht auf die Verwirkung des Widerspruchsrechts berufen könnte. Dies wäre ein widersinniges Ergebnis. Einerseits behielte der Kläger sein Widerspruchsrecht wegen der fehlerhaften Unterrichtung länger, als in § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB normiert. Andererseits könnte das Widerspruchsrecht deshalb nicht verwirken, weil der Kläger nicht entsprechend den Vorgaben des § 613a Abs. 5 BGB unterrichtet worden war. Dies hätte zur Folge, dass im Falle einer fehlerhaften Unterrichtung durch den alten Arbeitgeber eine Verwirkung des Rechts zum Widerspruch in der Regel nicht eintreten könnte. Dies widerspräche dem Grundsatz, dass jedes Recht verwirken kann. 40

II. Der Kläger hat nach § 97 ZPO die Kosten der Revision zu tragen. 41

Hauck

Böck

Breinlinger

Döring

Schuckmann