

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 204/10
7 Sa 60/09
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
22. Juni 2011

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. Juni 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Volz und Burr für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 14. Januar 2010 - 7 Sa 60/09 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer von dem Beklagten
- vorsorglich - am 16. Oktober 2008 ausgesprochenen außerordentlichen, hilfs-
weise ordentlichen Kündigung. 1

Der Kläger war seit dem 1. Juli 1981 bei dem Beklagten beschäftigt, zu-
letzt im Bereich „Zuwanderung“ als Kurskoordinator gegen ein monatliches
Bruttogehalt iHv. 3.426,81 Euro. 2

Mit einer schriftlichen Unterrichtung vom 23. November 2005 infor-
mierte der Beklagte den Kläger über die zum Januar 2006 beabsichtigte Über-
tragung des Bereichs „Zuwanderung“ auf die „gGmbH A“ (*im Folgenden: A*
gGmbH). Auszugsweise lautet dieses Schreiben: 3

„Die Übertragung des Bereichs Zuwanderung hat rechtlich
zur Folge, dass das zwischen Ihnen und der A be-
stehende Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes, nämlich gemäß
§ 613 a BGB auf die gGmbH A übergeht, ohne dass es
einer zusätzlichen Vereinbarung zwischen Ihnen und der
gGmbH A bedarf. Es findet also ein gesetzlicher Wechsel
des Arbeitgebers in Bezug auf ihr Arbeitsverhältnis statt.

§ 613 a Abs. 5 BGB sieht vor, die von einem Betriebs-
übergang betroffenen Arbeitnehmer über folgende Punkte
zu unterrichten:

1. Zeitpunkt des Übergangs:

1.1.2006

2. Grund für den Übergang:

Die Aufgabenstellung und Finanzierung des Bereiches ‚Zuwanderung‘ hat aufgrund des neuen Zuwanderungsgesetzes eine neue Struktur erfahren. Der Bund und das Land Hamburg finanzieren zukünftig jeder für sich Dienstleistungen, die klar voneinander abgrenzbar sind. Insbesondere die Dienstleistungen für die Freie und Hansestadt Hamburg wird im Rahmen einer Leistungsvereinbarung mit Hilfe von Kennzahlen gesteuert. Die Behörde für Soziales und Familie hat darüber hinaus angekündigt, die von ihr finanzierten Leistungen in 2006 für das Jahr 2007 öffentlich auszuschreiben. Angesichts des starken Wettbewerbs im Bereich der pädagogischen, beratenden und in den allgemeinen Arbeitsmarkt vermittelnden Dienstleistungen in der Hansestadt, die u.a. auf die Einführung des Bildungsgutscheines seitens der Bundesagentur für Arbeit, im Zusammenhang mit Hartz IV und der Bildung der Arbeitsgemeinschaft (ARGE) in Hamburg zurückzuführen sind, wird die A ihre Wettbewerbsfähigkeit steigern müssen, um auch die Existenz des Bereiches ‚Dienstleistungen im Zuwanderungsbereich‘ unter dem A-Dach sicher zu stellen und nach Möglichkeit darüber hinaus auch im Wettbewerb mit anderen Anbietern auszubauen.

3. Rechtliche, wirtschaftliche und soziale Folgen des Übergangs:

Der Eintritt der gGmbH A als neuer Arbeitgeber in das jetzt noch mit Ihnen und der A Landesverband H bestehende Arbeitsverhältnis erfolgt, ohne dass sich die geschlossenen Arbeitsverträge inhaltlich verändern. Ihre bisherigen arbeitsvertraglichen Regelungen einschließlich Betriebszugehörigkeit bleiben voll inhaltlich in Kraft. Da die gGmbH A nicht tarifgebunden ist, gelten die bisher bei der A Landesverband H kollektiv angewendeten Tarifverträge als Bestandteil ihres Arbeitsverhältnisses weiter. Sollte die gGmbH A später eine Tarifbindung eingehen, treten die ab dem Betriebsübergang individualrechtlich gültigen Tarifregelungen wieder außer Kraft und werden durch die neuen Tarifregelungen ersetzt.

Bestehende Betriebsvereinbarungen werden ebenfalls so lange Bestandteil ihres Arbeitsverhältnisses,

bis sie durch neue Betriebsvereinbarungen im neu entstehenden Betrieb abgelöst werden.

Durch die Übertragung wird der Bereich Zuwanderung zu einem eigenständigen Betrieb im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes. Der bisher für Sie zuständige Betriebsrat bleibt zunächst zuständig, ist jedoch rechtlich verpflichtet, einen Wahlvorstand zu bestellen, um die Bildung eines neuen Betriebsrates in die Wege zu leiten.

4. Hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommene Maßnahmen:

Es sind keine Änderungen geplant.

Ihnen steht gemäß § 613 a Abs. 6 BGB das Recht zu, dem automatischen Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses auf die gGmbH A zu widersprechen. Sollten Sie Widerspruch gegen den Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses erklären wollen, bitten wir darum, diesen innerhalb einer Frist von einem Monat seit Erhalt dieses Schreibens zu tun.“

Am 15. Dezember 2005 wurde der Gesellschaftsvertrag zur Gründung der A gGmbH notariell beurkundet. Die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister erfolgte eine Woche später. Zum Geschäftsführer der neu gegründeten Gesellschaft wurde der Geschäftsführer des Beklagten bestellt. 4

Zum 1. Januar 2006 übertrug der Beklagte den Bereich „Zuwanderung“ auf den neuen Rechtsträger A gGmbH. Dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf diese widersprach der Kläger zunächst nicht. 5

Die A gGmbH kündigte am 3. Dezember 2007 das Arbeitsverhältnis des Klägers wegen des Vorwurfs einer vom Kläger durchgeführten Konkurrenztätigkeit. Der Kläger war Gründungsmitglied eines Vereins, der sich wirtschaftlich im Bereich seiner Arbeitgeberin betätigte oder wenigstens betätigen wollte. Die vom Kläger erhobene Kündigungsschutzklage blieb vor dem Arbeitsgericht Hamburg erfolglos (*Urteil vom 11. Juni 2008 - 13 Ca 523/07 -*). Über die Berufung des Klägers ist bislang noch nicht entschieden. 6

7

Mit Schreiben vom 27. Juni 2008 teilte die Geschäftsführung der A gGmbH sämtlichen Mitarbeitern die beabsichtigte Stilllegung und Einstellung des Geschäftsbetriebs zum 31. Dezember 2008 mit. Auszugsweise ist ausgeführt:

„Wir möchten Sie darüber informieren, dass der Vorstand der A, Landesverband H, auf der Sitzung des Landesverbandes am 23.06.2008 beschlossen hat, die Geschäftsführung der AG anzuweisen, unter Beachtung von Beteiligungsrechten nach dem Betriebsverfassungsrecht, die AG zum 31.12.2008 komplett stillzulegen. Die AG stellt somit zum 31.12.2008 ihren Geschäftsbetrieb ein.

Ausgenommen von der Einstellung des Geschäftsbetriebes zum 31.12.2008 sind die Projekte Hi II und Hi III, die am 30.06.2009 auslaufen werden.

Die A wird alle Mitarbeiter, die für die prekäre Situation der AG nicht verantwortlich zu machen sind, in den nächsten Monaten tatkräftig unter Einschaltung der Kontakte zum A Bundesverband, der B und den anderen Trägern in der Migrationsarbeit bei der Suche nach einer beruflichen Anschlussperspektive unterstützen.

Die A gGmbH ist nicht existenzfähig. Die A, Landesverband H, stellt die finanziellen Mittel sicher, die notwendig sind, um den Geschäftsbetrieb bis zum 31.12.2008 aufrechtzuerhalten.

Die Geschäftsführung wird mit dem Betriebsrat Verhandlungen über einen Sozialplan aufnehmen.“

8

Am 1. Juli 2008 wurde für die A gGmbH ein Liquidator bestellt, welcher am 14. August 2008 in das Handelsregister eingetragen wurde. Dieser beantragte am 29. September 2008 beim Amtsgericht Hamburg die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, woraufhin das Amtsgericht noch am selben Tag den Rechtsanwalt Dr. T zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellte. Ebenfalls am 29. September 2008 widersprach der Kläger „dem Betriebsübergang“, wobei er zugleich bei dem Beklagten „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand“ beantragte.

Nach Anhörung des Betriebsrats kündigte der Beklagte vorsorglich am 16. Oktober 2008 ein etwa mit dem Kläger bestehendes Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise ordentlich aus betriebs- und verhaltensbedingten Gründen. 9

Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der A gGmbH wurde am 1. November 2008 eröffnet. Mit Eingang bei Gericht am 6. November 2008 erhob der Kläger Kündigungsschutzklage. Die A gGmbH wurde zum 31. Dezember 2008 stillgelegt. 10

Der Kläger meint, das Arbeitsverhältnis sei nicht auf die A gGmbH übergegangen, da er dem Übergang rechtzeitig und wirksam widersprochen habe. Infolge einer fehlerhaften Unterrichtung über den Betriebsübergang habe die Frist für die Einlegung des Widerspruchs nicht zu laufen begonnen. Auch habe er sein Recht zum Widerspruch nicht verwirkt. Die ausgesprochene Kündigung sei sozial nicht gerechtfertigt. Der Beklagte könne den Kläger im Bereich von Integrationssprachkursen und Sozialberatung für Migranten und Migrantinnen weiterbeschäftigen. 11

Der Kläger hat beantragt 12
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 16. Oktober 2008 weder fristlos noch fristgemäß zum 30. Juni 2009 aufgelöst worden ist.

Zur Begründung seines Klageabweisungsantrags hat der Beklagte auf die Verfristung des Widerspruchs verwiesen, da die Unterrichtung korrekt gewesen sei. Jedenfalls habe der Kläger sein Widerspruchsrecht verwirkt. Neben dem zweifellos erfüllten Zeitmoment liege auch ein Umstandsmoment vor. Der Kläger habe seine Weiterarbeit für die A gGmbH zu keinem Zeitpunkt nach dem 1. Januar 2006 unter den Vorbehalt seiner Rückkehr zum Beklagten gestellt. Zudem habe er die Kündigung der Betriebserwerberin vom Dezember 2007 mit einer Kündigungsschutzklage angegriffen. Für die streitgegenständliche vorsorgliche Kündigung vom 16. Oktober 2008 gebe es sowohl betriebsbedingte als verhaltensbedingte Gründe. 13

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

14

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Sein Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten ist im Wege eines Betriebsteilübergangs ab dem 1. Januar 2006 nach § 613a Abs. 1 BGB auf die A gGmbH übergegangen.

15

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine klageabweisende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Das Unterrichtungsschreiben vom 23. November 2005 entspreche nicht den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB. So habe der Beklagte nicht ausreichend über die rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs iSv. § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB informiert, denn es fehle eine Darstellung der begrenzten gesamtschuldnerischen Nachhaftung nach § 613a Abs. 2 BGB. Die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB sei daher nicht in Lauf gesetzt worden. Allerdings sei das Widerspruchsrecht des Klägers zum Zeitpunkt seiner Ausübung verwirkt gewesen. Bei einem Zeitraum von 34 Monaten zwischen der Unterrichtung mit Schreiben vom 23. November 2005 und dem Widerspruch des Klägers vom 29. September 2008 sei das Zeitmoment erfüllt. Der Kläger habe zudem auch das Umstandsmoment verwirklicht. Die Dauer des Zeitmoments und sämtliche für das Umstandsmoment maßgeblichen Faktoren seien in Wechselwirkung zu setzen. Zwar begründe die Weiterarbeit des Klägers bei der A gGmbH ab dem 1. Januar 2006 als solche noch keine Verwirkung des Widerspruchsrechts. Angesichts der beträchtlichen Dauer des Zeitmoments seien aber nur noch geringe Anforderungen an das Umstandsmoment zu stellen. Der vom Kläger gegen die Kündigung der A gGmbH angestrebte Kündigungsschutzprozess bringe ua. durch den gestellten Weiterbeschäftigungsantrag zum Ausdruck, dass es dem Kläger um das Arbeitsverhältnis zur A gGmbH gegangen sei und er ein noch bestehendes Arbeitsverhältnis zum Beklagten nicht in Erwägung

16

gezogen habe. Wegen des langen Zeitmoments genüge es für die Annahme eines Umstandsmoments zudem, dass der Kläger nach Erhalt der Mitteilung über die prekäre wirtschaftliche Lage und die beabsichtigte Stilllegung der A gGmbH zum 31. Dezember 2008 (*Schreiben der A gGmbH vom 27. Juni 2008*) noch bis zum 29. September 2008 mit dem Widerspruch zugewartet habe. Dies, obwohl mit dem Schreiben darauf hingewiesen worden sei, dass der Beklagte die finanziellen Mittel zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs bis zum 31. Dezember 2008 sicherstelle.

B. Das angefochtene Urteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Die zulässige Kündigungsschutzklage ist nicht begründet. Zwischen den Parteien besteht über den 31. Dezember 2005 hinaus kein Arbeitsverhältnis mehr. Dieses ist mit Wirkung zum 1. Januar 2006 im Wege eines Betriebsteilübergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die A gGmbH übergegangen. Diesem Übergang des Arbeitsverhältnisses hat der Kläger nicht wirksam widersprochen. Die vom Beklagten ausgesprochenen vorsorglichen Kündigungen eines etwa bestehenden Arbeitsverhältnisses gehen ins Leere. 17

I. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht zunächst davon ausgegangen, dass die Unterrichtung des Klägers mit Schreiben vom 23. November 2005 über den am 1. Januar 2006 erfolgenden Betriebsteilübergang nicht den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB entsprochen hat und dadurch die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB für den Kläger nicht in Gang gesetzt wurde (*vgl. BAG 18. März 2010 - 8 AZR 840/08 - AP BGB § 613a Unterrichtung Nr. 14*), so dass das Widerspruchsrecht nicht verfristet war, als es von dem Kläger am 29. September 2008 ausgeübt wurde. 18

1. Zu den rechtlichen Folgen, über die nach § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB die vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer zu unterrichten sind, gehören zunächst die sich unmittelbar aus dem Betriebsübergang als solchem ergebenden Rechtsfolgen. Dies erfordert insbesondere auch einen Hinweis auf das Haftungssystem des § 613a Abs. 2 BGB (*st. Rspr., vgl. BAG 23. Juli 2009 - 8 AZR 538/08 - BAGE 131, 258 = AP BGB § 613a Unterrichtung Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 114*). 19

Die Ausführungen im Unterrichtungsschreiben, die A gGmbH trete als
neuer Arbeitgeber in das jetzt noch mit dem Beklagten bestehende Arbeits-
verhältnis ein, ohne dass sich die geschlossenen Arbeitsverträge inhaltlich
veränderten, besagt nichts über die Verteilung der Haftung infolge des Be-
triebsübergangs. 20

2. Der Beklagte hat auch nicht über die Betriebserwerberin korrekt 21
informiert, insbesondere nicht darüber, dass diese am 23. November 2005 noch
nicht durch Gesellschaftsvertrag begründet worden war, welcher erst am
15. Dezember 2005 geschlossen wurde. Es wurde falsch der Eindruck erweckt,
bei der „gGmbH A“ handele es sich um eine bereits bestehende Gesellschaft,
deren „alleinige Gesellschafterin“ der Beklagte sei.

Der Senat hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass über die 22
Identität eines Betriebserwerbers so zu unterrichten ist, dass die Adressaten in
die Lage versetzt werden, Erkundigungen über den Betriebserwerber und damit
ihren etwaigen neuen Arbeitgeber einzuholen. Bei Gesellschaften gehört dazu
die Firma, die Angabe eines Firmensitzes, um das zuständige Handelsregister
einsehen zu können, und die Angabe einer Geschäftsadresse, an die ge-
gebenenfalls ein Widerspruch gerichtet werden kann. Soweit im Zeitpunkt der
Unterrichtung solche Angaben zum Betriebserwerber nicht gemacht werden
können, weil dieser erst noch zu gründen ist, muss das bei der Unterrichtung
offengelegt werden (*vgl. BAG 23. Juli 2009 - 8 AZR 538/08 - BAGE 131, 258 =*
AP BGB § 613a Unterrichtung Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 114).

3. Schließlich wurde der Kläger auch nicht in ausreichender Weise über 23
sein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB unterrichtet, weil ein Hinweis
auf die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform (*§ 613a Abs. 6 Satz 1 BGB*)
fehlt.

II. Das Recht des Klägers zum Widerspruch war zum Zeitpunkt seiner 24
Ausübung mit Schreiben vom 29. September 2008 allerdings verwirkt.

1. Das Widerspruchsrecht kann wegen Verwirkung ausgeschlossen sein. 25
Die Tatsache, dass der Gesetzgeber eine Widerspruchsfrist eingeführt hat,

schließt eine Anwendung der allgemeinen Verwirkungsgrundsätze nicht aus, weil jedes Recht nur unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben ausgeübt werden darf (*st. Rspr., vgl. BAG 12. November 2009 - 8 AZR 751/07 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 12*).

2. Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB). Mit ihr wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen. Sie dient dem Vertrauensschutz und verfolgt nicht den Zweck, den Schuldner stets dann von seiner Verpflichtung zu befreien, wenn dessen Gläubiger längere Zeit seine Rechte nicht geltend gemacht hat (*Zeitmoment*). Der Berechtigte muss vielmehr unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erweckten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (*Umstandsmoment*). Hierbei muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf Seiten des Verpflichteten das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist. 26
3. Angesichts der gesetzlichen Regelung ist hinsichtlich des Zeitmoments nicht auf eine bestimmte Monatsfrist abzustellen. Entscheidend sind vielmehr die konkreten Umstände des Einzelfalles. Auch ist die Länge des Zeitablaufes in Wechselwirkung zu dem ebenfalls erforderlichen Umstandsmoment zu setzen. Zeitmoment und Umstandsmoment beeinflussen sich wechselseitig, dh. beide Elemente sind bildhaft im Sinne „kommunizierender Röhren“ miteinander verbunden. Je stärker das gesetzte Vertrauen oder die Umstände sind, die eine Geltendmachung für den Anspruchsgegner unzumutbar machen, desto schneller kann ein Anspruch verirken (*BAG 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP BGB § 613a Nr. 347*). Umgekehrt gilt, je mehr Zeit seit dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs verstrichen ist und je länger der Arbeitnehmer bereits für den Erwerber gearbeitet hat, desto geringer sind die Anforderungen an das Umstandsmoment. 27
4. Die Beurteilung der Frage, ob ein Recht verwirkt ist, obliegt grundsätzlich den Tatsachengerichten, die den ihnen zur Begründung des Verwirkungs- 28

einwandes vorgetragenen Sachverhalt eigenverantwortlich zu würdigen haben. Allerdings unterliegt der revisionsrechtlichen Überprüfung, ob das Tatsachen-gericht die von der Rechtsprechung entwickelten rechtlichen Voraussetzungen der Verwirkung beachtet sowie alle erheblichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat und die Bewertung dieser Gesichtspunkte von den getroffenen tatsächlichen Feststellungen getragen wird (vgl. BAG 11. November 2010 - 8 AZR 185/09 -; 20. Mai 2010 - 8 AZR 734/08 - AP BGB § 613a Widerspruch Nr. 19 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 119).

5. Diesem Überprüfungsmaßstab hält die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stand. 29

a) Zwischen der Unterrichtung des Klägers mit Schreiben vom 23. November 2005 über den bevorstehenden Betriebsteilübergang und seinem Widerspruch mit Schreiben vom 29. September 2008 liegt ein Zeitraum von 34 Monaten. Damit ist, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, das sogenannte Zeitmoment erfüllt. Die Frist für das für die Verwirkung maßgebliche Zeitmoment beginnt nicht erst ab einem bestimmten Zeitpunkt zu laufen, insbesondere nicht erst mit der umfassenden Unterrichtung oder Kenntnis des Arbeitnehmers über den Betriebsübergang und dessen Folgen. Bei dem Zeitmoment handelt es sich nicht um eine gesetzliche, gerichtliche oder vertraglich vorgegebene Frist, für welche bestimmte Anfangs- und Endzeitpunkte gelten, wie sie in den §§ 186 ff. BGB geregelt sind. Vielmehr hat bei der Prüfung, ob ein Recht verwirkt ist, immer eine Gesamtbetrachtung stattzufinden, bei welcher das Zeit- und das Umstandsmoment zu berücksichtigen und in Relation zu setzen sind (BAG 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - BAGE 128, 328 = AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106). Nach der Rechtsprechung des Senats kann je nach den Umständen des Einzelfalles zur Erfüllung des Zeitmoments ein Zeitraum von neun Monaten (vgl. BAG 24. Februar 2011 - 8 AZR 699/09 -), von über einem Jahr (vgl. BAG 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - aaO; 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - BAGE 121, 289 = AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 64) oder ein Zeitraum von mehr als zwei Jahren (vgl. BAG 9. Dezember 2010 - 8 AZR 614/08 -) genügen. 30

- b) Die widerspruchslose Weiterarbeit des Klägers bei der A gGmbH ab dem 1. Januar 2006 stellt kein Umstandsmoment dar, das zur Verwirkung des Widerspruchsrechts des nicht ordnungsgemäß nach § 613a Abs. 5 BGB unterrichteten Klägers führte (*vgl. BAG 20. März 2008 - 8 AZR 1016/06 - NZA 2008, 1354; 24. Februar 2011 - 8 AZR 469/09 - BB 2011, 1787*). 31
- c) Ebenso hat der Kläger ein Umstandsmoment nicht dadurch verwirklicht, dass er gegen die Kündigung der A gGmbH vom 3. Dezember 2007 Kündigungsschutzklage erhoben hat. 32
- aa) In ständiger Rechtsprechung hat der Senat entschieden, dass es ein Umstandsmoment darstellt, welches das Vertrauen des bisherigen Arbeitgebers in die Nichtausübung des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB rechtfertigen kann, wenn der Arbeitnehmer über die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses dadurch disponiert hat, dass er einen Aufhebungsvertrag mit dem Betriebserwerber geschlossen oder eine von diesem nach dem Betriebsübergang erklärte Kündigung hingenommen hat (*vgl. BAG 22. April 2010 - 8 AZR 805/07 - DZWIR 2010, 368; 22. April 2010 - 8 AZR 871/07 -; 22. April 2010 - 8 AZR 982/07 -; 21. Januar 2010 - 8 AZR 870/07 -; 20. März 2008 - 8 AZR 1016/06 - NZA 2008, 1354 und 27. November 2008 - 8 AZR 225/07 -*). 33
- bb) Daran hält der Senat fest. Sinn einer Kündigungsschutzklage ist es, den einseitig erklärten Beendigungswillen des Kündigenden durch Geltendmachung des Kündigungsschutzes zu durchbrechen. Damit disponiert der Arbeitnehmer gerade nicht über den Bestand des Arbeitsverhältnisses. Dagegen lässt eine unterlassene oder nicht rechtzeitig erhobene Kündigungsschutzklage die Kündigung von Anfang an rechtswirksam werden, § 7 KSchG. Grundsätzlich ist mit der Erhebung einer Kündigungsschutzklage keine Aussage darüber verbunden, wer künftig Arbeitgeber sein soll oder als solcher noch - nämlich bei Einlegung eines Widerspruchs - in Betracht kommt. Ziel ist es, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gegen den Beendigungswillen des Kündigenden zu schützen. Daher kann auch bei einem wie vorliegend sehr gewichtigen Zeitmoment ein angestrebter Kündigungsschutzprozess gegen die Betriebserwerberin kein Umstandsmoment im Sinne der Verwirkung darstellen. 34

- d) Rechtsfehlerfrei hat das Landesarbeitsgericht darauf abgestellt, dass die weiter zu berücksichtigenden Umstände in Wechselwirkung mit dem Zeitpunkt zur Verwirkung des Widerspruchsrechts führen. 35
- aa) Im Schreiben vom 27. Juni 2008 wurden alle Mitarbeiter durch die A gGmbH über die beabsichtigte Einstellung des Geschäftsbetriebs zum 31. Dezember 2008 informiert. Ausdrücklich heißt es, dass die Erwerberin (A gGmbH) „nicht existenzfähig“ sei und der Beklagte die Mittel sicherstelle, die notwendig seien, um den Geschäftsbetrieb bis zum 31. Dezember 2008 aufrechtzuerhalten. In diesem Schreiben wird ausdrücklich auf die „prekäre“ Situation bei der Erwerberin hingewiesen. Zum 1. Juli 2008 wurde darüber hinaus für die A gGmbH ein Liquidator bestellt. Damit hatte der Kläger von den für ihn maßgeblichen Umständen Kenntnis, um eine Entscheidung darüber, ob er den Arbeitgeberwechsel hinnimmt oder ihm widerspricht, treffen zu können. 36
- bb) Das Landesarbeitsgericht hat in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Berufungsurteils (*dort S. 18, letzter Absatz*) festgestellt, dass auch der Kläger das an alle Mitarbeiter gerichtete Informationsschreiben vom 27. Juni 2008 erhalten hat. Diese Feststellung greift die Revision nicht mit einer Verfahrensrüge an, weswegen der Senat daran gebunden ist (§ 559 Abs. 2 ZPO). 37
- cc) Gleichwohl hat der Kläger von seinem Widerspruchsrecht zunächst keinen Gebrauch gemacht. Erst zeitgleich mit dem Antrag des Liquidators beim Amtsgericht Hamburg, das Insolvenzverfahren über das Vermögen der A gGmbH zu eröffnen und der Einsetzung eines vorläufigen Insolvenzverwalters durch das Amtsgericht am 29. September 2008 sah sich der Kläger zum Widerspruch veranlasst. Zu diesem Zeitpunkt waren bereits mehr als drei Monate seit dem Schreiben vom 27. Juni 2008 verstrichen, in denen der Kläger das Vertrauen beim Beklagten, er werde sein Widerspruchsrecht nicht ausüben, gestärkt hat. Für den Kläger war nicht nur die prekäre wirtschaftliche Situation der A gGmbH infolge des Schreibens vom 27. Juni 2008 offenkundig, sondern darüber hinaus musste er aufgrund dieses Schreibens davon ausgehen, dass spätestens mit Ablauf des 31. Dezember 2008 seine berufliche Situation und 38

Zukunft ungesichert sein würden. Trotz dieser Perspektive reagierte der Kläger nicht zeitnah auf das Schreiben vom 27. Juni 2008. Für den Beklagten wurde so der Eindruck, der Kläger werde dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht widersprechen, nachhaltig verstärkt. Ob der Kläger gehalten war, den Widerspruch unverzüglich (*dh. ohne schuldhaftes Zögern, § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB*) oder innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu erklären, kann vorliegend dahinstehen. Auf jeden Fall war mit einem Zeitraum von mehr als drei Monaten ein dem Kläger zuzubilligender, angemessener Zeitraum, in dem er gegebenenfalls Rechtsrat einholen und sich über die Ausübung seines Widerspruchsrechts klarwerden konnte, für die Erklärung des Widerspruchs abgelaufen. Mit seinem Verhalten hatte der Kläger den Eindruck erweckt und damit die Vertrauensbildung beim Beklagten verstärkt, dass er auch angesichts der ausweglosen Situation für die Betriebserwerberin von einem etwaigen Widerspruchsrecht nicht Gebrauch machen werde.

dd) Zu Unrecht rügt die Revision, zur Bejahung des Umstandsmoments hätte es der Feststellung einer „Vertrauensinvestition“ des Beklagten durch das Landesarbeitsgericht bedurft. Entgegen der Ansicht des Klägers setzt der Verwirkungseinwand nicht voraus, dass der Verpflichtete eine konkret feststellbare Vermögensdisposition im Vertrauen auf die Nichtinanspruchnahme getroffen haben muss. Richtig ist vielmehr, dass die Verwirkung eines Rechts nur in Betracht kommt, wenn die verspätete Inanspruchnahme für die Gegenseite - wie hier - unzumutbar erscheint. Diese Unzumutbarkeit muss sich jedoch nicht aus wirtschaftlichen Dispositionen des Verpflichteten ergeben. Solche können das Umstandsmoment zwar verstärken, sind jedoch nicht Voraussetzung für die Annahme desselben (*MünchKomm BGB/Roth 5. Aufl. § 242 BGB Rn. 333; Staudinger/Looschelders/Olzen [2009] § 242 Rn. 295, 311*). Zudem ist in diesem Zusammenhang im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen eine typisierende Betrachtungsweise angezeigt (*vgl. Birr Verjährung und Verwirkung 2. Aufl. Rn. 267; Palandt/Grüneberg 70. Aufl. § 242 BGB Rn. 95*). Nach einem Betriebs- oder Betriebsteilübergang kann davon ausgegangen werden, dass der Betriebsveräußerer mit zeitlichem Abstand zum Betriebsübergang zunehmend seine Kalkulation auf der Grundlage vorgenommen hat, dass die nach

39

seiner und des Erwerbers Ansicht übergegangenen Arbeitsverhältnisse nicht mehr mit ihm bestehen. Einer konkret feststellbaren Vermögensdisposition des Verpflichteten, dh. des bisherigen Arbeitgebers, bedarf es daher nicht.

ee) Zur Verwirkung des Widerspruchsrechts genügt es, dass einer der 40
Verpflichteten von den vertrauensbildenden Umständen Kenntnis erlangt hat.
Daraus folgt, dass immer dann, wenn sich der Betriebserwerber auf Ver-
wirkungsumstände berufen könnte, diese auch der Betriebsveräußerer für sich
in Anspruch nehmen kann. 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 (*st. Rspr., vgl. BAG 27. November 2008 - 8 AZR 174/07 - BAGE 128, 328 = AP BGB § 613a Nr. 363 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 106*).

Danach käme es für die Annahme der Verwirkung nicht auf die Kenntnis 41
der die Verwirkung begründenden Umstände beim Beklagten an. Allerdings lag diese auch beim Beklagten vor, da der Geschäftsführer der A gGmbH zugleich Geschäftsführer des Beklagten war.

III. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO. 42

Hauck

Böck

Breinlinger

Volz

Burr