

Bundesarbeitsgericht
Achter Senat

Urteil vom 28. Februar 2019
- 8 AZR 230/18 -
ECLI:DE:BAG:2019:280219.U.8AZR230.18.0

I. Arbeitsgericht Lüneburg

Urteil vom 27. Juli 2017
- 4 Ca 452/16 -

II. Landesarbeitsgericht Niedersachsen

Urteil vom 5. Februar 2018
- 8 Sa 835/17 -

Entscheidungsstichworte:

Betriebsübergang - Darlegungs- und Beweislast - Zweifel am Betriebs(teil)übergang - „Betriebs(teil)übergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB“ als einfacher Rechtsbegriff? - Prüfungsumfang - Unterrichtung - Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses - Verzicht auf das Widerspruchsrecht - Verwirkung des Widerspruchsrechts

Hinweis des Senats:

Parallelentscheidung zu führender Sache - 8 AZR 201/18 -

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 230/18
8 Sa 835/17
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
28. Februar 2019

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. Februar 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Schlewing, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Vogelsang sowie die ehrenamtlichen Richter Stahl und Schirp für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 5. Februar 2018 - 8 Sa 835/17 - aufgehoben.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Lüneburg vom 27. Juli 2017 - 4 Ca 452/16 - abgeändert.

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien über den 31. August 2015 hinaus zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen fortbesteht.

Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen über den 31. August 2015 hinaus ein Arbeitsverhältnis besteht. 1

Die Klägerin war seit dem 3. Januar 2005 bei der V GmbH & Co. KG (im Folgenden Schuldnerin) als Schlachthilfe zu einem monatlichen Bruttoentgelt iHv. 1.900,00 Euro beschäftigt. Sie war dort im Bereich „Stall bis Eingang Kühlhaus“ tätig. 2

Mit Schreiben vom 5. August 2015, welches der Klägerin zusammen mit einem weiteren Schreiben der Schuldnerin am 11. September 2015 zugeing, teilte die Schuldnerin der Klägerin unter dem Betreff „**Unterrichtung über Betriebsübergang**“ Folgendes mit: 3

„...“

Im Rahmen einer geplanten Umstrukturierung sollen die Arbeiten im Bereich ‚Stall bis Eingang Kühlhaus‘ an die Firma C GmbH, B übertragen werden. Zu diesem Zweck wurde ein Dienstleistungsvertrag geschlossen.

Gem. § 613a Abs. 5 BGB informieren wir Sie hiermit über diesen Betriebsübergang. Der Betriebsübergang wird nach der jetzigen Planung zum 01.09.2015 erfolgen.

Die Übertragung der bisher in Eigenregie durchgeführten Arbeiten auf einen Dienstleister beruht auf einer unternehmerischen Entscheidung unserer Gesellschaft, um so auch in Zukunft eine Fortführung der Produktion gewährleisten zu können.

Betroffen von dem Betriebsübergang sind sämtliche Mitarbeiter des Betriebsteils Stall und Schlachtung. Die Beschäftigungsverhältnisse aller Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen dieses Betriebsteils gehen mit sämtlichen Rechten und Pflichten unter Anrechnung der vollen Betriebszugehörigkeit auf die erwerbende Gesellschaft über.

Wir haften neben dem Dienstleister für die Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis soweit sie vor dem Betriebsübergang entstanden sind und vor Ablauf von 1,5 Jahren nach diesem Zeitpunkt fällig werden als Gesamtschuldner.

... Die betrieblichen Strukturen und die betrieblichen Organisationen werden von dem Betriebsübergang nicht berührt. Es ist beabsichtigt das bestehende Geschäft weiterzuführen.

Folge des Betriebsüberganges für Sie ist damit der Wechsel des Arbeitgebers. An den Rechten und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ändert sich nichts. Wir bitten Sie daher, Ihre Tätigkeit wie auch in der Vergangenheit bei Ihrem neuen Arbeitgeber fortzusetzen. Sofern Sie sich für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses entscheiden, bitten wir Sie Ihr Einverständnis auf der beigefügten Erklärung bis zum 15.08.2015 schriftlich zu erklären. Sollte bis zu dem Zeitpunkt eine ausdrückliche Erklärung nicht vorliegen, gehen wir von Ihrem stillschweigenden Einverständnis mit dem Betriebsübergang aus. Ihnen steht es frei, dem Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses zu widersprechen. Bitte beachten Sie, dass der Widerspruch innerhalb eines Monats nach Zugang dieser Unterrichtung schriftlich zu erfolgen hat. Der Widerspruch kann sowohl gegenüber uns oder dem Dienstleistungsunternehmen erklärt werden. Bitte beachten Sie aber, dass im Falle eines Widerspruchs die Beendigung Ihres Arbeitsverhältnisses drohen kann, da aufgrund des Betriebsübergangs Ihr bisheriger Arbeitsplatz ersatzlos wegfällt und ggf. eine alternative Beschäftigungsmöglichkeit nicht existiert. ...

Bitte geben Sie die beigefügten Einverständniserklärung bis zum 15.08.2015 bei ihrem Vorarbeiter N ab.

...“

Die Klägerin unterzeichnete noch im September 2015 die dem Unterrichtungsschreiben beigefügte vorformulierte Einverständniserklärung, die den folgenden Wortlaut hat: 4

„Einverständniserklärung

Nachdem ich am 05.08.2015 über den Betriebsübergang unterrichtet wurde, erkläre ich hiermit mein Einverständnis für die Übertragung meines Arbeitsverhältnisses zu unveränderten Bedingungen ab 01.09.2015 an die Firma C GmbH, B.“

Einem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die C GmbH widersprach die Klägerin zunächst nicht und arbeitete ab dem 1. September 2015 für diese. Die C GmbH wurde später in A GmbH umfirmiert. Über deren Vermögen wurde am 7. November 2016 das Insolvenzverfahren eröffnet. Mit Schreiben vom 24. Oktober 2016 hatte die Klägerin dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses von der Schuldnerin auf die C GmbH widersprochen. 5

Am 31. Dezember 2016 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet; mit Wirkung vom 24. Februar 2017 wurde der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestimmt. 6

Mit ihrer am 21. November 2016 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat die Klägerin die Feststellung begehrt, dass ihr Arbeitsverhältnis mit der Schuldnerin über den 31. August 2015 hinaus fortbesteht. 7

Sie hat die Auffassung vertreten, die Unterrichtung mit Schreiben vom 5. August 2015 sei fehlerhaft gewesen, weshalb die Frist für den Widerspruch gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die C GmbH nicht zu laufen begonnen habe. Sie habe weder auf ihr Widerspruchsrecht verzichtet noch sei dieses zum Zeitpunkt ihres Widerspruchs verwirkt gewesen. 8

Die Klägerin hat sinngemäß beantragt 9

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien über den 31. August 2015 hinaus zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen fortbesteht.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat die Auffassung vertreten, die Klägerin habe dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses von der Schuldnerin auf die C GmbH nicht fristgerecht widersprochen. Die Unterrichtung vom 5. August 2015 sei ordnungsgemäß. Im Übrigen habe die Klägerin durch die Unterzeichnung der Einverständniserklärung auf ihr Widerspruchsrecht verzichtet, jedenfalls sei das Widerspruchsrecht verwirkt. 10

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt diese ihr Klagebegehren weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision. 11

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Klägerin hat in der Sache Erfolg. Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts ist die zulässige Klage begründet. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien besteht über den 31. August 2015 hinaus zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen fort. 12

A. Die Revision ist entgegen der Rechtsauffassung des Beklagten zulässig, insbesondere wurde sie innerhalb der Revisionsbegründungsfrist ordnungsgemäß iSv. § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO begründet. 13

I. Nach § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO gehört zum notwendigen Inhalt der Revisionsbegründung die Angabe der Revisionsgründe. Bei einer Sachrüge sind diejenigen Umstände bestimmt zu bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt. Die Revisionsbegründung muss den angenommenen Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts so aufzeigen, dass Gegenstand und Richtung des Revisionsangriffs erkennbar sind. Das erfordert eine Auseinandersetzung mit den tragenden Gründen der angefochtenen Entscheidung und die genaue Darlegung der Gesichtspunkte, aus denen 14

das angefochtene Urteil rechtsfehlerhaft sein soll (*zu diesen Anforderungen an die Revisionsbegründung vgl. etwa BAG 11. August 2016 - 8 AZR 406/14 - Rn. 20 mwN*). Hat das Berufungsgericht seine Entscheidung auf mehrere voneinander unabhängige, selbständig tragende rechtliche Erwägungen gestützt, muss die Revisionsbegründung jede von ihnen angreifen. Die Revisionsbegründung muss, ihre Berechtigung unterstellt, geeignet sein, die Entscheidung insgesamt infrage zu stellen. Setzt sich die Revisionsbegründung mit einer der selbständig tragenden Erwägungen nicht auseinander, ist das Rechtsmittel insgesamt unzulässig (*vgl. zur st. Rspr.: BAG 19. März 2008 - 5 AZR 442/07 - Rn. 14 ff.; 16. Mai 2007 - 7 ABR 45/06 - Rn. 13, BAGE 122, 293; 15. November 2006 - 7 ABR 6/06 - Rn. 14*).

- II. Die Revisionsbegründung wird diesen Anforderungen gerecht. 15
- 1. Das Landesarbeitsgericht hat seine die Klage abweisende Entscheidung zum einen tragend darauf gestützt, die Klägerin habe dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses von der Schuldnerin auf die C GmbH nicht wirksam widersprochen. Sie habe zuvor auf ihr Widerspruchsrecht verzichtet. Die von ihr im September 2015 unterzeichnete Einverständniserklärung sei als Verzichtserklärung zu verstehen. Entgegen der vom Landesarbeitsgericht Saarland in seinem Urteil vom 12. August 2009 (- 2 Sa 52/09 -) geäußerten Rechtsauffassung könne auch bei nicht ordnungsgemäßer Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB auf das Widerspruchsrecht verzichtet werden. Zum anderen hat das Landesarbeitsgericht seine Entscheidung tragend darauf gestützt, das Widerspruchsrecht sei zum Zeitpunkt seiner Ausübung bereits verwirkt gewesen. Die Schuldnerin habe aufgrund des Gesamtverhaltens der Klägerin darauf vertrauen dürfen, diese werde ihr Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben. 16
- 2. Die Revisionsbegründung setzt sich ausreichend mit beiden selbständig tragenden rechtlichen Erwägungen des Berufungsgerichts auseinander und enthält eine hinreichende Darlegung der Gesichtspunkte, aus denen das angefochtene Urteil rechtsfehlerhaft sein soll. Darauf, ob die Ausführungen in der Revisionsbegründung „richtig“, „zutreffend“ oder „inhaltlich stichhaltig“ sind, kommt es für die Frage der Zulässigkeit der Revision nicht an. 17

a) Die Klägerin hat in der Revisionsbegründung ausgeführt, sie habe einem „Betriebsvorgang“ nie zugestimmt. Damit hat sie erkennbar zum Ausdruck gebracht, dem mit einem Betriebs(teil)übergang verbundenen Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die Betriebserwerberin nicht zugestimmt zu haben. Aus der Einverständniserklärung aus September 2015 folge nichts anderes. Ihr sei nicht erklärt worden, dass sie durch eine Unterschrift unter der Einverständniserklärung auf ihr Widerspruchsrecht verzichte. Damit wendet sich die Klägerin gegen die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Auslegung der Einverständniserklärung als Verzicht. Die Klägerin hat darüber hinaus eingewandt, eine etwaige Verzichtserklärung sei unwirksam. Die Unterrichtung habe nicht den Vorgaben des § 613a Abs. 5 BGB entsprochen. Das Berufungsgericht sei insoweit rechtsfehlerhaft - entgegen dem Urteil des Landesarbeitsgerichts Saarland vom 12. August 2009 (- 2 Sa 52/09 -) - davon ausgegangen, dass es auf eine ordnungsgemäße Unterrichtung nicht ankomme. Das Widerspruchsrecht sei auch nicht verwirkt gewesen. Die Schuldnerin habe sie durch den im Unterrichtungsschreiben enthaltenen Hinweis darauf, dass die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses mit dieser drohen könne, von der Ausübung ihres Widerspruchsrechts abgehalten. Damit hat die Klägerin ausreichende Gesichtspunkte dargelegt, weshalb die Annahme des Landesarbeitsgerichts, das Widerspruchsrecht sei verwirkt, rechtsfehlerhaft sein soll.

18

b) Soweit der Beklagte rügt, die Revisionsbegründung setze sich nicht in der erforderlichen Tiefe mit dem Berufungsurteil auseinander und enthalte im Wesentlichen eine bloße Wiederholung der Ausführungen der Klägerin aus der Berufung, führt dies zu keiner anderen Beurteilung. Zwar kann eine wortgetreue Wiederholung von Passagen aus früheren Schriftsätzen im Einzelfall dahin zu würdigen sein, der Revisionskläger habe sich mit dem angefochtenen Urteil inhaltlich nicht (ausreichend) auseinandergesetzt (vgl. BAG 31. Juli 2018 - 3 AZR 386/17 - Rn. 13; 23. Januar 2018 - 1 AZR 550/16 - Rn. 12). Die Revisionsbegründung der Klägerin lässt eine solche Würdigung indes nicht zu. Die Klägerin hat insbesondere nicht lediglich ihre Erwägungen an die Stelle derjenigen des Landesarbeitsgerichts gesetzt, ohne sich mit diesen inhaltlich auseinanderzusetzen. Vielmehr hat die Klägerin mit den unter Rn. 18 wiedergegebene-

19

nen Ausführungen beide, die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts selbständig tragenden rechtlichen Erwägungen angegriffen, sich mit diesen auseinandergesetzt und dargetan, weshalb das angefochtene Urteil insoweit rechtsfehlerhaft sein soll. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass auf Seite 3 der Revisionsbegründung mehrmals auf die Ausführungen bzw. die Rechtsauffassung des „Arbeitsgerichts“ Bezug genommen wurde. Insoweit liegt ein offensichtlicher Schreib- bzw. Kopierfehler vor, der nicht zur Unzulässigkeit der Revision führt.

B. Die Revision ist begründet. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist die zulässige Klage begründet. 20

I. Die Klage ist zulässig. Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass zwischen den Parteien über den 31. August 2015 hinaus ein Arbeitsverhältnis zu unveränderten vertraglichen Bedingungen besteht. Dieser Antrag ist auf die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses iSd. § 256 Abs. 1 ZPO gerichtet (*vgl. etwa BAG 21. November 2013 - 2 AZR 598/12 - Rn. 32, BAGE 146, 353*). Für den Antrag ist auch das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse gegeben. Der Beklagte bestreitet, dass zwischen den Parteien über den 31. August 2015 hinaus ein Arbeitsverhältnis besteht. 21

II. Die Klage ist auch begründet. Zwischen den Parteien besteht über den 31. August 2015 hinaus ein Arbeitsverhältnis zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen. Es kann dahinstehen, ob das Arbeitsverhältnis der Klägerin infolge eines Betriebs(teil)übergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zum 1. September 2015 von der Schuldnerin auf die C GmbH übergegangen ist und in diesem Zusammenhang, ob der Senat an die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zum Vorliegen eines Betriebs(teil)übergangs iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB gebunden ist, was zweifelhaft ist. Die Klage hat in jedem Fall in der Sache Erfolg. Hat kein Betriebs(teil)übergang stattgefunden, ist die Klage bereits deshalb begründet, weil das mit der Schuldnerin begründete Arbeitsverhältnis der Klägerin nicht nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die C GmbH übergegangen ist und der Widerspruch der Klägerin vom 24. Oktober 2016 ins Leere ging. Hat demgegenüber ein Betriebs(teil)übergang iSv. § 613a Abs. 1 22

Satz 1 BGB stattgefunden, hat die Klägerin dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die C GmbH mit Schreiben vom 24. Oktober 2016 wirksam widersprochen.

1. Es kann offen bleiben, ob überhaupt ein Betriebs(teil)übergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB von der Schuldnerin auf die C GmbH stattgefunden hat und in diesem Zusammenhang, ob der Senat nach § 559 Abs. 2 ZPO an die entsprechenden Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zum Vorliegen eines Betriebs(teil)übergangs gebunden ist. Dies ist zweifelhaft. 23

a) Das Landesarbeitsgericht hat im Tatbestand des Berufungsurteils ausgeführt, der „Betriebsteil mit den Arbeiten des Bereichs ‚Stall bis Eingang Kühlhaus‘“ sei zum 1. September 2015 auf die C GmbH übergegangen, dieser Betriebsübergang sei - wie angekündigt - durchgeführt worden und die Klägerin habe fortan für die C GmbH gearbeitet. In den Entscheidungsgründen hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, das Arbeitsverhältnis der Klägerin sei nach § 613a BGB auf die C GmbH übergegangen. 24

b) Der Senat hat erhebliche Zweifel, ob es zum 1. September 2015 tatsächlich zu einem Betriebs(teil)übergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB gekommen ist. Soweit das Landesarbeitsgericht hierzu überhaupt konkrete Tatsachen festgestellt hat, lassen diese Feststellungen nämlich Umstände erkennen, die gegen einen Betriebs(teil)übergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB sprechen könnten. 25

aa) Ein Betriebs(teil)übergang iSd. Richtlinie 2001/23/EG sowie iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB setzt voraus, dass der Übergang eine auf Dauer angelegte, ihre Identität bewahrende wirtschaftliche Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit betrifft (*vgl. etwa BAG 25. Januar 2018 - 8 AZR 309/16 - Rn. 49 mwN, BAGE 161, 378*). Entscheidend für einen Betriebs(teil)übergang ist daher, dass die betreffende Einheit ihre Identität bewahrt. 26

Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit ihre Identität bewahrt, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksich- 27

tigt werden. Dazu gehören namentlich die Art des Unternehmens oder Betriebs, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeiten, denen je nach der Art des betroffenen Unternehmens oder Betriebs, je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- oder Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zukommt (*vgl. zu den Voraussetzungen etwa BAG 25. August 2016 - 8 AZR 53/15 - Rn. 27 mwN*).

Ein Betriebs(teil)übergang iSd. Richtlinie 2001/23/EG sowie iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB liegt ferner nur dann vor, wenn die für den Betrieb der wirtschaftlichen Einheit verantwortliche natürliche oder juristische Person, die in dieser Eigenschaft die Arbeitgeberverpflichtungen gegenüber den Beschäftigten eingeht, (im Rahmen vertraglicher Beziehungen) wechselt (*vgl. etwa BAG 25. Januar 2018 - 8 AZR 309/16 - Rn. 50 mwN, BAGE 161, 378*). 28

bb) Das Berufungsurteil enthält keine konkreten Feststellungen zu den für die Annahme eines Betriebs(teil)übergangs relevanten Tatsachen. Es lässt nicht erkennen, woraus sich ergeben soll, dass es sich bei dem Bereich „Stall bis Eingang Kühlhaus“ um einen Betriebsteil iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB, mithin um eine wirtschaftliche Einheit mit eigener Identität im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit handelt. So fehlt es bereits an Feststellungen und Ausführungen dazu, ob für die dort zu verrichtenden Tätigkeiten etwa auch sächliche Betriebsmittel oder weitere Faktoren von Bedeutung sind, ob auch diese ggf. auf die C GmbH übergegangen sind und wie die zu berücksichtigenden Tatsachen im Streitfall zu gewichten sind. Soweit - wie hier - nicht erkennbar ist, was die bisherige Identität einer wirtschaftlichen Einheit ausgemacht hat, kann auch nicht beurteilt werden, ob diese bei einem etwaigen neuen Inhaber bewahrt wurde. 29

cc) Die vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen lassen - im 30
Gegenteil - vielmehr Umstände erkennen, die Zweifel am Vorliegen eines Betriebs(teil)übergangs iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB begründen. Danach könnte es an dem für die Annahme eines Betriebs(teil)übergangs erforderlichen Wechsel in der für den Betrieb der wirtschaftlichen Einheit verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person, die in dieser Eigenschaft die Arbeitgeberverpflichtungen gegenüber den Beschäftigten eingeht, fehlen.

(1) Aus den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, insbesondere dem 31
Unterrichtungsschreiben vom 5. August 2015 ergibt sich nur, dass das Rechtsgeschäft zwischen der Schuldnerin und der C GmbH ein Dienstleistungsvertrag war. Feststellungen zum konkreten Inhalt des Dienstleistungsvertrags hat das Landesarbeitsgericht nicht getroffen. Damit hat es nicht geklärt, ob dieser Vertrag eine „bloße“ Auftragsvergabe für Personaldienstleistungen im Bereich „Stall bis Eingang Kühlhaus“ zum Gegenstand hatte, bei der der C GmbH keine Freiheit in der Organisation und Durchführung der fraglichen Dienstleistung geblieben wäre (*zur Charakterisierung bloßer Bereitstellung von Personal für einen Auftraggeber vgl. etwa EuGH 10. Dezember 1998 - C-173/96 und C-247/96 - [Hidalgo ua.] Rn. 27*). Für einen derartigen Inhalt des Dienstleistungsvertrags sprechen im Übrigen weitere Passagen im Unterrichtungsschreiben vom 5. August 2015. Dort heißt es nämlich, dass die betrieblichen Strukturen und die betrieblichen Organisationen von dem „Betriebsübergang“ nicht berührt würden und dass beabsichtigt sei, das bestehende Geschäft weiterzuführen. Und an anderer Stelle heißt es, im Rahmen der geplanten Umstrukturierung würden (nur) die „Arbeiten“ im betroffenen Bereich übertragen.

(2) Aus dem Vorbringen des insoweit darlegungs- und beweisbelasteten 32
Beklagten ergibt sich nichts Gegenteiliges. Im Rahmen des § 613a BGB gelten die allgemeinen Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast. Danach trägt der Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast für die rechtsbegründenden, der Anspruchsgegner trägt sie für die rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Tatbestandsmerkmale (*vgl. etwa BAG 23. Mai 2013 - 8 AZR 207/12 - Rn. 26; 10. Mai 2012 - 8 AZR 434/11 - Rn. 28*). Soweit sich

der Beklagte als Anspruchsgegner auf den für ihn günstigen Umstand eines Betriebs(teil)übergangs iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zur C GmbH stützen will, obliegt ihm also die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen dessen Tatbestandsvoraussetzungen. Dazu fehlt es jedoch an Vortrag.

(3) Nach alledem bleibt es zumindest zweifelhaft, ob es zu dem für die Annahme eines Betriebs(teil)übergangs iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB erforderlichen Wechsel in der für den Betrieb der wirtschaftlichen Einheit verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person, die in dieser Eigenschaft die Arbeitgeberverpflichtungen gegenüber den Beschäftigten eingeht, gekommen ist. 33

c) Sofern es für die Entscheidung des Rechtsstreits darauf ankommen sollte, ob ein Betriebs(teil)übergang von der Schuldnerin auf die C GmbH stattgefunden hat, würde sich vor dem Hintergrund der unter Rn. 25 ff. aufgezeigten Zweifel die Frage stellen, ob der Senat nach § 559 Abs. 2 ZPO an die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zum Vorliegen eines Betriebs(teil)übergangs iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB gebunden ist. 34

aa) Nach § 559 Abs. 2 ZPO ist für den Fall, dass das Berufungsgericht festgestellt hat, dass eine tatsächliche Behauptung einer Partei wahr oder nicht wahr ist, diese Feststellung für das Revisionsgericht bindend, es sei denn, dass in Bezug auf die Feststellung ein zulässiger und begründeter Revisionsangriff erhoben ist. Dies gilt nach der Rechtsprechung nicht nur für tatsächliche Umstände (§ 138 Abs. 1 ZPO), sondern auch für Tatsachen in ihrer juristischen Einkleidung, wenn dies durch einen einfachen Rechtsbegriff geschieht, der jedem Teilnehmer des Rechtsverkehrs geläufig ist (vgl. etwa BAG 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 75, BAGE 156, 71; 23. Februar 2016 - 3 AZR 44/14 - Rn. 38 mwN; 31. Juli 2014 - 2 AZR 422/13 - Rn. 22, BAGE 149, 18; 16. Dezember 2010 - 6 AZR 487/09 - Rn. 36 mwN, BAGE 136, 340; BGH 19. März 2004 - V ZR 104/03 - zu II 1 a aa der Gründe mwN, BGHZ 158, 295; 13. März 1998 - V ZR 190/97 - zu II 2 b der Gründe). Zu prüfen ist allerdings, ob der jeweilige Begriff eine solche Einfachheit aufweist. Darauf, ob die Feststellung seiner Voraussetzungen rechtlich und tatsächlich schwierig sein kann, kommt es hingegen nicht an (BAG 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - aaO; 35

14. November 2007 - 4 AZR 861/06 - Rn. 28 mwN; BGH 13. März 1998 - V ZR 190/97 - aaO).

bb) Im Hinblick auf den „Betriebs(teil)übergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB“ hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts in seinem Urteil vom 14. November 2007 (- 4 AZR 861/06 - Rn. 29) ausgeführt, dieser Begriff sei ein einfacher Rechtsbegriff, der den Teilnehmern am Arbeitsleben geläufig sei. Die Übernahme eines Betriebs oder Betriebsteils mit der Rechtsfolge des Übergangs der dort bestehenden Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber sei ein häufiger Vorgang, den eine Vielzahl von Arbeitgebern und Arbeitnehmern bereits erfahren habe. Zwar könnten die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs im Einzelfall schwierig festzustellen sein; dies ändere aber nichts daran, dass der Begriff einen einfachen rechtlichen Gehalt habe. Jedenfalls wenn Rechtsanwälte für die Parteien vortrügen, sei die Behauptung, ein Betriebsübergang habe stattgefunden, eine rechtliche Einkleidung tatsächlicher Umstände, die einer bindenden tatsächlichen Feststellung zugänglich sei (BAG 14. November 2007 - 4 AZR 861/06 - Rn. 29). 36

cc) Der Senat hat erhebliche Zweifel, ob der Begriff „Betriebs(teil)übergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB“ tatsächlich eine solche Einfachheit in seinem rechtlichen Gehalt aufweist. Nach Auffassung des Senats spricht vielmehr viel für das Gegenteil. Insoweit wirkt sich ua. aus, dass der Begriff „Betriebs(teil)übergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB“ durch die Vorgaben der Richtlinie 2001/23/EG und der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union determiniert ist. In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof der Europäischen Union in seinem Urteil vom 9. September 2015 (- C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 43 f.) ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die von den nationalen Gerichten dem Gerichtshof vorgelegten, die Auslegung des Begriffs „Betriebsübergang“ betreffenden Fragen erhebliche Auslegungsschwierigkeiten und die Gefahr von Divergenzen in der Rechtsprechung der nationalen Gerichte belegen. Schon allein deshalb spricht viel dafür, dass die Annahme, der Begriff „Betriebs(teil)übergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB“ sei ein einfacher Rechtsbegriff, der den Teilnehmern am Arbeitsleben 37

geläufig sei, nicht gerechtfertigt ist. Vor diesem Hintergrund könnte es dann, wenn die Parteien übereinstimmend von einem Betriebs(teil)übergang ausgehen, geboten sein, jedenfalls eine pauschale, summarische Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB vorzunehmen und vom Berufungsgericht die Feststellung der hierfür notwendigen Tatsachen zu verlangen.

d) Ob das Arbeitsverhältnis der Klägerin infolge eines Betriebs(teil)übergangs iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zum 1. September 2015 von der Schuldnerin auf die C GmbH übergegangen ist und in diesem Zusammenhang, ob der Senat nach § 559 Abs. 2 ZPO an die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zum Vorliegen eines Betriebs(teil)übergangs iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB gebunden ist, muss im vorliegenden Verfahren indes nicht entschieden werden. Die Klage ist in jedem Fall begründet. 38

Hat kein Betriebs(teil)übergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB stattgefunden, ist die Klage bereits deshalb begründet, weil das mit der Schuldnerin begründete Arbeitsverhältnis der Klägerin nicht auf die C GmbH übergegangen ist und der Widerspruch der Klägerin vom 24. Oktober 2016 ins Leere ging. Hat demgegenüber ein Betriebs(teil)übergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB stattgefunden, besteht das zwischen der Schuldnerin und der Klägerin begründete Arbeitsverhältnis über den 31. August 2015 hinaus zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen fort, weil die Klägerin dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die C GmbH mit Schreiben vom 24. Oktober 2016 wirksam widersprochen hat. 39

2. Hat ein Betriebs(teil)übergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB stattgefunden, hat die Klägerin dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die C GmbH mit Schreiben vom 24. Oktober 2016 wirksam widersprochen. Sie musste, da sie nicht ordnungsgemäß iSv. § 613a Abs. 5 BGB unterrichtet worden war, dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die C GmbH nicht innerhalb der Monatsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB widersprechen. Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts hat die Klägerin durch ihre Unterschrift unter die Einverständniserklärung nicht auf ihr Widerspruchsrecht als solches 40

verzichtet. Die Auslegung der Einverständniserklärung ergibt vielmehr, dass die Klägerin allenfalls temporär, nämlich maximal für die Zeit bis kurz vor Ablauf der im Unterrichtungsschreiben der Schuldnerin vom 5. August 2015 angeführten Frist von einem Monat nach Zugang der Unterrichtung auf die Ausübung ihres Widerspruchsrechts verzichtet hat. Das Widerspruchsrecht war - anders als das Berufungsgericht angenommen hat - zum Zeitpunkt seiner Ausübung auch nicht verwirkt. Der Widerspruch der Klägerin stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als treuwidrig (§ 242 BGB) dar.

a) Die Klägerin musste dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die C GmbH nicht innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung vom 5. August 2015 widersprechen. Das Unterrichtungsschreiben der Schuldnerin hat die Monatsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht in Gang gesetzt. Diese Unterrichtung entspricht nicht den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB. 41

aa) § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB bewirkt, dass im Fall eines Betriebs(teil)-übergangs der neue Inhaber in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen eintritt; in diesem Fall findet kraft Gesetzes „automatisch“ ein Arbeitgeberwechsel statt. Den Arbeitnehmern wird aber nach § 613a Abs. 6 BGB ein Widerspruchsrecht gewährleistet. Das Widerspruchsrecht trägt den grundrechtlichen Wertungen des Art. 12 Abs. 1 GG Rechnung, der dem Arbeitnehmer die freie Wahl des Arbeitsplatzes und damit auch die freie Wahl des Vertragspartners garantiert. Das Widerspruchsrecht ist ein Gestaltungsrecht, dessen wirksame Ausübung bewirkt, dass die Rechtsfolgen des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB nicht eintreten, der Arbeitnehmer also den alten Vertragspartner behält (*st. Rspr., vgl. etwa BAG 15. Dezember 2016 - 8 AZR 612/15 - Rn. 29 ff. mwN, BAGE 157, 317; 19. November 2015 - 8 AZR 773/14 - Rn. 19 mwN, BAGE 153, 296*). 42

Das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB steht nach der Konzeption von § 613a BGB in einem wechselseitigen Bezug zur Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB (*vgl. BT-Drs. 14/7760 S. 12*). Danach haben der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber die von einem Übergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang in Textform über die in § 613a Abs. 5 43

Nr. 1 bis Nr. 4 BGB aufgeführten Umstände zu unterrichten. Die Unterrichtung ist teleologisch auf das Widerspruchsrecht ausgerichtet. Sie soll den Arbeitnehmer in die Lage versetzen, eine sachgerechte Entscheidung darüber zu treffen, ob er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den neuen Betriebs(teil)inhaber widersprechen will. Deshalb haben Veräußerer und/oder Erwerber den Arbeitnehmer so zu informieren, dass dieser sich über den Gegenstand des Betriebs(teil)übergangs und die Person des Übernehmers sowie über die in § 613a Abs. 5 BGB genannten Umstände „ein Bild machen“ kann. Dem Arbeitnehmer soll auch die Möglichkeit eröffnet werden, sich weitergehend zu erkundigen und gegebenenfalls beraten zu lassen, um dann auf dieser Grundlage über einen Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu entscheiden (vgl. etwa BAG 15. Dezember 2016 - 8 AZR 612/15 - Rn. 34, BAGE 157, 317; 14. November 2013 - 8 AZR 824/12 - Rn. 18 und 19 mwN).

Nach § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB wird dem Arbeitnehmer zwar für die wirksame Ausübung des Widerspruchsrechts eine Frist von einem Monat nach Zugang der Unterrichtung iSv. § 613a Abs. 5 BGB gesetzt. Allerdings wird die Widerspruchsfrist nach § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nur durch eine ordnungsgemäße Unterrichtung in Lauf gesetzt (st. Rspr., vgl. etwa BAG 15. Dezember 2016 - 8 AZR 612/15 - Rn. 34, BAGE 157, 317; 22. Januar 2009 - 8 AZR 808/07 - Rn. 23 mwN). Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB, wonach der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats „nach Zugang der Unterrichtung nach Absatz 5“ widersprechen kann und ergibt sich im Übrigen aus dem unter Rn. 43 dargestellten wechselseitigen Bezug von Unterrichtung und Widerspruchsrecht.

44

Ob eine Unterrichtung den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB entspricht, unterliegt der gerichtlichen Überprüfung. Soweit die formalen Anforderungen zur Unterrichtung über die Person des Betriebserwerbers nicht erfüllt sind und/oder Ausführungen zu einem in § 613a Abs. 5 BGB genannten Umstand fehlen bzw. unverständlich oder auf den ersten Blick mangelhaft sind (vgl. etwa BAG 10. November 2011 - 8 AZR 430/10 - Rn. 25), liegt eine offensichtlich fehlerhafte Unterrichtung vor. Darüber hinaus gilt grundsätzlich eine abgestufte

45

Darlegungs- und Beweislast (vgl. etwa BAG 31. Januar 2008 - 8 AZR 1116/06 - Rn. 29; 14. Dezember 2006 - 8 AZR 763/05 - Rn. 23 f. mwN).

bb) Danach hat das Unterrichtungsschreiben der Schuldnerin vom 5. August 2015 die Monatsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht in Gang gesetzt. Die Unterrichtung vom 5. August 2015 war nicht ordnungsgemäß iSv. § 613a Abs. 5 BGB. Das Unterrichtungsschreiben der Schuldnerin entspricht offensichtlich nicht den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB, weil es das Haftungssystem nach § 613a Abs. 2 BGB nicht zutreffend wiedergibt. 46

(1) Nach § 613a Abs. 2 Satz 1 BGB haftet der bisherige Arbeitgeber neben dem neuen Inhaber als Gesamtschuldner für Verpflichtungen nach § 613a Abs. 1 BGB, soweit sie vor dem Zeitpunkt des Übergangs entstanden sind „und vor Ablauf von einem Jahr nach diesem Zeitpunkt fällig werden“. Demgegenüber wird in der Unterrichtung vom 5. August 2015 zwar zutreffend darauf hingewiesen, dass die Schuldnerin („wir“) „neben dem Dienstleister“ „als Gesamtschuldner“ „für die Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis“ haftet, soweit „vor dem Betriebsübergang entstanden“. Nicht zutreffend ist allerdings der Satzteil „und vor Ablauf von 1,5 Jahren nach diesem Zeitpunkt fällig werden“, weil damit eine im Vergleich zur gesetzlichen Regelung längere gesamtschuldnerische Haftung vorgespiegelt wird. 47

(2) Eine Unterrichtung über die in § 613a Abs. 2 Satz 2 BGB enthaltene Einschränkung der Haftung, wonach in dem Fall, dass entsprechende Verpflichtungen nach dem Zeitpunkt des Übergangs fällig werden, der bisherige Arbeitgeber für sie nur in dem Umfang haftet, der dem im Zeitpunkt des Übergangs abgelaufenen Teil ihres Bemessungszeitraums entspricht, fehlt gänzlich. 48

b) Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts hat die Klägerin durch die Einverständniserklärung aus September 2015 nicht auf ihr Widerspruchsrecht als solches verzichtet. Vielmehr hat die Klägerin allenfalls temporär, nämlich höchstens für die Zeit bis kurz vor Ablauf der im Unterrichtungsschreiben der Schuldnerin vom 5. August 2015 angeführten Frist von einem Monat nach Zugang der Unterrichtung auf die Ausübung ihres Widerspruchs- 49

rechts verzichtet. Dies ergibt die Auslegung der Einverständniserklärung, die der Senat selbst vornehmen kann, da es sich bei dieser Erklärung um Allgemeine Geschäftsbedingungen iSv. § 305 Abs. 1 BGB handelt, wovon auch das Landesarbeitsgericht ausgegangen ist.

aa) Auf das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB kann durch einseitige Erklärung verzichtet werden (vgl. etwa BAG 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - Rn. 45, BAGE 121, 289; 19. März 1998 - 8 AZR 139/97 - zu I 3 a der Gründe, BAGE 88, 196 zur verwandten Möglichkeit des Ausschlusses kraft Vertrags; 15. Februar 1984 - 5 AZR 123/82 - zu III 2 a der Gründe, BAGE 45, 140 zu den verwandten Möglichkeiten der Vereinbarung bzw. einseitig vom Arbeitnehmer erklärter Zusage; vgl. auch MüKoBGB/Müller-Glöge 7. Aufl. § 613a Rn. 115; ErfK/Preis 19. Aufl. BGB § 613a Rn. 104; KR/Treber 12. Aufl. § 613a BGB Rn. 77). Denkbar ist insoweit sowohl ein Verzicht auf das Widerspruchsrecht als solches als auch ein zeitweiliger Verzicht auf dessen Ausübung. Voraussetzung eines Verzichts auf das Widerspruchsrecht als solches oder auf dessen Ausübung ist allerdings das Bewusstsein, ein solches Recht zu haben (BAG 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - aaO). Ob ein Verzicht auf das Widerspruchsrecht oder dessen Ausübung zudem eine ordnungsgemäße Unterrichtung iSv. § 613a Abs. 6 Satz 1 iVm. § 613a Abs. 5 BGB (dafür LAG Saarland 12. August 2009 - 2 Sa 52/09 -; dagegen LAG Niedersachsen 5. Februar 2018 - 8 Sa 833/17 - sowie ua. das hier angegriffene Berufungsurteil) oder jedenfalls eine zutreffende Unterrichtung in Textform über die „grundlegenden Informationen“ (vgl. ua. BAG 19. November 2015 - 8 AZR 773/14 - Rn. 15, BAGE 153, 296) voraussetzt, kann vorliegend offen bleiben, da die Klägerin allenfalls zeitweilig, nämlich höchstens für die Zeit bis kurz vor Ablauf der im Unterrichtsschreiben der Schuldnerin vom 5. August 2015 angeführten Frist von einem Monat nach Zugang der Unterrichtung auf die Ausübung ihres Widerspruchsrechts verzichtet hat.

50

bb) Die Auslegung der Einverständniserklärung der Klägerin aus September 2015 ergibt, dass die Klägerin allenfalls temporär, nämlich maximal für die Zeit bis kurz vor Ablauf der im Unterrichtsschreiben der Schuldnerin vom

51

5. August 2015 angeführten Frist von einem Monat nach Zugang des Unterrichtungsschreibens verzichtet hat.

(1) Die Einverständniserklärung der Klägerin aus September 2015 ist nach den für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Grundsätzen auszulegen. 52

(a) Bei dieser Einverständniserklärung handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen iSv. § 305 Abs. 1 BGB. 53

Die Einverständniserklärung, deren Vordruck dem Unterrichtungsschreiben vom 5. August 2015 beigelegt war, enthält Vertragsbedingungen, die von der Schuldnerin für eine Vielzahl von gleichgelagerten Fällen vorformuliert wurden. Dass diese von der Schuldnerin auch gestellt wurden, unterliegt keinem Zweifel. Der Umstand, dass es sich bei der Einverständniserklärung um eine einseitige Erklärung der Klägerin handelt, steht der Annahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht entgegen. Allgemeine Geschäftsbedingungen iSv. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB sind auch einseitige Erklärungen des Vertragspartners des Verwenders, die auf einer Vorformulierung des Verwenders beruhen (*vgl. etwa Ulmer/Habersack in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 12. Aufl. § 305 BGB Rn. 16; Palandt/Grüneberg 78. Aufl. § 305 Rn. 5; CKK/Clemenz 2. Aufl. § 305 BGB Rn. 15; Däubler/Bonin/Deinert/Deinert 4. Aufl. § 305 Rn. 6, jeweils mit zahlr. Nachw. aus der Rspr. des BGH*). Im Übrigen ist auch das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass es sich bei der Einverständniserklärung um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, was im Revisionsverfahren nicht angegriffen wurde. 54

(b) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners zugrunde zu legen sind (*vgl. etwa BAG 23. November 2017 - 8 AZR 372/16 - Rn. 26 mwN*). Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen obliegt auch dem Revisionsgericht (*etwa BAG 21. April 2016 - 8 AZR 753/14 - Rn. 30 mwN*). 55

(2) Die Einverständniserklärung der Klägerin aus September 2015 ist unter Berücksichtigung des Inhalts des Unterrichtungsschreibens vom 5. August 2015 auszulegen. 56

Dies folgt bereits daraus, dass die Einverständniserklärung und das Unterrichtungsschreiben eine Einheit darstellen. Das Unterrichtungsschreiben, das von der Schuldnerin ebenfalls für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert wurde, enthält Erläuterungen zur Einverständniserklärung, ein Vordruck der Einverständniserklärung war dem Unterrichtungsschreiben in der Anlage beigelegt. Aber auch dann, wenn das Unterrichtungsschreiben und die Einverständniserklärung keine Einheit bilden würden, wäre das Unterrichtungsschreiben bei der Auslegung der Einverständniserklärung zu berücksichtigen. Zwar ist es eine Folge der objektiven, typisierten Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, dass Umstände, die allein den konkreten Vertragspartnern bekannt sind oder die den besonderen Einzelfall kennzeichnen, grundsätzlich nicht herangezogen werden dürfen. Dies ergibt sich auch aus § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB, wonach die den Vertragsschluss begleitenden Umstände nur bei der Prüfung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB zu berücksichtigen sind. Dies bedeutet allerdings nicht, dass jegliche Begleitumstände für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen unbedeutend sind. Ausgeschlossen sind vielmehr nur konkret-individuelle Umstände. Zur Auslegung heranzuziehen sind hingegen Begleitumstände, die nicht ausschließlich die konkrete Situation betreffen, sondern den Abschluss einer jeden vergleichbaren rechtsgeschäftlichen Abrede begleiten (*vgl. etwa BAG 12. August 2014 - 3 AZR 492/12 - Rn. 59*). Dies ist bei dem Unterrichtungsschreiben der Schuldnerin vom 5. August 2015 der Fall, weil der Vordruck der Einverständniserklärung dem von der Schuldnerin für alle vom Betriebs(teil)-übergang betroffenen Arbeitnehmer vorformulierten Unterrichtungsschreiben als Anlage beigelegt war. 57

(3) Bei der Auslegung der Einverständniserklärung der Klägerin aus September 2015 ist zudem zu beachten, dass ein Verzicht auf Rechte im Allgemeinen nicht zu vermuten ist, so dass deren Aufgabe nur unter strengen Voraus- 58

setzungen angenommen werden kann. Dies gilt insbesondere für Rechte, die - wie das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB - mit dem Bestand des Arbeitsverhältnisses im Zusammenhang stehen. Das Widerspruchsrecht, das den grundrechtlichen Wertungen aus Art. 12 Abs. 1 GG Rechnung trägt, hat für die Betroffenen eine hohe Bedeutung. Diese Bedeutung des Widerspruchsrechts ist bei der Auslegung einer Erklärung als Verzicht auf das Widerspruchsrecht zu beachten. Ein Verzicht muss eindeutig und zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht werden (*vgl. etwa BAG 28. Juni 2011 - 3 AZR 448/09 - Rn. 38 mwN; BGH 14. November 2017 - VIII ZR 101/17 - Rn. 17 mwN; 4. Dezember 2015 - V ZR 22/15 - Rn. 44 mwN; 15. Oktober 2014 - XII ZR 111/12 - Rn. 51 mwN; 30. September 2005 - V ZR 197/04 - zu II 1 der Gründe*). Soweit demgegenüber einzelne ältere Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zum Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses beim Betriebs(teil)übergang dahin verstanden werden könnten, dass ein weniger strenger Maßstab gelten soll (*etwa BAG 19. März 1998 - 8 AZR 139/97 - zu I 3 b der Gründe, BAGE 88, 196*), hält der Senat daran nicht fest.

(4) Die Auslegung der Einverständniserklärung der Klägerin aus September 2015 nach diesen Grundsätzen und Vorgaben ergibt, dass die Klägerin allenfalls temporär, nämlich höchstens für die Zeit bis kurz vor Ablauf der im Unterrichtungsschreiben der Schuldnerin vom 5. August 2015 angeführten Monatsfrist nach Zugang des Unterrichtungsschreibens, jedoch nicht auf ihr Widerspruchsrecht als solches verzichtet hat. Dies folgt zwar nicht bereits daraus, dass der Begriff „Verzicht“ in der Einverständniserklärung nicht vorkommt. Ein Verzicht muss nicht ausdrücklich erklärt werden, er muss aber anderweitig eindeutig, zweifelsfrei und unmissverständlich zum Ausdruck kommen. Daran fehlt es. Aus diesem Grund kann dahinstehen, ob ein in Allgemeinen Geschäftsbedingungen erklärter Verzicht auf das Widerspruchsrecht oder seine Ausübung einer Kontrolle am Maßstab der §§ 307 ff. BGB standhielte, insbesondere, ob in Allgemeinen Geschäftsbedingungen kompensationslos hierauf verzichtet werden kann.

59

(a) Die Klägerin hat in der Einverständniserklärung ihr Einverständnis „für die Übertragung“ ihres Arbeitsverhältnisses zu unveränderten Bedingungen ab dem 1. September 2015 erklärt. Diese Erklärung steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Passage im Unterrichtungsschreiben vom 5. August 2015, in der es heißt: 60

„... Folge des Betriebsüberganges für Sie ist damit der Wechsel des Arbeitgebers. An den Rechten und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ändert sich nichts. Wir bitten Sie daher, Ihre Tätigkeit wie auch in der Vergangenheit bei Ihrem neuen Arbeitgeber fortzusetzen. Sofern Sie sich für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses entscheiden, bitten wir Sie Ihr Einverständnis auf der beigefügten Erklärung bis zum 15.08.2015 schriftlich zu erklären. Sollte bis zu dem Zeitpunkt eine ausdrückliche Erklärung nicht vorliegen, gehen wir von Ihrem stillschweigenden Einverständnis mit dem Betriebsübergang aus. Ihnen steht es frei, dem Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses zu widersprechen. Bitte beachten Sie, dass der Widerspruch innerhalb eines Monats nach Zugang dieser Unterrichtung schriftlich zu erfolgen hat. Der Widerspruch kann sowohl gegenüber uns oder dem Dienstleistungsunternehmen erklärt werden. Bitte beachten Sie aber, dass im Falle eines Widerspruchs die Beendigung Ihres Arbeitsverhältnisses drohen kann, da aufgrund des Betriebsübergangs Ihr bisheriger Arbeitsplatz ersatzlos wegfällt und ggf. eine alternative Beschäftigungsmöglichkeit nicht existiert. ...“

(b) Unter Berücksichtigung dieser Passage im Unterrichtungsschreiben vom 5. August 2015 kann die Einverständniserklärung der Klägerin aus September 2015 nur dahin ausgelegt werden, dass die Klägerin allenfalls zeitweilig, nämlich höchstens bis kurz vor Ablauf der im Unterrichtungsschreiben der Schuldnerin vom 5. August 2015 angeführten Monatsfrist auf die Ausübung ihres Widerspruchsrechts verzichtet hat. Ein weitergehender Verzichtswille lässt sich der Erklärung nicht entnehmen. 61

Die Klägerin hat mit der Einverständniserklärung zum Ausdruck gebracht, dass sie ab dem Betriebs(teil)übergang bereit war, ihr Arbeitsverhältnis mit der C GmbH fortzusetzen und ihre Arbeitsleistung als Schlachthilfe für diese zu erbringen. Die Schuldnerin hatte die Klägerin im Unterrichtungsschreiben 62

vom 5. August 2015 gebeten, ihre Tätigkeit - wie auch in der Vergangenheit - bei der C GmbH fortzusetzen und für den Fall, dass sie mit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei der C GmbH einverstanden sein sollte, ihr Einverständnis auf der beigefügten Erklärung schriftlich zu erklären. Genau dieser Bitte ist die Klägerin nachgekommen.

Das Unterrichtungsschreiben vom 5. August 2015 enthält über die Ausführungen zur Einverständniserklärung hinaus aber auch Ausführungen zum Widerspruchsrecht. Insoweit hatte die Schuldnerin die Klägerin sowohl über das Widerspruchsrecht als solches als auch darüber unterrichtet, innerhalb welcher Frist der Widerspruch wem gegenüber in welcher Form erklärt werden musste. Auch wenn nicht zu verkennen ist, dass sich die Ausführungen der Schuldnerin zum Einverständnis mit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit der C GmbH bzw. mit dem Betriebsübergang auf die C GmbH und zum Widerspruchsrecht in derselben Passage des Unterrichtungsschreibens finden, und dass in der Erklärung eines Arbeitnehmers, er sei mit der Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses beim neuen Inhaber einverstanden, im Einzelfall ein Verzicht auf das Widerspruchsrecht liegen kann (*vgl. etwa BAG 15. Februar 1984 - 5 AZR 123/82 - zu III 2 a der Gründe, BAGE 45, 140*), konnte die Klägerin die unter Rn. 60 wiedergegebenen Ausführungen der Schuldnerin im Unterrichtungsschreiben vom 5. August 2015 nur dahin verstehen, dass mit der Einverständniserklärung allenfalls ein zeitweiliger Verzicht auf die Ausübung des Widerspruchsrechts maximal für die Zeit bis kurz vor Ablauf der im Unterrichtungsschreiben der Schuldnerin aufgeführten Monatsfrist verbunden war. In der unter Rn. 60 wiedergegebenen Passage des Unterrichtungsschreibens wird deutlich zwischen dem Einverständnis mit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit der C GmbH auf der einen Seite und einem Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die C GmbH auf der anderen Seite unterschieden. Die Schuldnerin hatte die Klägerin gebeten, für den Fall, dass sie mit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei der C GmbH einverstanden sein sollte, ihr Einverständnis auf der beigefügten Erklärung bis zum 15. August 2015 schriftlich zu erklären. Dieser Zeitpunkt lag nicht nur deutlich vor dem Zeitpunkt des geplanten Betriebs(teil)übergangs, sondern auch vor dem Ende

63

der im Unterrichtungsschreiben mitgeteilten Monatsfrist für die Erklärung des Widerspruchs. Es kommt hinzu, dass die Einverständniserklärung beim Vorarbeiter N und damit bei der Schuldnerin abzugeben war, während der Widerspruch ausweislich des Unterrichtungsschreibens sowohl gegenüber der Schuldnerin als auch gegenüber der C GmbH erklärt werden konnte. Diese Ausführungen musste die Klägerin zwar dahin verstehen, dass es der Schuldnerin mit der erbetenen Einverständniserklärung darum ging, sich möglichst frühzeitig Planungssicherheit zu verschaffen und zu diesem Zweck noch vor dem geplanten Betriebs(teil)übergang in Erfahrung zu bringen, mit welchen Arbeitnehmern die C GmbH die Arbeit ab dem Zeitpunkt des Betriebs(teil)übergangs würde fortsetzen können. Die Klägerin musste diese Ausführungen allerdings nicht dahin verstehen, dass ein Widerspruch nach Abgabe der erbetenen Einverständniserklärung ausgeschlossen war. Auf diese Rechtsfolge hatte die Schuldnerin die Klägerin in der Unterrichtung schon nicht in der erforderlichen Deutlichkeit hingewiesen. Insoweit wirkt sich insbesondere aus, dass die Schuldnerin die Klägerin im Unterrichtungsschreiben zudem darüber informiert hatte, dass sie in dem Fall, dass bis zum 15. August 2015 eine ausdrückliche Erklärung nicht vorliegen sollte, von einem stillschweigenden Einverständnis der Klägerin ausgehen würde. Damit hatte die Schuldnerin zum Ausdruck gebracht, dass die erbetene Einverständniserklärung ohnehin bedeutungslos war.

(c) Etwas anderes folgt weder aus dem Umstand, dass die Klägerin ab dem Zeitpunkt des Betriebs(teil)übergangs für die C GmbH gearbeitet hat, noch daraus, dass das Unterrichtungsschreiben der Klägerin erst am 11. September 2015 und damit nach Ablauf der im Unterrichtungsschreiben für die Abgabe der Einverständniserklärung auf den 15. August 2015 bestimmten Frist zugegangen ist, und die Klägerin die Einverständniserklärung im September 2015 abgegeben hat. Dass die Klägerin ab dem Zeitpunkt des Betriebs(teil)übergangs tatsächlich für die C GmbH gearbeitet hat, stellt sich lediglich als ein Verhalten in Vollziehung der Rechtsfolgen dar, die ihr mit dem Unterrichtungsschreiben bekannt gemacht worden waren. Weiterzuarbeiten ist schlicht die vom Gesetz vorgesehene Folge des Übergangs des Arbeitsverhältnisses im Fall eines Betriebs(teil)übergangs, und zwar unabhängig vom Lauf einer etwa noch beste-

64

henden Widerspruchsfrist nach § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB von einem Monat nach Zugang der Unterrichtung. Mit der Einverständniserklärung hat die Klägerin genau dies bestätigt.

c) Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts war das Widerspruchsrecht zum Zeitpunkt seiner Ausübung durch die Klägerin nicht verwirkt. 65

aa) Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers nach § 613a Abs. 6 BGB kann, wie jedes Recht, nur unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgeübt werden und deshalb verwirkt werden (*st. Rspr., vgl. BAG 28. Juni 2018 - 8 AZR 100/17 - Rn. 15; 24. August 2017 - 8 AZR 265/16 - Rn. 16 ff., BAGE 160, 70; 17. Oktober 2013 - 8 AZR 974/12 - Rn. 25 mwN*). 66

(1) Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB). Mit ihr wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen. Sie beruht auf dem Gedanken des Vertrauensschutzes und trägt dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit Rechnung. Die Verwirkung verfolgt nicht den Zweck, den Schuldner bereits dann von seiner Verpflichtung zu befreien, wenn dessen Gläubiger seine Rechte längere Zeit 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 (*vgl. BAG 28. Juni 2018 - 8 AZR 100/17 - Rn. 16; 17. Oktober 2013 - 8 AZR 974/12 - Rn. 26*). 67

(2) Zeit- und Umstandsmoment beeinflussen sich wechselseitig; beide Elemente sind - bildhaft ausgedrückt - im Sinne „kommunizierender Röhren“ miteinander verbunden (*vgl. BAG 22. Juni 2011 - 8 AZR 752/09 - Rn. 30*). Je stärker das gesetzte Vertrauen oder die Umstände sind, die eine Geltendmachung für den Gegner unzumutbar machen, desto schneller kann ein Anspruch 68

oder Recht verwirken (*BAG 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - Rn. 27*). Umgekehrt gilt, je mehr Zeit seit dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs verstrichen ist und je länger der Arbeitnehmer bereits für den neuen Inhaber gearbeitet hat, desto geringer sind die Anforderungen an das Umstandsmoment (*BAG 22. Juni 2011 - 8 AZR 752/09 - aaO*). 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 (*vgl. BAG 28. Juni 2018 - 8 AZR 100/17 - Rn. 17; 17. Oktober 2013 - 8 AZR 974/12 - Rn. 27 mwN*).

(3) Die Beurteilung der Frage, ob ein Recht verwirkt ist, obliegt grundsätzlich den Tatsachengerichten. Allerdings unterliegt der revisionsrechtlichen Überprüfung, 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 28. Juni 2018 - 8 AZR 100/17 - Rn. 18; 17. Oktober 2013 - 8 AZR 974/12 - Rn. 28; 11. November 2010 - 8 AZR 185/09 - Rn. 25; 20. Mai 2010 - 8 AZR 734/08 - Rn. 24*). 69

bb) Danach war das Widerspruchsrecht der Klägerin zum Zeitpunkt seiner Ausübung mit Schreiben vom 24. Oktober 2016 entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts nicht verwirkt. 70

(1) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Klägerin habe durch die Unterzeichnung der Einverständniserklärung, den anschließenden Wechsel zur C GmbH, die Arbeitsaufnahme bei dieser und die unbedingte Weiterarbeit für mehr als ein Jahr erkennbar über ihr Arbeitsverhältnis disponiert. Aufgrund ihres Gesamtverhaltens habe die Schuldnerin darauf vertrauen dürfen, die Klägerin werde ihr Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben. Zeitmoment und Umstandsmoment seien gegeben. Die Klägerin habe zudem in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht erklärt, eigentlicher Grund für den Widerspruch sei der bevorstehende weitere Betriebsübergang zur V GmbH ge- 71

wesen; im Zuge dessen seien Verträge mit schlechteren Arbeitsbedingungen vorgelegt worden. Mit einer geringeren Vergütung seien die Arbeitnehmer jedoch nicht einverstanden gewesen; wären die Arbeitsbedingungen unverändert geblieben, wären sie nicht aktiv geworden, sondern hätten an ihrem Arbeitsplatz weiter gearbeitet, ganz gleich für welches Unternehmen.

(2) Diese Würdigung hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 72

(a) Die bloße widerspruchslose Weiterarbeit bei einem neuen Inhaber stellt allein keinen Sachverhalt dar, durch den das für die Verwirkung erforderliche Umstandsmoment verwirklicht werden könnte. Ohne das Hinzutreten weiterer Umstände gibt der Arbeitnehmer durch das Erbringen der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung für den neuen Inhaber noch nicht zu erkennen, dass er an der Vertragsbeziehung mit dem bisherigen Arbeitgeber nicht mehr festhalten will und sein Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben wird (*vgl. etwa BAG 28. Juni 2018 - 8 AZR 100/17 - Rn. 21*). 73

(b) Auch die weiteren vom Landesarbeitsgericht angeführten Umstände verwirklichen für sich betrachtet nicht das Umstandsmoment; sie treten auch nicht als für die Annahme des Umstandsmoments ausreichende „weitere Umstände“ zur bloßen widerspruchslosen Weiterarbeit beim neuen Inhaber hinzu. 74

(aa) Dies gilt zunächst für die Einverständniserklärung der Klägerin aus September 2015. Die Klägerin hat hiermit nicht über den Bestand des Arbeitsverhältnisses disponiert. 75

Dabei kann es vorliegend dahinstehen, ob der Umstand, dass ein Arbeitnehmer vor Ausübung des Widerspruchsrechts über den Bestand seines Arbeitsverhältnisses - sei es durch Beendigung desselben oder durch eine Vereinbarung, mit der das Arbeitsverhältnis auf eine völlig neue rechtliche Grundlage gestellt wurde - disponiert hat, zur Verwirkung führen kann (*vgl. BAG 26. Mai 2011 - 8 AZR 18/10 - Rn. 32; 18. März 2010 - 8 AZR 840/08 - Rn. 35; 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 - Rn. 45*), oder ob sich die Ausübung des Widerspruchsrechts in einer solchen Situation - unabhängig von einem Zeitpunkt - 76

wegen widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB als treuwidrig darstellt (BAG 24. August 2017 - 8 AZR 265/16 - Rn. 50, BAGE 160, 70).

Jedenfalls stellt der Umstand, dass die Klägerin vor Ausübung ihres Widerspruchsrechts die vorformulierte Einverständniserklärung unterzeichnet hat, keine Disposition über den Bestand ihres Arbeitsverhältnisses dar. Hierdurch wurde das Arbeitsverhältnis weder beendet noch auf eine völlig neue rechtliche Grundlage gestellt. Insbesondere liegt in der Einverständniserklärung aus September 2015 kein Aufhebungsvertrag. Abgesehen davon, dass es bereits an den erforderlichen eigenhändigen Unterschriften beider Parteien auf derselben Urkunde (zu den Anforderungen etwa BAG 19. April 2007 - 2 AZR 208/06 - Rn. 20, BAGE 122, 111; BGH 20. November 1990 - XI ZR 107/89 - BGHZ 113, 48, 51) fehlt, hat die Klägerin mit der Einverständniserklärung - wie unter Rn. 62 ausgeführt - lediglich zum Ausdruck gebracht, dass sie bereit war, ihre Arbeitsleistung als Schlachthilfe ab dem Zeitpunkt des Betriebs(teil)übergangs für die C GmbH zu erbringen, weshalb mit dem Einverständnis allenfalls ein zeitweiliger Verzicht auf die Ausübung des Widerspruchsrechts höchstens für die Zeit bis kurz vor Ablauf der im Unterrichtungsschreiben der Schuldnerin vom 5. August 2015 angeführten Frist von einem Monat nach Zugang des Unterrichtungsschreibens erklärt wurde. Darin liegt keine Disposition über das Arbeitsverhältnis, das ja - im Gegenteil - im Fall eines Betriebs(teil)übergangs fortbesteht.

77

(bb) Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts dürfen etwaige Motive der Klägerin für ihren Widerspruch im Rahmen der Prüfung der Verwirkung des Widerspruchsrechts nicht berücksichtigt werden. Dies folgt aus den in § 613a Abs. 6 BGB getroffenen Wertungen.

78

Der Gesetzgeber hat bei der Schaffung des § 613a Abs. 6 BGB bewusst davon abgesehen, die Ausübung des Widerspruchsrechts von bestimmten Motiven oder Sachgründen abhängig zu machen (vgl. etwa BAG 19. Februar 2009 - 8 AZR 176/08 - Rn. 27, BAGE 129, 343). Bereits vor Kodifizierung des § 613a Abs. 6 BGB war die Angabe eines Grundes für die Ausübung des Widerspruchsrechts ebenso wenig von Belang wie das zugrunde

79

liegende Motiv des Widersprechenden. Der Gesetzgeber, dem diese Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Widerspruchsrecht bekannt war (*BT-Drs. 14/7760 S. 20*), hat gleichwohl bei der Einfügung von § 613a Abs. 6 BGB außer dem Schriftformerfordernis und der Frist keine weiteren Voraussetzungen genannt. Auch nach der zum 1. April 2002 in Kraft getretenen gesetzlichen Regelung bedarf es daher keines sachlichen Grundes für die Ausübung des Widerspruchs (*vgl. etwa BAG 19. Februar 2009 - 8 AZR 176/08 - Rn. 24 mwN, aaO*). Diese gesetzgeberischen Wertungen müssen auch bei der Prüfung der Verwirkung des Widerspruchsrechts beachtet werden. Die Motive des Widersprechenden können deshalb kein Umstandsmoment begründen, das zur Verwirkung führen kann.

(3) Das angefochtene Urteil stellt sich im Hinblick auf die Frage der Verwirkung auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). 80

Zwar stellt die widerspruchslose Weiterarbeit bei dem neuen Inhaber in dem Fall, dass der Arbeitnehmer zwar nicht ordnungsgemäß iSv. § 613a Abs. 5 BGB unterrichtet wurde, aber im Rahmen einer Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB von dem bisherigen Arbeitgeber oder dem neuen Inhaber über den mit dem Betriebsübergang verbundenen Übergang seines Arbeitsverhältnisses unter Mitteilung des Zeitpunkts oder des geplanten Zeitpunkts sowie des Gegenstands des Betriebsübergangs und des Betriebsübernehmers (im Folgenden „grundlegende Informationen“) in Textform in Kenntnis gesetzt und über sein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB belehrt wurde (*vgl. zu den grundlegenden Informationen schon BAG 19. November 2015 - 8 AZR 773/14 - Rn. 15, BAGE 153, 296*) ein Umstandsmoment dar, das zur Verwirkung führen kann (*vgl. grundlegend BAG 24. August 2017 - 8 AZR 265/16 - Rn. 25 ff., BAGE 160, 70*). 81

Allerdings ist die widerspruchslose Weiterarbeit des Arbeitnehmers, der über den Übergang seines Arbeitsverhältnisses unter Angabe der in Rn. 81 angeführten grundlegenden Informationen einschließlich seines Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB unterrichtet wurde, kein Umstandsmoment von einem solchen Gewicht, dass an das Zeitmoment nur geringe Anforderungen zu 82

stellen wären. Denn mit der Weiterarbeit erfüllt der Arbeitnehmer lediglich die ihm unverändert - nunmehr gegenüber dem neuen Inhaber - obliegenden Vertragspflichten. Er gibt damit zwar zu erkennen, dass er den neuen Inhaber als seinen Arbeitgeber ansieht. Dies entspricht allerdings nur der im Zeitpunkt der Tätigkeit bestehenden objektiven Rechtslage. Die widerspruchslose Weiterarbeit für den neuen Inhaber rechtfertigt es deshalb erst dann, die späte Ausübung des Widerspruchsrechts als mit Treu und Glauben (§ 242 BGB) unvereinbar und für den vormaligen Arbeitgeber als unzumutbar anzusehen, wenn sie über einen erheblichen Zeitraum erfolgt. Diesen Zeitraum, der frühestens mit dem Betriebsübergang beginnt, erachtet der Senat unter Berücksichtigung der wechselseitigen schutzwürdigen Interessen mit regelmäßig sieben Jahren als angemessen (vgl. *grundlegend BAG 24. August 2017 - 8 AZR 265/16 - Rn. 27, BAGE 160, 70*).

Da die Klägerin bereits mit Schreiben vom 24. Oktober 2016 dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die C GmbH widersprochen hat, fehlt es bereits an der Voraussetzung einer widerspruchslosen Weiterarbeit bei dem neuen Inhaber über einen Zeitraum von mindestens sieben Jahren. Aus diesem Grund kann dahinstehen, ob die Klägerin, die nicht ordnungsgemäß iSv. § 613a Abs. 5 BGB unterrichtet wurde, durch das Unterrichtungsschreiben der Schuldnerin die unter Rn. 81 angegebenen grundlegenden Informationen erhalten hat.

83

d) Der Widerspruch der Klägerin stellt sich auch nicht aus einem anderen Grund als treuwidrig (§ 242 BGB) dar. Entgegen der Auffassung des Beklagten hat die Klägerin nicht vor Ausübung ihres Widerspruchsrechts dadurch über ihr Arbeitsverhältnis disponiert, dass sie die Kündigung des Insolvenzverwalters der A GmbH vom 7. November 2016 nicht angegriffen hätte.

84

Dabei kann auch hier dahinstehen, ob der Umstand, dass ein Arbeitnehmer vor Ausübung des Widerspruchsrechts über den Bestand seines Arbeitsverhältnisses disponiert hat, zur Verwirkung führen kann (vgl. *BAG 26. Mai 2011 - 8 AZR 18/10 - Rn. 32; 18. März 2010 - 8 AZR 840/08 - Rn. 35; 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 - Rn. 45*), oder ob sich die Ausübung des Widerspruchsrechts in einer solchen Situation - unabhängig von einem Zeitpunkt - wegen

85

widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB als treuwidrig darstellt (*BAG 24. August 2017 - 8 AZR 265/16 - Rn. 50, BAGE 160, 70*). Die Klägerin hat jedenfalls bereits vor dem Zugang der Insolvenzverwalterkündigung vom 7. November 2016, nämlich mit Schreiben vom 24. Oktober 2016 dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die C GmbH widersprochen.

Schlewing

Winter

Vogelsang

B. Stahl

A. Schirp