

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 982/07
8 Sa 220/07
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
22. April 2010

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

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:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 31. Juli 2007 - 8 Sa 220/07 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz darüber, ob zwischen ihnen über den 1. November 2004 hinaus ein Arbeitsverhältnis fortbesteht und ob demzufolge die Beklagte dem Kläger für die Zeit danach Verdienstaufschlag zu ersetzen hat. 1

Der Kläger war seit dem 1. September 1978 bei der Beklagten, zuletzt als Analyst im Bereich C I (CI) beschäftigt. Sein letztes Bruttomonatsgehalt belief sich auf 3.789,29 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. 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 Arbeits-

verhältnisse. 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 von dem geplanten Personalabbau gemäß Ziffer 4 nicht betroffen sein.

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
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.

Im Mai 2005 stellte die A GmbH Antrag auf Eröffnung des Insolvenzver- 6
fahrens, welches am 1. August 2005 eröffnet wurde.

Mit Formschreiben vom 13. Juli 2005 rügte der Kläger, das Informationsschreiben vom 22. Oktober 2004 sei offensichtlich unzutreffend und daher nicht geeignet gewesen, den Lauf der Widerspruchsfrist auszulösen. Der Kläger forderte eine vollständige und wahrheitsgemäße Information gemäß dem Gesetz, nach deren Eingang er die Entscheidung über den Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses treffen werde. 7

Unter dem 27. August 2005 kündigte die A GmbH das Arbeitsverhältnis zum Kläger aus dringenden betrieblichen Erfordernissen zum 30. November 2005. Gegen diese Kündigung erhob der Kläger keine Kündigungsschutzklage. 8

Mit Schreiben vom 25. Januar 2006 widersprach er gegenüber der Beklagten dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH. Zum 1. Mai 2006 hat der Kläger ein neues Arbeitsverhältnis bei einem anderen Arbeitgeber begründen können. Seinen Verdienstausschlag für die Zeit ab Anfang August 2005 bis 30. April 2006 beziffert er auf 12.737,74 Euro. 9

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. 10

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 11

1. festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis mit der Funktion System-Analyst in der Niederlassung der Beklagten, M, über den 31. Oktober 2004 hinaus fortbesteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 12.737,74 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt und sich dabei darauf berufen, ihr Informationsschreiben vom 22. Oktober 2004 habe den gesetzlichen Erfordernissen genügt. Infolgedessen sei der Widerspruch des Klägers verspätet, jedenfalls aber verwirkt. 12

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb vor dem Landesarbeitsgericht ohne Erfolg. Mit der vom Landesarbeits- 13

gericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Anträge weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet, da die Klage unbegründet ist. Der Kläger hatte sein Recht zum Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH im Januar 2006 verwirkt. 14

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: 15

Es komme nicht darauf an, dass der Kläger nicht binnen eines Monats nach Zugang des Unterrichtungsschreibens der Beklagten vom 22. Oktober 2004 nach § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH widersprochen habe. Denn eine nicht ordnungsgemäße Unterrichtung hätte die Monatsfrist für den Widerspruch nicht in Gang gesetzt. Jedoch hätte auch bei einer unkorrekten Information des Klägers nach § 613a Abs. 5 BGB - dies deutet das Landesarbeitsgericht im Zusammenhang mit der Unterrichtung über die Haftung an - kein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien über den 31. Oktober 2004 hinaus bestanden. Denn der Kläger habe sein Widerspruchsrecht im Zeitpunkt der Ausübung mit Schreiben vom 25. Januar 2006 verwirkt gehabt. Das Schreiben des Klägers an die Beklagte vom 13. Juli 2005, mit dem er die fehlerhafte Information rügt und korrekte Unterrichtung einfordert, nach deren Eingang er eine Entscheidung treffen werde, ob er dem Übergang widerspreche, spreche nur auf den ersten Blick gegen ein Vertrauendürfen der Beklagten darauf, dass der Kläger seinen Widerspruch nicht mehr ausüben werde. Denn erkennbar gehe der Kläger Mitte Juli 2005 davon aus, dass die Widerspruchsvoraussetzungen in seinem Fall noch gegeben seien. Auch über die wirtschaftliche Situation der Betriebserwerberin habe sich der Kläger vollumfänglich informiert gezeigt. Gleichwohl habe er keinen Widerspruch erklärt und die ihm von der A GmbH zum 30. November 2005 ausgesprochene betriebsbedingte Kündigung unangegriffen gelassen. 16

Selbst mit dem Ende seines Arbeitsverhältnisses zur Betriebserwerberin habe der Kläger keinen Widerspruch erklärt. Damit sei das Recht zu widersprechen am 25. Januar 2006 als verwirkt anzusehen. Zahlungsansprüche bestünden demnach weder aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs noch als Schadensersatzansprüche.

B. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 17

I. Die Klage auf Feststellung, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten über den 1. November 2004 hinaus ein Arbeitsverhältnis besteht, ist zulässig. 18

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. 19

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. 20

II. Die Feststellungsklage ist nicht begründet. 21

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 im Januar 2006 nicht mehr wirksam widersprechen konnte. 22

1. Die Unterrichtung des Klägers durch die Beklagte mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 über den am 1. November 2004 erfolgenden Betriebsteil- 23

übergang entsprach nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB (*BAG 20. März 2008 - 8 AZR 1016/06 - NZA 2008, 1354; 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106; 12. November 2009 - 8 AZR 530/07 - NJW 2010, 1302, zu im Wesentlichen gleich gelagerten Unterrichtungen*). Daher war sein 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 (*vgl. Senat 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - aaO*).

2. Der Kläger hatte sein Widerspruchsrecht allerdings verwirkt. 24

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 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. 25

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*). 26

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 Einzelfalls (*Senat 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - BAGE 121, 289 = AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 64*). Dabei ist, 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 Zeitablaufs in Wechselwirkung zu dem ebenfalls erforderlichen Umstandsmoment zu setzen. Je stärker das gesetzte Vertrauen oder die Umstände, die eine Geltendmachung für den Anspruchsgegner unzumutbar machen, sind, desto schneller kann ein Anspruch verwirken. Es müssen letztlich besondere Verhaltensweisen sowohl des Berechtigten als auch des Verpflichteten vorliegen, die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen (*Senat 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - mwN, aaO; 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347*).

27

b) Dass der Kläger sich gegen die ihm von der A GmbH am 27. August 2005 ausgesprochene Kündigung nicht zur Wehr gesetzt hat, hat im Streitfall zur Verwirkung seines Widerspruchsrechts geführt.

28

aa) Die Beurteilung der Frage, ob ein Recht verwirkt ist, obliegt zwar grundsätzlich den Tatsachengerichten, die den ihnen zur Begründung des Verwirkungseinwandes vorgetragenen Sachverhalt eigenverantwortlich zu würdigen haben (*vgl. BAG 17. Januar 2007 - 7 AZR 23/06 - EzAÜG AÜG § 10 Fiktion Nr. 116*). Vom Revisionsgericht ist das Berufungsurteil jedoch darauf zu überprüfen, ob das Tatsachengericht die von der Rechtsprechung entwickelten rechtlichen Voraussetzungen der Verwirkung beachtet sowie alle erheblichen

29

Gesichtspunkte berücksichtigt hat und ob die Bewertung dieser Gesichtspunkte von den getroffenen tatsächlichen Feststellungen getragen wird (vgl. BAG 12. Dezember 2006 - 9 AZR 747/06 - mwN, EzA BGB 2002 § 242 Verwirkung Nr. 1).

bb) Das Zeitmoment ist erfüllt. 30

Die Frist für das für die Verwirkung maßgebliche Zeitmoment beginnt 31 nicht erst mit der umfassenden und inhaltlich richtigen Unterrichtung eines Arbeitnehmers über den Betriebsübergang und seine Folgen zu laufen (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 Zeitmoment handelt es sich nicht um eine gesetzliche, gerichtliche oder vertraglich vorgegebene Frist, für welche bestimmte Anfangs- und Endzeitpunkte gelten, die in den §§ 186 ff. BGB geregelt sind. Vielmehr hat bei der Prüfung, ob ein Recht verwirkt ist, eine Gesamtbetrachtung stattzufinden, bei der das Zeit- und das Umstandsmoment zu berücksichtigen und in Relation zu setzen sind.

Erfolgt die Prüfung entsprechend diesen Grundsätzen, so ist es nicht 32 geboten, ähnlich wie bei gesetzlichen, gerichtlichen oder vertraglichen Fristen für das sogenannte Zeitmoment einen bestimmten Fristbeginn, wie etwa die Kenntnis des Berechtigten von bestimmten Tatsachen festzulegen. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob der Verpflichtete aufgrund des Zeitablaufs, in dem der Berechtigte sein Recht nicht ausgeübt hat, und den Umständen des Einzelfalls, zu denen auch der jeweilige Informationsstand des Berechtigten gehört, darauf vertrauen durfte, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr geltend machen. Grundsätzlich ist der gesamte Zeitablauf seit der Rechtsentstehung von Bedeutung, im Falle der Beklagten jedenfalls der Zeitraum ab Ende November 2004, weil zu diesem Zeitpunkt die aus ihrer Sicht durch ihr Unterrichtungs-schreiben vom 22. Oktober 2004 in Gang gesetzte gesetzliche einmonatige Widerspruchsfrist (§ 613a Abs. 6 Satz 1 BGB) für den Kläger ablief.

Der Kläger hat sein Widerspruchsrecht erst nach über 15 Monaten nach der erfolgten Unterrichtung über den Betriebsübergang am 22. Oktober 2004 ausgeübt, nämlich mit Schreiben vom 25. Januar 2006. Vor Ablauf eines Monats nach der Unterrichtung in Schriftform muss der Arbeitgeber wegen der in § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB normierten Monatsfrist mit einem Widerspruch des Arbeitnehmers rechnen. Durch die Unterrichtung über den Betriebsübergang gibt der Arbeitgeber grundsätzlich zu erkennen, dass er mit dieser die Widerspruchsfrist von einem Monat in Gang setzen will und nach Fristablauf die Erklärung von Widersprüchen nicht mehr erwartet (*Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 166/07 -; 24. Juli 2008 - 8 AZR 1020/06 -*). Dies gilt auch, wenn die Unterrichtung unvollständig oder fehlerhaft war. Der Zeitraum von über 14 Monaten nach dem fiktiven Ablauf der gesetzlichen Widerspruchsfrist ist nach der Rechtsprechung des Senats grundsätzlich geeignet, das Vorliegen des Zeitmoments zu bejahen. Im Streitfall kommt hinzu, dass der Kläger ein besonders gewichtiges Umstandsmoment gesetzt hat (*BAG 2. April 2009 - 8 AZR 220/07 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 6*).

33

cc) Das Schreiben des Klägers vom 13. Juli 2005 - dessen Auslegung als Standardschreiben auch dem Senat möglich ist - hat, wie auch das Landesarbeitsgericht erkannt hat, die Verwirkung nicht gehemmt. Unter setzt durch nachvollziehbare Tatsachen vertrat der Kläger zwar in diesem Schreiben die Auffassung, die Unterrichtung über den Betriebsübergang vom 22. Oktober 2004 sei fehlerhaft gewesen, weil die wirtschaftliche Situation der Betriebs erwerberin - wie sich zwischenzeitlich gezeigt habe - falsch dargestellt worden sei. Aus der fehlerhaften Information leitet der Kläger ausdrücklich das Recht ab, noch Mitte Juli 2005 dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH widersprechen zu können. Indes erklärte der Kläger diesen Widerspruch gerade nicht und verlangte lediglich „vollständige und wahrheitsgemäße Information“ und kündigte an, nach deren Erhalt die Entscheidung zu treffen, ob er dem Übergang widerspreche. Wenn der Kläger aber angesichts einer nunmehr auch für ihn offenkundig gewordenen prekären wirtschaftlichen Situation und einer von ihm festgestellten Falschinformation nicht ausschließt, auf die Ausübung seines Widerspruchsrechts möglicherweise zu verzichten, hindert

34

dies nicht die Vertrauensbildung der Beklagten, der Kläger werde ein etwaiges Recht zum Widerspruch im Ergebnis doch nicht ausüben (*vgl. Senat 27. November 2008 - 8 AZR 230/07 - Rn. 36*).

dd) Die Voraussetzungen für das Umstandsmoment liegen vor. Diese hat der Kläger dadurch verwirklicht, dass er die von der A GmbH am 27. August 2005 ausgesprochene betriebsbedingte Kündigung zum 30. November 2005 widerspruchslos hingenommen und eine Kündigungsschutzklage nicht erhoben hat. 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 eine vom Betriebserwerber nach dem Betriebsübergang erklärte Kündigung hingenommen hat (*Senat 20. März 2008 - 8 AZR 1016/06 - NZA 2008, 1354 und 27. November 2008 - 8 AZR 225/07 -*). Vorliegend hat er gar eine von der insolventen Betriebs-erwerberin ausgesprochene Kündigung wirksam werden lassen und keinen Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses erklärt, obgleich er ein Recht hierzu schon im Juli 2005 gegenüber der Beklagten geltend gemacht hatte. Dies begründet das Vertrauen des früheren Arbeitgebers, der Widerspruch werde auch weiterhin nicht nach § 613a Abs. 6 BGB ausgeübt werden.

35

c) Die Annahme der Verwirkung des Widerspruchsrechts ist nicht ausgeschlossen, wenn nur der A GmbH, nicht aber der Beklagten alle von dem 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.

36

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, 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 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“ 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*).

37

3. In Ermangelung eines zwischen den Parteien über den 1. November 2004 hinaus bestehenden Arbeitsverhältnisses ist die Beklagte nicht unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges für den Verdienstausfallschaden des Klägers von August 2005 bis April 2006 haftbar. Für eine Haftung aus Schadensersatzgesichtspunkten fehlt es an der Kausalität zwischen der Falschinformation und der Nichtausübung des Widerspruchsrechts und deshalb auch

38

an einer Kausalität zwischen der unzulänglichen Information und dem Eintritt des geltend gemachten Schadens. Der Kläger hätte durch Ausübung des Widerspruchs die eingetretene Verwirkung verhindern können (*vgl. Senat 20. März 2008 - 8 AZR 1022/06 - EzA BGB 2002 § 613a Nr. 91 und 24. Juli 2008 - 8 AZR 109/07 -*).

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

39

Hauck

Böck

Breinlinger

F. Avenarius

Pauli