
Datum: 25.08.2011
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 17. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 Sa 498/11
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2011:0825.17SA498.11.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Minden, 1 Ca 1032/10
Schlagworte: 1. Anwendbarkeit des § 613a BGB bei Umwandlung eines kommunalen Eigenbetriebs nach § 114 a Gemeindeordnung NRW in eine Anstalt des öffentlichen Rechtes (AöR). 2. Anwendbarkeit des § 623 BGB auf einen Vertrag zwischen Arbeitnehmer, Kommune und AöR, mit dem das Arbeitsverhältnis auf die AöR übergeleitet werden soll. 3. Zur Verwirkung des Widerspruchsrechts gemäß § 242 BGB.

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Minden vom 08.02.2011 – 1 Ca 1032/10 – abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien durch den Arbeitsvertrag vom 19.05.1993 begründete Arbeitsverhältnis über den 31.12.2005 hinaus mit der Beklagten fortbesteht.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Die Revision wird zugelassen.

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht.

Der am 10.06.1964 geborene Kläger schloss mit der Beklagten am 19.05.1993 einen Arbeitsvertrag (Bl. 3 – 4 der Akte), dessen Original sich mit seiner Unterschrift in seiner Personalakte befindet. Er wurde mit Wirkung zum 24.05.1993 als Installateur bei dem Wasserwerk der Beklagten eingestellt. Dieses wurde als Eigenbetrieb geführt. 3

Gemäß § 2 des Arbeitsvertrages richtete sich das Arbeitsverhältnis nach den Vorschriften des Bundesmanteltarifvertrages für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (BMT-G) und der zusätzlich abgeschlossenen Tarifverträge – insbesondere des Bezirkszusatztarifvertrages (BZT-G/NRW) – in der jeweils geltenden Fassung. Das gleiche galt für an deren Stelle tretende Tarifverträge. 4

Am 29.06.2005 beschloss der Rat der Beklagten, den Eigenbetrieb Wasserwerk und die Parkstättengesellschaft mbH zum 01.01.2006 in eine Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) umzuwandeln (Bl. 148, 149 d. A.). 5

Am 15.12.2006 schlossen die Beklagte, deren Personalrat und das in der Gründung befindliche Kommunalunternehmen Stadtwerke B1 O1 AöR (nachfolgend: SBO) eine Personalüberleitungsvereinbarung (Bl. 16 – 19 der Akte). Nach der Präambel sollte die SBO zum 01.01.2006 die Gesamtrechtsnachfolge des Eigenbetriebes Wasserwerk antreten. 6

§ 1 der Personalüberleitungsvereinbarung lautet wie folgt: 7

§ 1 8

Übergang der Arbeitsverhältnisse 9

(1) Das Kommunalunternehmen SBO tritt im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in alle Rechte und Pflichten aus den zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen der in der als Anlage aufgeführten Beschäftigten ein. Die Arbeitnehmerliste ist abschließend. Die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen gehen unverändert auf das Kommunalunternehmen über und werden auch Inhalt der Arbeitsverträge zwischen dem Kommunalunternehmen SBO und den Arbeitnehmern. Eine Änderung der übergehenden Arbeitsverträge aus Anlass der Gesamtrechtsnachfolge gegenüber dem Zeitpunkt vor der Überleitung erfolgt nicht.

(2) Das Kommunalunternehmen SBO wird keine Kündigung von Arbeitsverhältnissen anlässlich der Gesamtrechtsnachfolge aussprechen. Das Recht zur Kündigung der Arbeitsverhältnisse aus anderen (z.B. verhaltens- oder personenbedingten) Gründen bleibt hiervon unberührt. 11

(3) Alle Rechte und Pflichten, insbesondere aus Gesamtzusagen, betrieblichen Übungen, Tarifverträgen oder Dienstvereinbarungen, die für die Mitarbeiter des Wasserwerkes gelten, gehen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge unverändert auf das Kommunalunternehmen über und behalten ihre Gültigkeit. 12

Gemäß § 2 der Vereinbarung verpflichtete sich die SBO die Mitgliedschaft im Kommunalen Arbeitgeberverband zu beantragen und der Kommunalen Versorgungskasse für Westfalen-Lippe beizutreten. 13

Nach der dem Vertrag beigefügten Namensliste (Bl.20 der Akte) gehörte auch der Kläger zu den betroffenen Mitarbeitern. 14

Mit Datum vom 02.01.2006 unterbreiteten ihm die Beklagte und die SBO eine Nebenabrede zum Arbeitsvertrag (Bl. 21 der Akte). § 1 der Nebenabrede enthält folgende Regelung: 15

§ 1 16

Der Inhalt der Personalüberleitungsvereinbarung zwischen dem Kommunalunternehmen¹⁷ Stadtwerke B1 O1 AöR, vertreten durch den Vorstand Herrn S1, und der Stadt B1 O1, vertreten durch den Bürgermeister Herrn M3-Z1, und dem Personalrat der Stadt B1 O1, vertreten durch den Vorsitzenden Herrn M4, vom 15.12.2005 wird Bestandteil des mit Herrn U1 bestehenden Arbeitsvertrages.

Zuvor hatte am 29.11.2005 eine Informationsveranstaltung stattgefunden, an der der Kläger ausweislich der von ihm unterzeichneten Teilnehmerliste (Bl. 224, 225 der Akte) teilgenommen hatte. In dieser Veranstaltung wurden ihm der Entwurf eines Überleitungsvertrages, der Text des § 613 a BGB sowie eine Veröffentlichung der Gewerkschaft ver.di zum Thema Betriebsübergang überreicht. Der Kläger behauptet, er habe den Entwurf des Überleitungsvertrages auf Geheiß seines Vorgesetzten B2 mit der von ihm nicht unterzeichneten Nebenabrede der Beklagten zurückgereicht. Das Original der Nebenabrede gelangte zu seiner Personalakte. 18

Im amtlichen Kreisblatt für den Kreis M5-L1 vom 30.12.2008 gab die Beklagte die Satzung über die Anstalt öffentlichen Rechtes SBO bekannt, am 17.12.2008 von dem Rat der Beklagten beschlossen. 19

§ 13 der Satzung lautet wie folgt: 20

§ 13 21

Überleitungsvorschriften 22

1) Der Übergang der Arbeitsverhältnisse der im Eigenbetrieb "Städtisches Wasserwerk ~~B2~~ B1 O1" sowie der "PSG Parkstättengesellschaft B1 O1 mit beschränkter Haftung" beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf die Anstalt richtet sich nach § 613 a BGB. Die Einzelheiten werden in Personalüberleitungsverträgen geregelt.

2) Die Anstalt tritt im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 114 a GO NRW in alle 24 bestehenden Rechte und Pflichten des "Städtisches Wasserwerk B1 O1" mit Wirkung zum 01.01.2006, 0.00 Uhr ein, die im Zusammenhang mit den übertragenen Aufgaben stehen. Die Anstalt übernimmt im Wege der Einzelrechtsnachfolge Rechte und Pflichten der "PSG Parkstättengesellschaft B1 O1 mit beschränkter Haftung".

Gemäß § 14 der Satzung wurde der Eigenbetrieb Wasserwerk zum 31.12.2005 aufgelöst. 25

Gemäß § 15 der Satzung entstand die Anstalt rückwirkend am 01.01.2006 mit gleichzeitigem Inkrafttreten der Satzung. 26

Wegen der weiteren Einzelheiten der Satzung wird auf die von der Beklagten mit Schriftsatz vom 13.07.2011 vorgelegte Kopie (Bl. 184 – 187 der Akte) Bezug genommen. 27

Der Kläger trat zum 01.01.2006 mit ca. weiteren 150 Arbeitnehmern seine Arbeit an den Betriebsstandort der SBO an. 28

Mit Schreiben vom 31.01.2006 (Bl. 165 d. A.) wandten sich die Beschäftigten M9, G1, T2 und M6 R1 an die Beklagte, nachdem sie die Entgeltabrechnungen für Januar 2006 erhalten hatten, die die SBO als Arbeitgeberin und Daten zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten enthielten. Die Arbeitnehmer führten aus:

"Dazu möchten wir ausführen, dass es im Zuge unserer Überleitung zu den Stadtwerken B1 O1 zu keiner Änderung unserer bestehenden Arbeitsverträge bei der Stadt B1 O1 gekommen ist (§ 1 Übergang der Arbeitsverhältnisse). Somit kann es auch kein Vertragsende zum 31.12.2005 bzw. keinen Vertragsbeginn zum 01.01.2006 bei den Stadtwerken geben. Wir möchten Sie daher bitten, unsere Daten aus unseren bestehenden Arbeitsverträgen zu übernehmen."

Mit Schreiben vom 03.02.2006 (beispielhaft an den Mitarbeiter G1, Bl. 166 der Akte) gab die Beklagte Erläuterungen. 31

Am 20.06.2006 nahm der Kläger ausweislich der Teilnehmerliste (Bl. 22 der Akte) an einer weiteren Informationsveranstaltung teil, die Erweiterung der SBO betreffend. Er bestätigte, Informationen über den Grund und die Folgen des Übergangs und die für die Beschäftigten in Aussicht genommenen Maßnahmen sowie einen Entwurf des Überleitungsvertrages erhalten zu haben. 32

Der Kläger erzielte bei der SBO zuletzt ein Bruttomonatsentgelt von 2.600,-- Euro. Er ist mit einem Grad der Minderung von 30 % behindert und aufgrund einer Erkrankung bei der SBO nicht mehr voll einsatzfähig. 33

Mit Schreiben vom 26.02.2010 forderte er die Beklagte auf, ihm einen leidensgerechten Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Mit Schreiben vom 26.02.2010 verwies die Beklagte auf die Überleitung des Arbeitsverhältnisses auf die SBO. Dem Kläger wurde eine Kopie der Personalüberleitungsvereinbarung vom 15.12.2005 zur Verfügung gestellt. 34

Mit Schreiben vom 18.03.2010 (Bl. 9, 10 der Akte) widersprach er sowohl gegenüber der Beklagten als auch gegenüber der SBO dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die SBO. 35

Mit seiner am 09.08.2010 bei dem Arbeitsgericht Minden eingegangenen Klage begehrt er die Feststellung des unveränderten Fortbestandes seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten. 36

Er hat vorgetragen: 37

Da die Beklagte ihn nicht ordnungsgemäß im Sinne des § 613 a Abs. 5 BGB unterrichtet habe, sei er berechtigt gewesen, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses noch in 2010 zu widersprechen. 38

Die Informationsveranstaltung vom 29.11.2005 habe nur eine Stunde gedauert. Der zunächst ausgehändigte Entwurf eines Überleitungsvertrages sei später wieder eingesammelt worden. 39

Sein Widerspruchsrecht sei nicht verwirkt. 40

Unter Vorlage einer Kopie des Schreibens der Beklagten vom 03.02.2006 (Bl. 34 der Akte), in der das Adressfeld abgedeckt ist, hat der Kläger behauptet: 41

Das Schreiben habe ihn in seiner Ansicht bestärkt, unverändert Arbeitnehmer der Beklagten zu sein. Bis in das Frühjahr 2010 habe er sich bei Problemen, z. B. mit den Abrechnungen, an das Personalamt der Beklagten gewandt und zur Bedienung der Stempeluhr zwecks Arbeitszeiterfassung eine Karte der Beklagten benutzt.

Der Kläger hat beantragt	43
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien unverändert fortbesteht und nicht als Überleitung auf die Stadtwerke B1 O1 AöR übergegangen ist.	44
Die Beklagte hat beantragt,	45
die Klage abzuweisen.	46
Sie hat ausgeführt:	47
Es liege kein rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang vor, sondern eine Umwandlung des Eigenbetriebes im Wege der Gesamtrechtsnachfolge.	48
Jedenfalls habe der Kläger sein Widerspruchsrecht verwirkt.	49
Mit Urteil vom 08.02.2011 hat das Arbeitsgericht Minden die Klage abgewiesen.	50
Es hat ausgeführt:	51
Das Arbeitsverhältnis der Parteien sei mit Wirkung zum 01.01.2006 auf die SBO übergegangen. Der Übergang beruhe auf der Nebenabrede vom 02.01.2006 in Verbindung mit dem Personalüberleitungsvertrag vom 15.12.2005. Es liege ein dreiseitiger Vertrag vor. Die Zustimmung des Klägers zu diesem Vertrag gelte schon deshalb als erteilt, weil er in Kenntnis des "Betriebsübergangs" ohne Widerspruch und ohne zu kündigen die Arbeit am gleichen Arbeitsplatz fortgesetzt habe.	52
Der Vertrag habe nicht der Schriftform nach § 125 BGB bedurft. Deshalb sei die fehlende Unterschrift des Klägers unter der Nebenabrede unerheblich. Im Übrigen sei anzumerken, dass der Kläger offenkundig auch seinen Arbeitsvertrag vom 19.05.1993 nicht unterschrieben habe.	53
Nichts anderes gelte bei der Annahme eines Betriebsübergangs nach § 613 a BGB.	54
Es könne dahin stehen, ob die Vorschrift Anwendung finde, da der Kläger jedenfalls sein Widerspruchsrecht verwirkt habe.	55
Er habe erstmals nach mehr als vier Jahren der Überleitung seines Arbeitsverhältnisses widersprochen. Damit sei das Zeitmoment erfüllt.	56
Er habe auch das Umstandsmoment verwirklicht. Dabei sei zu berücksichtigen, dass er um den Jahreswechsel 2005/2006 gegenüber der Beklagten nicht hinreichend verdeutlicht habe, dass er einem Arbeitgeberwechsel nicht zustimme. Er habe der Beklagten die von ihm nicht unterschriebene Nebenabrede nicht wieder zukommen lassen, so dass diese keine Kenntnis davon gehabt habe, er gehe von einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit ihr aus.	57
Allein mit Schreiben vom 31.01.2006 habe er auf den Arbeitgeberwechsel reagiert. Auf das Antwortschreiben der Beklagten hätte er noch einmal nachfragen und verdeutlichen müssen, dass er weiterhin von einem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten ausgehe. Das gelte umso	58

mehr, da er wenige Wochen zuvor in der Informationsveranstaltung grundlegende Informationen zu dem Betriebsübergang erhalten habe. Er habe zumindest Einblick in den Entwurf eines Personalüberleitungsvertrages erhalten. Auch aufgrund der ihm vorgelegten Nebenabrede habe ihm klar sein müssen, dass die SBO seine neue Arbeitgeberin sein werde.

Eine vergleichbare Problematik sei im Sommer 2006 im Rahmen einer weiteren Informationsveranstaltung erörtert worden, ohne dass der Kläger zu erkennen gegeben habe, er sei mit einem Arbeitgeberwechsel nicht einverstanden. 59

Für die Kammer sei es im Übrigen auch schwer verständlich, dass er nicht bemerkt haben wolle, dass ein neuer Personalrat für ihn zuständig sei. 60

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Urteils wird auf Bl. 48 – 57 der Akte Bezug genommen. 61

Gegen das ihm am 01.03.2011 zugestellte Urteil hat der Kläger am 24.03.2011 bei dem Landesarbeitsgericht eingehend Berufung eingelegt und diese am 28.04.2011 eingehend begründet. 62

Er rügt das erstinstanzliche Urteil als fehlerhaft und führt aus: 63

Das erstinstanzliche Gericht habe verkannt, dass es zu keinem rechtsgeschäftlichen Arbeitgeberwechsel gekommen sei. Unstreitig habe er die Nebenabrede nicht unterzeichnet. Eine entsprechende Vereinbarung sei auch nicht schlüssig zustande gekommen, da ein dreiseitiger Vertrag, mit dem ein anderer Arbeitgeber in das Arbeitsverhältnis eintrete, der Schriftform nach § 623 BGB unterliege. Die Beklagte habe ihn entgegen § 613 a Abs. 5 BGB nicht ausreichend informiert. Sie habe zu den Umständen eines Betriebsübergangs nicht vorgetragen, sondern sei von einer Gesamtrechtsnachfolge ausgegangen, die den Abschluss der Nebenabrede entbehrlich mache. 64

Sowohl im Falle eines Betriebsübergangs als auch im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge stehe ihm ein Widerspruchsrecht zu. Dieses habe er nicht verwirkt. 65

Durch die Verweigerung der Zustimmung zu der Nebenabrede habe er gezeigt, mit einem Arbeitgeberwechsel nicht einverstanden zu sein. 66

Unter Vorlage einer Kopie eines Schreibens vom 31.01.2006 (Bl. 159 der Akte), in dem die Unterschriftszeile abgedeckt ist, hat der Kläger zunächst behauptet: 67

Er habe sich mit diesem Schreiben an die Beklagte gewandt, nachdem seine Entgeltabrechnung für Januar 2006 erstmals die SBO als Arbeitgeberin ausgewiesen habe. Die Beklagte habe ihm mit Schreiben vom 03.02.2006 geantwortet. 68

Nach gerichtlichem Hinweis behauptet der Kläger: 69

Er habe sich gemeinsam mit den Kollegen G1, M7 und T2 und M6 R1 anwaltlich beraten lassen. Als sie im Januar 2006 ihre Entgeltabrechnungen erhalten hätten, hätten sie beschlossen, als Team der Abteilung "Frischwasser" die Ausweisung der SBO als Arbeitgeberin bei der Beklagten zu rügen. Es sei gemeinsam das Schreiben vom 31.01.2006 verfasst worden, das er lediglich deshalb nicht unterzeichnet habe, weil er bei Abfassung des Schreibens entweder krank oder urlaubsabwesend gewesen sei. Insoweit könne er sich nicht mehr erinnern. 70

Der Kläger beantragt,	71
das Urteil des Arbeitsgerichts Minden vom 08.02.2011 – 1 Ca 1032/10 – abzuändern und festzustellen, dass das zwischen den Parteien durch Arbeitsvertrag vom 19.05.1993 begründete Arbeitsverhältnis über den 31.12.2005 fortbesteht.	72
Die Beklagte beantragt,	73
die Berufung zurückzuweisen.	74
Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil als zutreffend und führt vertiefend aus:	75
Die fehlende Unterzeichnung der Nebenabrede beweise nicht das fehlende Einverständnis des Klägers, da er es auch nicht für nötig gehalten habe, zu Beginn des Beschäftigungsverhältnisses den Arbeitsvertrag zu unterzeichnen.	76
Die SBO sei durch Ratsbeschluss errichtet worden, so dass eine Gesamtrechtsnachfolge vorliege.	77
Bei einer unmittelbaren oder analogen Anwendung des § 613 a BGB habe der Kläger sein Widerspruchsrecht verwirkt. Er sei in den Informationsveranstaltungen vom 29.11.2005 und 20.06.2006 umfänglich informiert worden.	78
Da es nicht um die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses gegangen sei, sei § 623 BGB nicht anwendbar.	79
Im Übrigen sei das Widerspruchsrecht verwirkt. Anders als die Mitarbeiter M7, G1 und die Herren R1 habe sich der Kläger nicht mit Schreiben vom 31.01.2006 an sie gewandt. Daraus habe sie den Schluss ziehen dürfen, dass er keinen Widerspruch mehr einlegen werde.	80
Im Übrigen sei es mit Treu und Glauben und dem Gesichtspunkt der Sicherheit im Rechts- und Geschäftsverkehr nicht vereinbar, dass sie bis zum "Sanktnimmerleinstag" der Gefahr ausgesetzt sein könnte, ein Arbeitnehmer werde einem früheren Übergang des Arbeitsverhältnisses widersprechen, weil er mit seinem neuen Arbeitgeber Probleme habe. Eine solche Rechtsbetrachtung führe § 613 a BGB ad absurdum und stelle einen Eingriff in ihre Unternehmerfreiheit im Sinne des Art. 12 GG dar.	81
Das Gericht hat die Personalakte des Klägers informationshalber beigezogen. In der Personalakte befindet sich sein Arbeitsvertrag vom 19.05.1993 mit den Originalunterschriften des Stadtdirektors, eines Stadtoberamtsrates und des Klägers. Weiterhin befindet sich in der Personalakte die Nebenabrede im Original, die nur von den Herren M8-Z1 und S1 unterzeichnet wurde.	82
Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsprotokolle Bezug genommen.	83
Entscheidungsgründe	84
A. Die gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1, 64 Abs. 2 c, 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 518, 520 ZPO an sich statthafte und form- sowie fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Minden vom 08.02.2011 ist begründet.	85
	86

Der Feststellungsantrag ist gemäß § 256 Abs. 1 ZPO zulässig. Er ist auch begründet. Das zwischen den Parteien mit Arbeitsvertrag vom 19.05.1993 begründete Arbeitsverhältnis besteht über den 31.12.2005 hinaus fort. Es ist nicht mit Wirkung zum 01.01.2006 auf die SBO übergegangen.

I. Der Kläger war in dem von der Beklagten als Eigenbetrieb geführten Wasserwerk beschäftigt. 87

Sein Arbeitsverhältnis ist nicht im Wege einer Gesamtrechtsnachfolge kraft Gesetzes auf die SBO übergegangen. 88

Betriebsübergänge, die im Wege der Gesamtrechtsnachfolge kraft Gesetzes vollzogen werden, sind vom sachlichen Geltungsbereich des § 613 a BGB ausgeschlossen (BAG 28.09.2006 – 8 AZR 441/05, AP BGB § 419 Funktionsnachfolge Nr. 26). Das Wasserwerk ist gemäß § 114 a Abs. 1 GO NRW in die rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechtes SBO umgewandelt worden. Die Umwandlung geschieht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge. Das bedeutet, dass das Vermögen mit allen Rechten und Pflichten auf die Rechtsnachfolgerin übergeht, die in die Stellung des Rechtsvorgängers tritt. Daraus folgt jedoch nicht, dass die bei dem Rechtsvorgänger bestehenden Arbeitsverhältnisse kraft Gesetzes auf die AöR übergehen. Denn gemäß § 114 a Abs. 2 GO NRW erfolgt die Umwandlung durch eine vom Rat der Gemeinde zu erlassene Satzung. Sie regelt Inhalt und Umfang der Gesamtrechtsnachfolge (Hold, Kommunalverfassungsrecht NRW, § 114 a GO, Erläuterung 3.2, 3.4). 89

Entsprechend hat die Beklagte mit Satzung vom 17.12.2008, gemäß § 15 der Satzung am 01.01.2006 in Kraft getreten, die SBO als AöR errichtet. 90

Nach § 13 Abs. 2 Satz 1 der Satzung ist die SBO zwar im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 114 a GO NRW in alle bestehenden Rechte und Pflichten des Eigenbetriebs Wasserwerk eingetreten, soweit ein Zusammenhang mit der nach § 2 der Satzung übertragenen Aufgaben bestand. Die Gesamtrechtsnachfolge erfasste aber nicht die Arbeitsverhältnisse der im Wasserwerk Beschäftigten. Gemäß § 13 Abs. 1 der Satzung sind diese nach den Regelungen des § 613 a BGB, nicht aufgrund des Satzungsrechtes des Rates auf die SBO übergegangen. 91

II. Die SBO ist nicht im Wege der Einzelrechtsnachfolge Arbeitgeberin des Klägers geworden. 92

1. Die Parteien haben keine Vereinbarung zur Überleitung des klägerischen Arbeitsverhältnisses von der Beklagten auf die SBO geschlossen. 93

Gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 der Satzung sollten die Einzelheiten der Rechtsnachfolge bezüglich der Arbeitsverhältnisse in Personalüberleitungsvereinbarungen geregelt werden. 94

Die Beklagte, der bei ihr bestehende Personalrat und die SBO haben am 15.12.2005 eine Personalüberleitungsvereinbarung geschlossen. Nach § 1 des Vertrages ist die SBO im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in alle Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen der in der Anlage aufgeführten Beschäftigten eingetreten. Zwischen den Parteien steht nicht im Streit, dass die Anlage auch den Kläger als betroffenen Mitarbeiter ausweist. 95

Zur Umsetzung des Personalüberleitungsvertrags haben die Beklagte und die SBO den betroffenen Beschäftigten den Abschluss einer Nebenabrede mit dem Inhalt angeboten, dass 96

die Personalüberleitungsvereinbarung zwischen der Beklagten, dem Personalrat und der SBO auf das Arbeitsverhältnis der Mitarbeiter Anwendung findet. Der Kläger hat das Angebot vom 02.01.2006 nicht angenommen.

a) Es fehlt an einer ausdrücklichen Annahmeerklärung durch Unterzeichnung der Nebenabrede vom 02.01.2006. Ausweislich der Personalakte des Klägers ist das Original der Nebenabrede ohne seine Unterschrift an die Beklagte zurückgelangt. 97

b) Er hat das Angebot auch nicht durch Fortsetzung seiner vertraglichen Tätigkeit bei der SBO konkludent angenommen. 98

Zugunsten der Beklagten geht die Kammer davon aus, dass der Kläger anders als seine Kollegen nicht mit Schreiben vom 31.01.2006 den auf den Gehaltsabrechnungen dokumentierten Arbeitgeberwechsel gerügt hat. Ein solches Schreiben vermochte er nicht in Kopie vorzulegen. Es befindet sich nicht im Original in seiner Personalakte. 99

aa) In dem Schweigen des Arbeitnehmers auf ein ungünstiges Vertragsangebot liegt kein bestimmtes Erklärungsverhalten. Von den gesetzlichen Erklärungsfiktionen abgesehen, z. B. §§ 108 Abs. 2, 177 Abs. 2 BGB, ist das Unterlassen einer Handlung und damit auch das Schweigen keine Erklärung und kann vor allem im Geschäftsverkehr der Verbraucher nicht als solche gedeutet werden oder Erklärungswirkung entfalten (BAG 18.03.2009 – 10 AZR 281/08, BAGE 130, 21). 100

Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Beklagte und die SBO ihr Änderungsangebot für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen der ehemals im Eigenbetrieb Wasserwerk Beschäftigten vorformuliert haben. Die Annahme, durch widerspruchslöse Weiterarbeit werde der vertragliche Arbeitgeberwechsel vollzogen, ist mit dem Klauselverbot für fingierte Erklärungen in § 308 Nr. 5 BGB nicht zu vereinbaren. 101

Nach dieser Vorschrift ist in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen insbesondere eine Bestimmung unwirksam, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassen einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, dass dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen. Die Bestimmung beruht auf § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Sie bezweckt, dass der zu den wesentlichen Prinzipien des Privatrechtes gehörende Grundsatz, wonach Schweigen in der Regel keine Willenserklärung ist, durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur in engen Grenzen änderbar ist. § 308 Nr. 5 BGB verbietet den Vertragsparteien zwar nicht zu vereinbaren, dass das Schweigen einer Partei zu einem Antrag der anderen Partei als Annahmeerklärung anzusehen ist. Die Vorschrift untersagt fingierte Erklärungen jedoch für den Fall, dass die drohende Fiktionswirkung dem Vertragspartner des Klauselverwenders nicht hinreichend bewusst gemacht und ihm keine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt wird. 102

Soll eine an ein Schweigen geknüpfte Fiktionswirkung eintreten, muss dies nach § 308 Nr. 5 BGB nicht nur von den Vertragspartnern vereinbart worden sein. Nach dieser Vorschrift muss der Klauselverwender sich darüber hinaus verpflichtet haben, seinen Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die Bedeutung seines Schweigens besonders hinzuweisen. Schließlich muss dieser Hinweis auch tatsächlich und in einer Form erfolgen, die unter normalen Umständen Kenntnisnahme verbürgt. Gibt der Klauselverwender den Hinweis, hat er sich aber dazu nicht vertraglich verpflichtet, tritt die Erklärungsfiktion nicht ein. Dies gilt auch bei 103

einem unterbliebenen Hinweis auf eine vereinbarte Erklärungsfiktion (BAG 18.03.2009 – 10 AZR 281/08, BAGE 130, 21).

c. Der Kläger hat seine Annahme nicht wirksam konkludent erklärt. 104

Unabhängig von der Frage, ob die widerspruchslöse Weiterarbeit bei der SBO gemäß §§ 133, 57 BGB als schlüssige Willenserklärung ausgelegt werden kann, steht jedenfalls das Schriftformgebot des § 623 BGB der mündlichen, damit hier der konkludenten Vereinbarung eines Arbeitgeberwechsels entgegen. 105

aa. Gemäß § 623 BGB bedarf die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Bei einem Vertrag über die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses muss deshalb nach § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Fehlt es an dieser gesetzlichen Form, ist der Aufhebungsvertrag gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig (BAG 17.12.2009 – 6 AZR 242/09, NJW 2010, 1100; LAG Schleswig-Holstein 05.10.2010 – 3 Sa 137/10; LAG Rheinland-Pfalz 26.10.2007 – 9 Sa 362/07). Das Bundesarbeitsgericht hat zwar in seiner Entscheidung vom 24.02.2011 (6 AZR 626/09, DB 2011, 1332) offen gelassen, ob eine Vertragsübernahme, die lediglich auf den Austausch einer Vertragspartei zielt und bei der alle vertraglichen Rechte und Pflichten aufrechterhalten bleiben, der Schriftform des § 623 BGB unterliegt. Es hat aber auf die herrschende Meinung verwiesen, die nach Auffassung der Kammer zu Recht davon ausgeht, dass ein dreiseitiger Vertrag, mit dem zugleich das Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis zu einem Vertragspartner geregelt wird, der Schriftform bedarf (BAG 24.04.2011 a.a.O.; LAG Schleswig-Holstein 05.10.2010 a.a.O.; LAG Rheinland-Pfalz 26.10.2007 a.a.O.; LAG Köln 19.06.2006 – 14 Sa 250/06, NZA-RR 2007, 127; KR-Spilger, 9. Aufl., § 623 BGB Rn. 151). 106

Der dem Kläger angetragene Vertrag zwischen der Beklagten als seiner alten und der SBO als der neuen Arbeitgeberin und ihm im Zuge eines einheitlichen Rechtsgeschäfts mit der angestrebten Folge, dass er ab dem 01.01.2006 nur noch mit der SBO in einem Arbeitsverhältnis stehen sollte, beinhaltet u.a. einen Aufhebungsvertrag bezogen auf das Vertragsverhältnis zu der Beklagten, das beendet werden sollte. Es fehlt an der gesetzlichen Schriftform, da der Kläger die Nebenabrede nicht unterzeichnet hat. 107

bb. Es widerspricht nicht Treu und Glauben nach § 242 BGB, wenn er sich nunmehr auf die fehlende Schriftform der Nebenabrede beruft. Denn dieser Umstand war für die Beklagte ohne weiteres erkennbar. Der Kläger hat die Änderungsvereinbarung im Original ohne Unterschrift an die Beklagte zeitnah nach dem 01.01.2006 zurückgereicht und diese hat sie kommentarlos, ohne Rückfrage zur Personalakte genommen. 108

3. Das Arbeitsverhältnis ist schon deshalb nicht gemäß § 613 a Abs. 1 BGB auf die SBO übergegangen, weil der Kläger den Betriebsübergang mit Schreiben vom 18.03.2010 wirksam widersprochen hat. 109

a. Dahinstehen kann, ob der Eigenbetrieb Wasserwerk durch Rechtsgeschäft im Sinne des § 613 a Abs. 1 BGB auf die SBO übergegangen ist. Jedenfalls haben die Beklagte und die SBO die Arbeitsverhältnisse der betroffenen Beschäftigten in Umsetzung der Satzungsvorschrift des § 13 Abs. 1 gemäß § 613 a BGB durch Rechtsgeschäft auf die Anstalt öffentlichen Rechts überführt. Das rechtfertigt die zumindestens entsprechende Anwendung des § 613 a Abs. 5, Abs. 6 BGB. 110

b. Gemäß § 613 a Abs. 6 Satz 1 BGB kann der Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach Absatz 5 111

schriftlich widersprechen.

- Die Monatsfrist war bei Zugang des klägerischen Widerspruchs lange verstrichen. 112
- Er hat entgegen seiner erstinstanzlichen Behauptung der Beklagten kein Schreiben unter dem 31.01.2006 gesandt, mit dem er ausgeführt hat, im Zuge der Überleitung seines Arbeitsverhältnisses zu der SBO sei es zu keiner Vertragsänderung mit der Beklagten gekommen. Wie sich seiner Personalakte entnehmen lässt, ist der Beklagten ein derartiges Schreiben nicht zugegangen. Vielmehr haben sich mit einem entsprechenden Anliegen mehrere Kollegen an sie gewandt. Der Kläger hat das gemeinschaftliche Schreiben – wie er auf gerichtliche Nachfrage bestätigt hat – seiner Erinnerung nach aus Krankheits- oder Urlaubsgründen nicht unterschrieben. Wie die Vorlage des unvollständig kopierten Schreibens vom 31.01.2006 (ohne Unterschriftenleiste) strafrechtlich zu würdigen ist, brauchte die Kammer genauso wenig zu entscheiden wie die Frage, warum der Kläger dem Gericht ein angebliches Antwortschreiben der Beklagten vom 03.02.2006 mit abgedecktem Adressfeld vorgelegt hat. Auch insoweit kann die strafrechtliche Würdigung offen bleiben. 113
- Die Widerspruchsfrist wird nur dann in Gang gesetzt, wenn eine Unterrichtung erfolgte, die ordnungsgemäß im Sinne des § 613 a Abs. 5 BGB ist (BAG 25.02.2010 – 8 AZR 740/08; 14.12.2006 – 8 AZR 763/05, DB 2007, 975; 13.07.2006 – 8 AZR 305/05, BAGE 119, 91; 24.05.2005 – 8 AZR 398/04, BAGE 114, 374). 114
- Danach hat der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber die von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang in Textform über den Zeitpunkt des Übergangs, den Grund für den Übergang, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen zu unterrichten. Der Arbeitgeber hat die Arbeitnehmer so zu informieren, dass jene sich über die Person des Übernehmers und über die in § 613 a Abs. 5 BGB genannten Umstände ein Bild machen können und eine ausreichende Wissensgrundlage für die Ausübung oder Nichtausübung ihres Widerspruchsrechtes erhalten. Nach dem Sinn und Zweck des § 613 a Abs. 5 BGB ist es folgerichtig, den Beginn des Laufs nicht nur dann zu verneinen, wenn eine Unterrichtung überhaupt nicht, sondern auch wenn sie nicht ordnungsgemäß erfolgt ist (BAG 13.07.2006 – 8 AZR 305/05 a.a.O.). 115
- Der Inhalt richtet sich nach dem Kenntnisstand des Veräußerers und Erwerbers bis zum Zeitpunkt der Unterrichtung. Ob die Unterrichtung ordnungsgemäß ist, kann von dem Gericht überprüft werden. Die Darlegungs- und Beweislast für die Erfüllung tragen Veräußerer und Erwerber (BAG 13.07.2006 – 8 AZR 305/05 a.a.O.). Entspricht die Unterrichtung formal den Anforderungen des § 613 a Abs. 5 BGB und ist sie nicht offensichtlich fehlerhaft, muss der Arbeitnehmer im Rahmen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast einen Mangel näher darlegen, § 138 Abs. 3 ZPO. Die Unterrichtungspflichtigen müssen die Einwände des Arbeitnehmers entkräften (BAG 13.07.2006 – 8 AZR 305/05 a.a.O.). 116
- Die Unterrichtung des Klägers war fehlerhaft. 117
- aa) Dahinstehen kann, welche Informationen der Kläger anlässlich der Informationsveranstaltung am 29.11.2005 erhalten hat. Denn die Unterrichtung in dieser Veranstaltung geschah nicht in Textform. 118
- Gemäß § 126 b BGB ist die gesetzlich vorgeschriebene Textform nur dann gegeben, wenn die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise gegeben wird, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der 119

Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden. Die gegen § 126 b BGB verstoßende – mündliche - Erklärung ist gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig.

bb) Die Überlassung des Entwurfs eines Personalüberleitungsvertrages – die Kammer geht zugunsten der Beklagten davon aus, dass der Entwurf identisch ist mit dem am 15.12.2005 geschlossenen Personalüberleitungsvertrag – genügt ebenfalls nicht den Anforderungen des § 613 a Abs. 5 BGB. 120

(1) Offen bleiben kann, ob dem Kläger der Entwurf dauerhaft überlassen wurde. Nach Auffassung der Kammer erfüllt nur die dauerhafte Überlassung des Textes die Anforderungen nach §§ 613 a Abs. 5, 126 b BGB. Denn die gesetzliche Anordnung der Textform dient dem Bedürfnis nach Dokumentation und Information, auf die der Arbeitnehmer jederzeit zurückgreifen können muss. 121

Aus der Erklärung des Klägers in der Teilnehmerliste vom 29.11.2005 ergibt sich nicht, dass der Entwurf nur vorübergehend zur Einsicht ausgehändigt wurde. Er hat seinen diesbezüglichen Vortrag in der mündlichen Verhandlung dahingehend konkretisiert, er habe den Entwurf auf Geheiß eines Vorgesetzten mit dem von ihm nicht unterzeichneten Exemplar der Nebenabrede im Januar 2006 an die Beklagte zurückreichen müssen. In seiner Personalakte befindet sich allerdings kein Entwurf, sondern eine Kopie der am 15.12.2005 von den Vertragspartnern unterzeichneten Personalüberleitungsvereinbarung. 122

(2) Der dem Kläger überlassene Entwurf mag die Voraussetzungen des § 126 b BGB erfüllen, er genügt jedoch inhaltlich nicht den Anforderungen des § 613 a Abs. 5 BGB. 123

(a) Unschädlich ist es, dass der Entwurf kein an die Arbeitnehmer gerichtetes individuelles oder standardisiertes Schreiben darstellt. Maßgeblich ist, dass nicht allein der Gesetzeswortlaut wiederholt wird und dass eine konkrete, betriebsbezogene Darstellung in einer auch für den juristischen Laien verständlichen Sprache erfolgt, die die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses erfasst (BAG 13.07.2006 – 8 AZR 305/05 a.a.O.; 14.12.2006 – 8 AZR 763/05 a.a.O.). 124

(aa) Der Betriebsübernehmer ist grundsätzlich mit Firmenbezeichnung und Anschrift identifizierbar anzugeben (BAG 13.07.2006 – 8 AZR 305/05 a.a.O.; 14.12.2006 – 8 AZR 763/05 a.a.O.). Das ist hier in der Bezeichnung der Vertragsparteien in der Präambel und durch Kennzeichnung in der Unterschriftenleiste geschehen. Der Vorstandsvorsitzende der SBO ist mit dem Namen H1-J1 S1 angegeben worden. 125

(bb) Dem Personalüberleitungsvertrag sind der Zeitpunkt des Betriebsübergangs 01.01.2006 (Präambel) und der Grund des Übergangs – Gesamtrechtsnachfolge des Eigenbetriebs Wasserwerk (Präambel/§ 1) – zu entnehmen. 126

Sinn und Zweck der Unterrichtungspflicht, dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zu verschaffen, sachgerecht über die Ausübung des Widerspruchsrechts zu entscheiden, erfordern, dass ihm die unternehmerischen Gründen für den Betriebsübergang wenigstens schlagwortartig mitgeteilt werden, die sich im Falle des Widerspruchs auf den Arbeitsplatz auswirken können. 127

Hier konnte der Kläger allenfalls aus dem Hinweis auf eine Gesamtrechtsnachfolge und auf den Eintritt der SBO in alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis schließen, dass sein Arbeitsplatz in dem Eigenbetrieb Wasserwerk entfallen würde. 128

(cc) Die Beklagte und die SBO haben ihn jedoch nicht ausreichend über die Folgen des Betriebsübergangs unterrichtet, § 613 a Abs. 5 Nr. 3 BGB. Zu den rechtlichen Folgen gehören zunächst die sich aus dem Betriebsübergang unmittelbar ergebenden Rechtsfolgen. Dies beinhaltet einen Hinweis auf den Eintritt des Übernehmers in die Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis einschließlich der Anwendbarkeit tariflicher Normen und Dienstvereinbarungen, auf die Gesamtschuldnerschaft des Übernehmers und Veräußerers und die anteilige Haftung nach § 613 a Abs. 2 BGB sowie grundsätzlich auch auf die kündigungrechtliche Situation (BAG 14.12.2006 – 8 AZR 763/05 a.a.O.).

Dem Entwurf des Personalüberleitungsvertrags konnte der Kläger entnehmen, dass die SBO 130 in alle Rechte und Pflichten eintreten, Gesamtzusagen, betriebliche Übungen, Tarifverträge und Dienstverträge, die bei der Beklagten galten, einhalten und selbst die Tarifbindung anstreben sollte (§ 1 (1), (2), § 2 des Vertrages). Ersichtlich sollten auch keine Kündigungen anlässlich des Betriebsübergangs durch die SBO ausgesprochen werden.

Die Vereinbarung enthält jedoch keine Aussage dazu, dass die Beklagte und die SBO unter 131 den Voraussetzungen des § 613 a Abs. 2 BGB gesamtschuldnerisch haften. Insoweit hat die Beklagte dem Kläger lediglich den Gesetzestext ohne nähere Erläuterung für den konkreten Fall vorgelegt.

Veräußerer und Erwerber müssen nach Sinn und Zweck der Unterrichtung auch über die 132 mittelbaren Folgen eines Widerspruchs unterrichten. Dabei müssen die Hinweise auf die rechtlichen Folgen präzise sein und dürfen keine juristischen Fehler enthalten (BAG 14.12.2006 – 8 AZR 763/05 a.a.O.).

Der Kläger wurde nur unzureichend und zumindest irreführend über sein Widerspruchsrecht 133 und dessen Folgen unterrichtet.

Dem Personalüberleitungsvertrag selbst lässt sich nichts zu den Folgen eines Widerspruchs 134 entnehmen. Die Übergabe des Gesetzestextes in der Informationsveranstaltung ist unzureichend. Er informiert nicht über die Folgen eines Widerspruchs konkret auf den Kläger bezogen. Die beigelegte Information der Gewerkschaft ver.di gibt zum einen nicht die seit dem 01.04.2002 gültige Widerspruchsfrist von einem Monat an, ist insoweit inhaltlich falsch. Zum anderen ist der Hinweis auf die Risiken eines Widerspruchs im Regelfall vielleicht zutreffend, jedoch nicht für den Kläger. Die Beklagte ist, auch wenn sein ursprünglicher Arbeitsplatz in dem Wasserwerk nach Übergang auf die SBO nicht mehr besteht, nicht ohne weiteres zu einer betriebsbedingten Kündigung berechtigt. Sie hätte zunächst von den ihr in § 4 TVöD-VKA eingeräumten Rechten der Versetzung, Abordnung und Personalgestellung Gebrauch machen müssen. Entsprechende Informationen sind dem Kläger nicht in Textform gegeben worden.

c) Das Widerspruchsrecht ist nicht nach Treu und Glauben verwirkt, § 242 BGB. 135

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann das Widerspruchsrecht des 136 Arbeitnehmers grundsätzlich verwirken (BAG 24.02.2011 – 8 AZR 469/09, BB 2011, 1787; 25.02.2010 – 8 AZR 740/08; 24.08.2008 – 8 AZR 175/07, AP BGB § 613 a Nr. 347).

Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung. Mit der Verwirkung wird die 137 illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen. Sie dient dem Vertrauensschutz und verfolgt nicht den Zweck, den Schuldner stets dann von seiner Verpflichtung zu befreien, wenn dessen Gläubiger längere Zeit seine Rechte nicht geltend gemacht hat (Zeitmoment). Der Berechtigte muss vielmehr unter Umständen untätig

geblieben sein, die den Eindruck erweckt haben, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (Umstandsmoment). Hierbei muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf Seiten des Verpflichteten das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist (BAG 24.02.2011 – 8 AZR 469/09 a.a.O.).

Die Tatsache, dass der Gesetzgeber mit Wirkung zum 01.04.2002 eine Widerspruchsfrist eingeführt hat, steht den allgemeinen Grundsätzen nicht entgegen, weil jedes Recht nur unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben ausgeübt werden kann (BAG 24.02.2011 – 8 AZR 469/09 a.a.O.). 138

Angesichts der gesetzlichen Regelung kann hinsichtlich des Zeitmoments nicht auf eine feststehende Monatsfrist, beispielsweise von 6 Monaten abgestellt werden. Im Gesetzgebungsverfahren sind nämlich Vorschläge auf Aufnahme einer generellen Höchstfrist von 3 bzw. 6 Monaten nicht aufgegriffen worden. Abzustellen ist vielmehr auf die konkreten Umstände des Einzelfalls. Dabei ist davon auszugehen, dass bei schwierigen Sachverhalten die Rechte des Arbeitnehmers erst nach längerer Untätigkeit verwirken können. Zutreffend ist es weiterhin auch, die Länge des Zeitablaufs in Wechselwirkung zu dem ebenfalls erforderlichen Umstandsmoment zu setzen. Je stärker das gesetzte Vertrauen oder die Umstände sind, die eine Geltendmachung für den Anspruchsgegner unzumutbar machen, desto schneller kann ein Anspruch verwirken. Es müsse 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 (BAG 24.02.2011 – 8 AZR 469/09 a.a.O.). 139

Die Frist für das maßgebliche Zeitmoment beginnt nicht erst ab einem bestimmten Zeitpunkt zu laufen, insbesondere nicht erst mit der umfassenden Unterrichtung oder Kenntnis des Arbeitnehmers von dem Betriebsübergang und seinen Folgen. Bei dem Zeitmoment handelt es sich nicht um eine gesetzliche, gerichtliche oder vertraglich vorgegebene Frist, für welche bestimmte Anfangs- und Endzeitpunkte gelten, die in den §§ 186 ff. BGB geregelt sind. Vielmehr hat bei der Prüfung, ob ein Recht verwirkt ist, immer eine Gesamtbetrachtung stattzufinden, bei welcher das Zeit- und das Umstandsmoment zu berücksichtigen und in Relation zu setzen sind. Es ist nicht geboten, ähnlich wie bei gesetzlichen, gerichtlichen oder vertraglichen Fristen für das sogenannte Zeitmoment einen bestimmten Fristbeginn, wie etwa die Kenntnis des Berechtigten von bestimmten Tatsachen festzulegen. Vielmehr ist immer darauf abzustellen, ob der Verpflichtete aufgrund des Zeitablaufes, in dem der Berechtigte sein Recht nicht ausgeübt hat, und den Umständen des Einzelfalles, zu denen auch die Nichtkenntnis des Berechtigten der für die Geltendmachung seines Rechts bedeutsamen Tatsachen gehört, darauf vertrauen durfte, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr geltend machen (BAG 24.02.2011 – 8 AZR 469/09 a.a.O.). 140

Zwischen der Unterrichtung des Klägers am 29.11.2005, dem Zeitpunkt, bis zu dem die Beklagte im Hinblick auf die Monatsfrist mit einem Widerspruch rechnen musste, und dem Widerspruchsschreiben vom 18.03.2010 liegen mehrere Jahre, in denen der Kläger seine Arbeit für die SBO verrichtet hat. Ein gewichtiges Zeitmoment ist zu bejahen. 141

Gleichwohl durfte die Beklagte nicht davon ausgehen, der Kläger werde von seinem Widerspruchsrecht keinen Gebrauch machen, habe den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die SBO als neue Arbeitgeberin akzeptiert. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer über den Bestand des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Betriebserwerber disponiert hat (BAG 25.02.2010 – 8 AZR 740/08 a.a.O.; 27.11.2008 – 8 142

Allein der Umstand, dass der Arbeitnehmer (zunächst) widerspruchslos beim Betriebserwerber weiterarbeitet und von diesem die Arbeitsvergütung entgegennimmt, stellt ebenso wenig eine Disposition über den Bestand des Arbeitsverhältnisses dar wie Vereinbarungen mit dem Betriebserwerber, durch welche einzelne Arbeitsbedingungen, z.B. Art und Umfang der zu erbringenden Arbeitsleistung, Höhe der Arbeitsvergütung, geändert werden. Als Disposition über den Bestand des Arbeitsverhältnisses stellen sich nur solche Vereinbarungen oder Verhaltensweisen des Arbeitnehmers dar, durch welche es zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt, z.B. zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags (BAG 25.02.2010 – 8 AZR 740/08; 27.11.2008 – 8 AZR 174/07 a.a.O.). Hier hat der Kläger in keiner Hinsicht mit der SBO Dispositionen über sein Arbeitsverhältnis getroffen. Er hat schlicht seine Tätigkeit fortgesetzt. 143

Selbst angesichts eines erheblichen Zeitmoments reicht es nicht aus, dass er sich aus der Sicht der Beklagten nicht dem Protest der Kollegen vom 31.01.2008 angeschlossen hat, sondern von ihm nach dem 01.01.2006 keine Verlautbarung zu dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses erfolgt ist. Er hat geschwiegen, aber keine Dispositionen über sein Arbeitsverhältnis, schon gar nicht über dessen Bestand getroffen. 144

Bei einem Zeitablauf von 6,5 Jahren hat es das Landesarbeitsgericht Hamm für ein ausreichendes Umstandsmoment angesehen, dass der Arbeitnehmer mit dem Betriebserwerber eine Vereinbarung über die Änderung der Altersversorgung geschlossen hat (LAG Hamm 01.10.2010 – 10 Sa 449/10). Das LAG München hat es bei ausreichend starkem Zeitmoment als Umstandsmoment ausreichen lassen, dass sich der Arbeitnehmer mit der Abtretung von Ansprüchen auf Arbeitsentgelt in Höhe des zu erwartenden Insolvenzgeldes an eine Bank zur Vorfinanzierung der Insolvenzgeldzahlung einverstanden erklärt hat (LAG München 05.07.2010 – 3 Sa 141/10). Solche Umstände sind hier nicht gegeben. 145

Ein gewichtiges Umstandsmoment folgt auch nicht daraus, dass sich der Kläger - für die Beklagte nicht erkennbar - vorbehalten hat, die Nebenabrede nicht zu unterzeichnen, indem er den nicht unterschriebenen Änderungsvertrag nicht zurückgegeben hat. Wie sich aus seiner Personalakte ergibt, ist die von ihm nicht unterzeichnete Nebenabrede zur Personalakte gelangt. Da ausweislich der Personalakte der Arbeitsvertrag von dem Kläger unterschrieben wurde, musste die Beklagte aus dem Verhalten des Klägers schließen, er sei nicht einverstanden. 146

Er hat auch nicht deshalb bei der Beklagten ein gerechtfertigtes Vertrauen erweckt, er werde dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht widersprechen, weil er auf ein erläuterndes Schreiben ihrerseits vom 03.02.2006 nicht mehr reagiert hat. Wie bereits ausgeführt, hat er sich nicht mit Schreiben vom 31.01.2008 an die Beklagte gewandt und auch kein Antwortschreiben vom 03.02.2006 erhalten. 147

Die Beklagte durfte auch nicht deshalb darauf vertrauen, der Kläger habe die SBO als neue Arbeitgeberin akzeptiert, weil er anders als die Kollegen M7, G1, T2 und M6 R1 nicht gerügt hat, die Gehaltsabrechnung weise unzutreffend einen Arbeitgeberwechsel aus. Die Tatsache, dass er das Schreiben vom 31.01.2006 nicht unterschrieben hat, ist ohne weitere Verlautbarung der klägerischen Motive ohne Aussagekraft. Der Beklagten lag zeitnah die vom Kläger nicht unterschriebene Änderungsvereinbarung vor, so dass sie eher den Schluss ziehen musste, er sei mit dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht einverstanden. 148

Die Tatsache, dass er am 20.06.2006 erneut eine Informationsveranstaltung bezüglich der Erweiterung der SBO besucht hat, ist ebenfalls ohne Bedeutung, da ihn die Erweiterung nicht betroffen hat.

Wenn die Beklagte darauf verweist, es sei mit der Sicherheit im Rechts- und Geschäftsverkehr nicht vereinbar, ihm das Recht zuzugestehen, auch noch nach vielen Jahren sein Schweigen aufzugeben, um dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu widersprechen, die Belastung stelle einen unzulässigen Eingriff in ihre Unternehmerfreiheit nach Art. 12 GG dar, so ist sie darauf zu entgegnen, dass sie der Unsicherheit bereits Anfang 2006 ein Ende hätte bereiten können, wenn sie in einem Gespräch mit dem Kläger geklärt hätte, aus welchen Gründen er die Nebenabrede nicht unterzeichnet, das unterbreitete Angebot nicht angenommen hat. 150

c) Der Kläger hat mit dem anwaltlichen Schreiben vom 18.03.2010 wirksam widersprochen. Die Schriftform nach §§ 613 a Abs. 6 Satz 1, 126 BGB ist gewahrt. Gemäß § 613 a Abs. 6 Satz 2 BGB kann Widerspruch gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber oder dem neuen Inhaber ausgesprochen werden. Der Kläger hat sein Widerspruchsschreiben sowohl an die Beklagte als auch an die SBO gerichtet. 151

B. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 91 Abs. 1 ZPO. 152

Die Zulassung der Revision rechtfertigt sich nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG. 153