

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 977/07
7 Sa 1073/07
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. Januar 2010

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

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:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 10. Oktober 2007 - 7 Sa 1073/07 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ab dem 1. November 2004 weiterhin ein Arbeitsverhältnis besteht. Hilfsweise verlangt die Klägerin Schadensersatz. 1

Die Klägerin war seit dem 1. August 1971 bei der Beklagten als kaufmännische Angestellte im Geschäftsbereich C I (CI) beschäftigt, sie erhielt zuletzt ein monatliches Bruttogehalt iHv. 3.000,00 Euro. 2

Mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 informierte die Beklagte die Klägerin über die beabsichtigte Übertragung des Geschäftsbereichs CI auf die A GmbH. In diesem Schreiben heißt es ua.: 3

„...“

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 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 ausgegliedert und auf die neu gegründete A GmbH übertragen. Die Klägerin widersprach dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf diese GmbH zunächst nicht.

4

Die A GmbH kündigte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin aus dringenden betrieblichen Erfordernissen mit Schreiben vom 10. Dezember 2004, der Klägerin am 13. Dezember 2004 zugegangen, zum 30. Juni 2005. Mit weiterem Schreiben vom 10. Dezember 2004 stellte die A GmbH der Klägerin eine Abfindung iHv. 62.648,00 Euro in Aussicht. Gegen die Kündigung erhob die Klägerin fristgerecht beim Arbeitsgericht Solingen Kündigungsschutzklage (- 2 Ca 2773/04 lev -). 5

Am 20. Mai 2005 wurde die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Betriebserwerberin beantragt, was der Klägerin bekannt wurde. Sie nahm sodann unter dem 18. Juli 2005 die erhobene Kündigungsschutzklage zurück, so dass die Kündigung der Betriebserwerberin zum 30. Juni 2005 wirksam wurde. Am 1. August 2005 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Betriebserwerberin eröffnet. 6

Mit Formschreiben vom 8. Juli 2006 widersprach die Klägerin gegenüber der Beklagten dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH. 7

Die Klägerin meint, sie habe dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH noch im Juli 2006 wirksam widersprechen können, weil sie bis dahin nicht ordnungsgemäß iSd. § 613a Abs. 5 BGB über den Betriebsübergang unterrichtet worden sei. Da es für die Ausübung des Widerspruchsrechts keine zeitliche Höchstgrenze gebe und dieses Recht auch nicht verwirkt sei, bestehe infolge ihres Widerspruchs das Arbeitsverhältnis zur Beklagten fort. Zumindest hafte die Beklagte auch in Höhe des bisher nicht realisierten Abfindungsanspruchs, weil sie entweder zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet sei. 8

Die Klägerin hat beantragt, 9

1. festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht,
2. die Beklagte zu verurteilen, sie als kaufmännische Angestellte zu vertragsgemäßen Bedingungen zu beschäftigen;

hilfsweise hat sie beantragt,
die Beklagte zu verurteilen, an sie Schadensersatz iHv.

62.648,00 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 18. Juli 2005 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat ihr Informationsschreiben vom 22. Oktober 2004 als den Erfordernissen des § 613a Abs. 5 BGB genügend angesehen. Der Widerspruch der Klägerin 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 der Klägerin verwirkt. Die von der Betriebserwerberin in Aussicht gestellte Abfindung habe sie nicht, auch nicht als Schadensersatz, zu leisten. 10

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin blieb vor dem Landesarbeitsgericht ohne Erfolg. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter. 11

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist unbegründet. Sie konnte dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses im Juli 2006 nicht mehr widersprechen, da ihr Recht zum Widerspruch verwirkt war. Auch der hilfsweise geltend gemachte Schadensersatzanspruch besteht nicht. 12

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine abweisende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: 13

Es könne dahinstehen, ob die Beklagte die Klägerin über den Betriebsteilübergang ordnungsgemäß iSd. § 613a Abs. 5 BGB unterrichtet habe. Denn selbst wenn durch eine fehlerhafte Unterrichtung die einmonatige Widerspruchsfrist gem. § 613a Abs. 6 BGB nicht in Lauf gesetzt worden sei, so habe die Klägerin mit der Rücknahme einer bereits erhobenen Kündigungsschutzklage in Verbindung mit der von der Erwerberin erteilten Abfindungszusage gegenüber der Betriebserwerberin erklärt, dass sie sie als Vertragspartnerin 14

akzeptiere und mit dem Übergang des Arbeitsverhältnisses einverstanden sei (§ 144 BGB analog). Der hilfsweise geltend gemachte Schadensersatzanspruch stehe der Klägerin nicht zu. Habe sie sich unter Verzicht auf ihr Widerspruchsrecht mit dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses einverstanden erklärt, könne sie nicht gleichzeitig verlangen, im Wege der Naturalrestitution so gestellt zu werden, als habe sie einen Widerspruch wirksam ausgeübt. Außerdem lägen die für einen Schadensersatzanspruch erforderlichen Voraussetzungen nicht vor. Die tatbestandlichen Voraussetzungen eines solchen Anspruchs seien nicht substantiiert dargelegt worden. Ob die Beklagte mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 eine Garantie über die Gewährung von möglichen Sozialplanleistungen übernommen habe, könne mangels vorliegendem Informationsschreiben von der Kammer nicht überprüft werden. In der von der Klägerin vorgetragenen Formulierung sei eine rechtsverbindliche Zusage auch für den Fall, dass die Kündigung von der Erwerberin ausgesprochen werde, nicht zu sehen.

- B. Dem folgt der Senat im Ergebnis. 15
- I. Die fehlerhafte Unterrichtung der Klägerin über den Betriebsübergang vom 22. Oktober 2004 löste den Beginn der einmonatigen Widerspruchsfrist nach § 613a Abs. 6 BGB nicht aus. 16
1. Die Unterrichtung der Klägerin durch die Beklagte mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 über den am 1. November 2004 erfolgenden Betriebsteilübergang entsprach nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB (vgl. Senat 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106 zu einer im Wesentlichen gleich gelagerten Unterrichtung). Daher war deren Widerspruch nicht verspätet, weil die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht mit dem Zugang der Unterrichtung zu laufen begonnen hatte (st. Rspr., vgl. Senat 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - aaO). 17
2. Der Ausübung des Widerspruchsrechts steht grundsätzlich nicht entgegen, dass im Zeitpunkt der Erklärung des Widerspruchs am 8. Juli 2006 das 18

Arbeitsverhältnis der Klägerin zur A GmbH bereits beendet war (*BAG 20. März 2008 - 8 AZR 1016/06 - NZA 2008, 1354*). Diese hatte unter dem 10. Dezember 2004 das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin nach dem Betriebsübergang aus dringenden betrieblichen Gründen zum 30. Juni 2005 gekündigt. Die zunächst dagegen erhobene Kündigungsschutzklage hat die Klägerin am 18. Juli 2005 zurückgenommen, sodass die Kündigung rechtswirksam wurde (§ 7 KSchG).

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, von 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*).

19

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*).

20

II. Als die Klägerin unter dem 8. Juli 2006 den Widerspruch gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses erklären ließ, hatte sie jedoch ihr Widerspruchsrecht verwirkt. 21

1. Vorliegend hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die Klägerin habe entsprechend § 144 BGB den „widerspruchsbehafteten“ Übergang ihres Arbeitsverhältnisses infolge Betriebsübergang durch die Rücknahme der Kündigungsschutzklage gegen die A GmbH anerkannt und damit sowie im Zusammenhang mit der zugesagten Abfindung die Betriebserwerberin als Arbeitgeberin bestätigt. Dergestalt habe sie auf ihr Widerspruchsrecht verzichtet. 22

Es kann im Streitfall dahinstehen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer sein Widerspruchsrecht in Anwendung des Rechtsgedankens des § 144 BGB - Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts - verlieren kann. Denn das Recht der Klägerin zum Widerspruch gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses von der Beklagten auf die A GmbH war zum Zeitpunkt der Widerspruchserklärung im Juli 2006 verwirkt. Der Senat hat mehrfach entschieden, dass das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers grundsätzlich verwirken kann (*vgl. zB 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347*). 23

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. 24

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*).

25

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 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*).

26

3. Die Voraussetzungen für eine Verwirkung liegen vor.

27

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).

b) Das Zeitmoment der Verwirkung hat die Klägerin vorliegend verwirklicht. Die Frist für das für die Verwirkung maßgebliche Zeitmoment beginnt 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).

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.

Die Klägerin hat jedoch seit dem 22. November 2004, dh. einen Monat nach der erfolgten Unterrichtung, bis zur Einlegung ihres Widerspruchs unter dem 8. Juli 2006 über 19 Monate verstreichen lassen. Dieser Zeitraum erfüllt das Zeitmoment, zumal die Klägerin durch die Rücknahme einer bereits erhobenen Kündigungsschutzklage ein besonders gewichtiges Umstandsmoment gesetzt hatte.

c) 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 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 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) oder die Hinnahme einer vom Betriebserwerber ausgesprochenen Kündigung (Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - aaO).

33

Vorliegend hat die Klägerin zunächst die unter dem 10. Dezember 2004 von der A GmbH ausgesprochene betriebsbedingte Kündigung mit einer Kündigungsschutzklage angegriffen. Sie hat aber diese - und zwar in Kenntnis des Antrags auf Insolvenzeröffnung für die Betriebserwerberin - am 18. Juli 2005 wieder zurückgenommen. Dies stellt eine noch deutlichere Disposition über den Bestand des Arbeitsverhältnisses dar als eine überhaupt nicht angegriffene Kündigung. Zwar gilt die zurückgenommene Klage als nie erhoben, so dass die Rechtswirkung des § 7 KSchG gleichermaßen eintritt. Vorliegend hat aber die Klägerin den Kündigungsrechtsstreit in Ansehung des beantragten

34

Insolvenzverfahrens und nach Kenntnisnahme der Abfindungszusage der Betriebserwerberin beendet. Damit ist die Klägerin ersichtlich auf ein von der A GmbH vorgeschlagenes Auflösungsmodell eingegangen und hat dadurch im Juli 2005, etwa ein Jahr vor Erklärung des Widerspruchs, das Umstandsmoment derart verwirklicht, dass die Beklagte danach nicht mehr damit rechnen musste, sie werde ihr Widerspruchsrecht noch ausüben.

III. Auf die Verwirkung darf sich die Beklagte berufen, unabhängig davon, ob ihr alle von der Klägerin 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.

35

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

36

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*).

IV. Auch die hilfsweise geltend gemachte Zahlung der von der Betriebs- 37
erwerberin in Aussicht gestellten Abfindung kann die Klägerin von der Be-
klagten nicht verlangen.

1. Der Senat hat bereits mehrfach entschieden, dass sich ein Anspruch 38
der Arbeitnehmer gegen die Beklagte als Betriebsveräußerin auf Zahlung einer
Abfindung im Zusammenhang mit einer von der Betriebserwerberin aus-
gesprochenen betriebsbedingten Kündigung nicht aus den Bestimmungen der
geschlossenen Kollektivvereinbarungen ergibt. Dies kann weder dem Transfer-
sozialplan noch der Gesamtbetriebsvereinbarung Sozialplan von 1995, die bei
der Beklagten abgeschlossen wurden, entnommen werden (*BAG 27. November
2008 - 8 AZR 1023/06 - Rn. 22 bis 36*).

2. Für Abfindungsforderungen der Klägerin gegen die A GmbH haftet die 39
Beklagte auch nicht deshalb, weil sie sich etwa mit ihrem Unterrichtungs-
schreiben vom 22. Oktober 2004 im Sinne eines Schuldbeitritts oder einer
Garantieübernahme gegenüber der Klägerin für solche künftigen Abfindungs-
forderungen verpflichtet hätte. Auch dies hat der Senat schon mehrfach klar-

gestellt (*BAG 24. Juli 2008 - 8 AZR 109/07 -; 27. November 2008 - 8 AZR 1023/06 - Rn. 37 bis 42*).

3. Schließlich ergibt sich auch nach § 613a Abs. 5 iVm. §§ 280 ff. BGB 40
kein Schadensersatzanspruch der Klägerin in Höhe der geltend gemachten
Abfindung.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats handelt es sich bei der Unter- 41
richtungspflicht des § 613a Abs. 5 BGB um eine echte Rechtspflicht, deren
Verletzung einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen
kann (*Senat 31. Januar 2008 - 8 AZR 1116/06 - AP BGB § 613a Unterrichtung
Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 85*). Bei der Verletzung der Unterrichts-
pflicht wird ein Verschulden gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet. Macht der
Arbeitnehmer geltend, nicht oder nicht vollständig über den Betriebsübergang
unterrichtet worden zu sein, ist er so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn er
richtig und vollständig informiert worden wäre. Dies bedeutet, dass der Arbeit-
nehmer vortragen und beweisen muss, dass ihm infolge der unterbliebenen
Unterrichtung der geltend gemachte Schaden entstanden ist. Bei rechtzeitiger
und ordnungsgemäßer Unterrichtung müsste der Arbeitnehmer nach § 613a
Abs. 6 BGB dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses rechtzeitig wider-
sprochen haben und der geltend gemachte Schaden dürfte nicht eingetreten
sein. Hierfür hat der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast. Bei Ver-
letzungen von Aufklärungspflichten kann zwar eine Vermutung bestehen, dass
sich der Geschädigte aufklärungsgerecht verhalten hätte (*BGH 5. Juli 1973
- VII ZR 12/73 - BGHZ 61, 118*). Dies setzt jedoch voraus, dass nur eine Hand-
lungsmöglichkeit bestanden hat.

b) Die Klägerin hat nicht schlüssig vorgetragen, dass ihr infolge einer 42
fehlerhaften Unterrichtung der geltend gemachte Schaden entstanden ist. Sie
beruft sich letztlich nicht darauf, dass ihr der Abfindungsanspruch überhaupt
verloren gegangen ist. Vielmehr sieht sie ihren Schaden darin, dass ihr infolge
einer fehlerhaften Unterrichtung und des dadurch unterbliebenen Widerspruchs
gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses als Schuldnerin der Abfindung
nunmehr statt der solventen Beklagten die insolvente A GmbH als Anspruchs-

gegnerin gegenübersteht. Dieser Schaden ist allerdings nicht durch die falsche Information der Beklagten entstanden. Nach der Rechtsprechung des Senats (13. Juli 2006 - 8 AZR 382/05 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 57) bleibt dem Arbeitnehmer bei einer falschen oder fehlerhaften Unterrichtung iSd. § 613a Abs. 5 BGB die Widerspruchsmöglichkeit dadurch erhalten, dass die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht zu laufen beginnt. Die Klägerin hätte durch Erklärung des Widerspruchs genau den Erfolg herbeiführen können, dessen Ausbleiben sie jetzt zur Begründung ihres Schadensersatzanspruchs heranzieht. Wenn die Klägerin die Person ihres Anspruchsschuldners als Ursache für ihren Schaden benennt, sie jedoch durch Ausübung ihres noch bestehenden Widerspruchsrechts gerade diesen Schaden in dem von ihr gewünschten Sinne hätte vermeiden können, fehlt es an der Kausalität zwischen der Falschinformation und der Nichtausübung des Widerspruchsrechts und deshalb auch an einer Kausalität zwischen dieser unzulänglichen Information und dem Eintritt des geltend gemachten Schadens (Senat 20. März 2008 - 8 AZR 1022/06 - EzA BGB 2002 § 613a Nr. 91; 24. Juli 2008 - 8 AZR 109/07 -).

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

43

Hauck

Böck

Breinlinger

Burr

Schulz