

Aktenzeichen: 8 AZR 1020/06
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 24. Juli 2008
- 8 AZR 1020/06 -

I. Arbeitsgericht
Solingen

Urteil vom 7. Februar 2006
- 5 Ca 1532/05 lev -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 15. November 2006
- 7 (18) Sa 287/06 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Betriebsübergang - Unterrichtung - Widerspruchsrecht - Verwirkung

Gesetz:

BGB §§ 242, 613a

Leitsätze:

keine

Hinweise des Senats:

Senat 20. März 2008 - 8 AZR 1016/06 -, - 8 AZR 1022/06 - und - 8 AZR 1030/06 -; 24. Juli 2008 - 8 AZR 73/07 -, - 8 AZR 109/07 -, - 8 AZR 166/07 -, - 8 AZR 175/07 -, - 8 AZR 202/07 -, - 8 AZR 205/07 - und - 8 AZR 755/07 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 1020/06
7 (18) Sa 287/06
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Juli 2008

URTEIL

Diederich, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

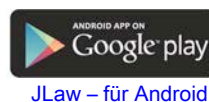
pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen
Verhandlung vom 24. Juli 2008 durch den Vorsitzenden Richter am Bundes-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



arbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Dr. Koch sowie die ehrenamtliche Richterin Döring und den ehrenamtlichen Richter Henniger für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 15. November 2006 - 7 (18) Sa 287/06 - wird zurückgewiesen.

Das Urteil des Arbeitsgerichts Solingen vom 7. Februar 2006 - 5 Ca 1532/05 lev - wird zu Ziffer 1. zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien über den 31. Oktober 2004 hinaus fortbesteht.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses von der Beklagten auf die A GmbH im Rahmen eines Betriebs(teil-)übergangs wirksam widersprochen hat und ob zwischen ihnen daher über den 31. Oktober 2004 hinaus ein Arbeitsverhältnis besteht. Zudem macht der Kläger Ansprüche auf Zahlung von Grundgehalt, Bonus und Jahressondervergütung geltend.

1

Der Kläger ist seit dem 1. April 1984 bei der Beklagten in der Funktion des Leiters des Bereichs „Presse und Public Relations“ beschäftigt. Jeweils mit dem Maigehalt des Folgejahres sollte ein Bonus ausgezahlt werden. Der Kläger war schwerpunktmäßig im Geschäftsbereich Consumer Imaging (CI) tätig, der die Geschäftsfelder Film, Finishing und Laborgeräte umfasste. Die Beklagte firmierte zunächst unter der Bezeichnung A AG. Seit dem 27. Dezember 2006

2



führt sie unter gleichzeitigem Formwechsel die im Rubrum genannte Firmenbezeichnung.

Im Spätsommer 2004 teilte die Beklagte ihren Arbeitnehmern die Absicht mit, den Geschäftsbereich „Consumer Imaging“ auszugliedern und auf eine selbständige A GmbH zu übertragen. In der Mitarbeiterzeitschrift „A Aktuell“ vom 19. August 2004 heißt es dazu, die A GmbH werde „... mit einer sehr soliden Bilanz ausgestattet, in der z. B. das Eigenkapital über 300 Millionen Euro (gut 40 % der Bilanzsumme) und die Barmittel 72 Millionen Euro betragen. A verfügt somit über hohe Liquidität, die sehr wichtig ist, um unerwartet auftretende Risiken bewältigen, in neue Geschäfte investieren und Marktchancen besser nutzen zu können“. In der Ausgabe September 2004 der Werkszeitung „See more. Deutschland“ ist von einer finanziell hervorragenden Ausstattung der neu zu gründenden A GmbH mit 300 Millionen Euro Eigenkapital und gut 70 Millionen Euro Barmitteln die Rede.

Mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 informierte die Beklagte den Kläger über die geplante Übertragung des Geschäftsbereichs Consumer Imaging mit Wirkung zum 1. November 2004 auf die A GmbH. In Auszügen lautet dieses Schreiben:

„Sehr geehrter Herr Dr. H,

die A AG plant, den Geschäftsbereich Consumer Imaging (CI) mit Wirkung zum 1. November 2004 auf die A GmbH zu übertragen.

Für die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter, die dem Geschäftsbereich CI zugeordnet sind, führt diese Übertragung zu einem automatischen Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse. Dies ist in § 613a BGB geregelt, dessen Bestimmungen auf den Übergang zwingend anwendbar sind. § 613a Absatz 5 BGB sieht eine schriftliche Information des von einem solchen Übergang betroffenen Arbeitnehmers vor, der nach § 613a Absatz 6 BGB dem Übergang auch widersprechen kann.

Diese Bestimmungen lauten:

...

[es folgt die wörtliche Wiedergabe von § 613 a Absätze 5 und 6 BGB]



Ihr Arbeitsverhältnis ist dem Geschäftsbereich CI zugeordnet und würde deshalb mit dem 1. November 2004 auf A GmbH übergehen.

Deshalb geben wir Ihnen hiermit noch einmal schriftlich die vorgesehene und mit dem Verhandlungsgremium des Gesamtbetriebsrates und der örtlichen Betriebsräte abgestimmte Information, auch wenn Sie aus der bisherigen Kommunikation bereits über die Einzelheiten informiert sind.

1. Zum geplanten Zeitpunkt des Übergangs:

Das Datum des geplanten Übergangs ist der 1. November 2004.

2. Zum Grund für den Übergang:

Grund des Übergangs ist die rechtliche Verselbständigung des Geschäftsbereichs CI in der A GmbH und deren anschließende Veräußerung an N GmbH.

A GmbH mit Sitz in L umfasst das gesamte bisherige CI-Geschäft der A AG, also die Geschäftsfelder Film, Finishing und Laborgeräte. A GmbH übernimmt das Vermögen von CI. Hierzu gehören insbesondere Produktionsanlagen, Markenzeichen, Patente und technologisches Know-how, Vorräte und Forderungen.

...

Das Unternehmen wird mit einem guten Eigenkapital ausgestattet und verfügt über hohe Liquidität, um unerwartet auftretende Risiken bewältigen, in neue Geschäfte investieren und Marktchancen besser nutzen zu können.

3. Zu den rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer:

Mit dem Übergang des Geschäftsbereichs CI tritt A GmbH in die bestehenden, unveränderten Arbeitsverhältnisse ein. Zur Klärung und Regelung der Einzelheiten haben A AG, A GmbH, Gesamtbetriebsrat der A AG sowie die örtlichen Betriebsräte am 24. September 2004 eine Überleitungsvereinbarung „zur Klärung der rechtlichen Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse betroffener Arbeitnehmer, auf die kollektiv-rechtlichen Regelungen sowie auf die betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen“ abgeschlossen, die davon geprägt ist, so weit wie



möglich Kontinuität zu wahren:

- Die bei der A AG verbrachten und/oder von ihr anerkannten Dienstjahre werden als Dienstzeit bei A GmbH anerkannt.
- Die Zugehörigkeit zu den Arbeitgeberverbänden der Chemischen Industrie wird auch bei A GmbH bestehen, d.h. es bleibt bei den Chemie-Tarifen.
- Bei Bonus/VUEK für den Zeitraum ab 1. Januar 2004 werden die Mitarbeiter von A GmbH so behandelt, als seien sie Mitarbeiter der A AG, d.h., wenn der Vorstand für die A AG eine solche Zahlung beschließt, wird sie entsprechend auch bei A GmbH erfolgen.
- Die übergehenden Mitarbeiter können ihre ordentliche Mitgliedschaft in der B-Pensionskasse fortsetzen. Die Abstimmung mit der B-Pensionskasse ist bereits erfolgt. Die erworbenen Anwartschaften bleiben erhalten.
- Die kollektiv-rechtliche Geltung der am 31. Oktober 2004 bei der A AG bestehenden Betriebsvereinbarungen und Gesamtbetriebsvereinbarungen bleibt bei der A GmbH unverändert. Dies gilt auch für die bei der A AG geltenden Richtlinien.
- Die Gesamtbetriebsvereinbarungen zum Sozialplan gelten bei A GmbH oder einer Schwester- oder Tochtergesellschaft als Sozialplan sowohl auf Ebene des Unternehmens wie auch auf örtlicher Ebene mindestens bis zum 31. Dezember 2007.
- ...

4. Zu den hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen:

Der Geschäftsbereich CI muss unabhängig von dem Übergang seine Strukturen den Entwicklungen des Marktes anpassen und damit Kosten signifikant reduzieren.

...

Die Unternehmensleitung hat daher dem Wirtschaftsausschuss eine „CIPP2“-Planung vorgestellt, die einen weiteren Personalabbau beinhaltet. Mit Nachdruck hat sie darauf hingewiesen, dass dieser



vollkommen unabhängig davon ist, dass CI zum geplanten Datum des Übergangs am 1. November 2004 zur eigenständigen Firma A GmbH werden wird. Denn diese Maßnahmen müssten ohne den Übergang auch von A AG durchgeführt werden.

Diese Planungen sind Gegenstand der Verhandlungen mit den örtlichen Betriebsräten und gehen davon aus, dass ca. 125 Arbeitsplätze in Deutschland im Wege des Outsourcing ausgegliedert werden können.

...

Der Personalabbau mit den Schwerpunkten PPH und sonstige Bereiche L/K umfasst weitere ca. 210 Stellen in Deutschland:

...

5. Zu Ihrer persönlichen Situation:

Ihr Arbeitsverhältnis wird nach unserer Planung von dem geplanten Personalabbau gemäß Ziffer 4 nicht betroffen sein.

6. Zum Widerspruchsrecht:

Sie haben das Recht, dem Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH binnen einer Frist von einem Monat ab Zugang dieses Schreibens schriftlich zu widersprechen.

...

7. Zu den Folgen eines Widerspruchs:

Im Falle eines fristgerechten Widerspruchs bleibt Ihr Arbeitsverhältnis bei der A AG und geht nicht auf die A GmbH über.

Da nach dem Übergang des vollständigen Geschäftsbereichs CI auf A GmbH Ihr bisheriger Arbeitsplatz bei A AG nicht mehr vorhanden sein wird und eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nicht besteht, müssen Sie daher im Falle der Ausübung Ihres Widerspruchsrechts mit der Kündigung Ihres Arbeitsverhältnisses durch A AG rechnen.

Wir weisen Sie ausdrücklich darauf hin, dass nach der eindeutigen Regelung in der mit dem Gesamtbetriebsrat der A AG und den örtlichen Betriebsräten vereinbarten Überleitungsvereinbarung in diesem Fall kein Anspruch auf eine Abfindung besteht, weder gegenüber der A AG, noch gegenüber A



GmbH.

Im Falle eines Widerspruchs müssen Sie deshalb damit rechnen, Ihren Arbeitsplatz ohne jede finanzielle Leistung zu verlieren. Außerdem sind bei einer eventuellen Arbeitslosigkeit nach einem Widerspruch Ihre Ansprüche auf Leistungen der Agentur für Arbeit in Frage gestellt.

Wir empfehlen Ihnen daher dringend, von einem Widerspruch abzusehen.

...“

Das Informationsschreiben war unterzeichnet von der Beklagten sowie der A GmbH und der N GmbH. Die übrigen dem Geschäftsbereich CI zugeordneten Arbeitnehmer der Beklagten erhielten Informationsschreiben mit teilweise identischem Wortlaut.

Die Ausgliederung des Geschäftsbereichs CI aus der Beklagten und die Übertragung auf die A GmbH wurden wie geplant zum 1. November 2004 durchgeführt. Der Kläger widersprach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH zunächst nicht. Bis einschließlich April 2005 zahlte die A GmbH an den Kläger die vertraglich vorgesehene Vergütung. Am 20. Mai 2005 stellte die A GmbH einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens; am 1. August 2005 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der A GmbH eröffnet.

Mit Schreiben vom 10. Juni 2005 widersprach der Kläger gegenüber der Beklagten und der A GmbH dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH.

Nachdem keine Reaktion der Beklagten erfolgte, forderte der Kläger die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 6. Juli 2005 nochmals auf, den Widerspruch als rechtswirksam anzuerkennen, ihm einen vertragsgemäßen Arbeitsplatz zuzuweisen und die bis zum 30. Juni 2005 rückständige Vergütung bis zum 15. Juli 2005 an ihn zu zahlen. Die Beklagte reagierte auf dieses Schreiben nicht.



Mit Schreiben vom 31. Januar 2006 sprach die Beklagte dem Kläger eine vorsorgliche ordentliche Kündigung zum 31. März 2007 aus. Diese Kündigung ist Gegenstand eines gesonderten arbeitsgerichtlichen Verfahrens.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, er habe im Juni 2005 dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses von der Beklagten auf die A GmbH noch widersprechen können, da er bis dahin nicht ausreichend und nicht zutreffend über den Betriebs(teil-)übergang informiert worden sei. Jedenfalls auf Grund des Verweises im Schreiben vom 22. Oktober 2004 auf die „bisherige Kommunikation“ seien nicht nur die im Schreiben selbst enthaltenen, sondern auch die außerhalb dessen erteilten Informationen zu berücksichtigen. Die A GmbH habe zu keiner Zeit über Barmittel iHv. 72 bzw. rund 70 Millionen Euro verfügt. Sie habe auch keine Kreditlinie iHv. 50 Millionen Euro gehabt. Über die Markenrechte könne sie nicht verfügen, sondern habe diesbezüglich nur ein Nutzungsrecht. Außerdem habe ihn die Beklagte nicht über die Haftungsverteilung zwischen Veräußerer und Betriebserwerber informiert. Da es für die Ausübung des Widerspruchsrechtes keine zeitliche Höchstgrenze gebe und er dieses Recht auch nicht verwirkt habe, sei sein Arbeitsverhältnis nicht auf die A GmbH übergegangen, sondern bestehe zur Beklagten fort. Die Beklagte schulde dem Kläger auch die Zahlung rückständigen, von der A GmbH nicht beglichenen Gehaltes. Dies beinhalte neben dem monatlichen Fixum einen im Mai 2005 fällig gewordenen Bonus für das Jahr 2004 sowie die ihm für das Jahr 2005 zustehende Sondervergütung.

Der Kläger hat beantragt,

- 1) festzustellen, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten über den 1. November 2004 hinaus ein Arbeitsverhältnis besteht;
- 2) die Beklagte zu verurteilen
 - a) an den Kläger 12.674,50 Euro brutto abzgl. gezahlten Insolvenzgeldes in Höhe von 3.864,59 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 Abs. 1 BGB ab dem 31. Mai 2005 zu zahlen;
 - b) an den Kläger 9.642,12 Euro brutto abzgl.



gezahlten Insolvenzgeldes in Höhe von 2.984,12 Euro netto sowie abzgl. gezahlten Arbeitslosengeldes in Höhen von 278,76 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 Abs. 1 BGB ab dem 30. Juni 2005 zu zahlen;

- c) an den Kläger 9.642,12 Euro brutto abzgl. gezahlten Arbeitslosengeldes in Höhe von 2.090,70 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 Abs. 1 BGB ab dem 31. Juli 2005 zu zahlen;
- d) an den Kläger 9.642,12 Euro brutto abzgl. gezahlten Arbeitslosengeldes in Höhe von 2.090,70 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 Abs. 1 BGB ab dem 31. August 2005 zu zahlen;
- e) an den Kläger 9.642,12 Euro brutto abzgl. gezahlten Arbeitslosengeldes in Höhe von 2.090,70 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 Abs. 1 BGB ab dem 30. September 2005 zu zahlen;
- f) an den Kläger 9.642,12 Euro brutto abzgl. gezahlten Arbeitslosengeldes in Höhe von 2.090,70 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 Abs. 1 BGB ab dem 31. Oktober 2005 zu zahlen;
- g) an den Kläger 9.642,12 Euro brutto abzgl. gezahlten Arbeitslosengeldes in Höhe von 2.090,70 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 Abs. 1 BGB ab dem 30. November 2005 zu zahlen;
- h) an den Kläger 9.642,12 Euro brutto abzgl. gezahlten Arbeitslosengeldes in Höhe von 2.090,70 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 Abs. 1 BGB ab dem 31. Dezember 2005 zu zahlen;
- i) an den Kläger 43.336,25 Euro brutto abzgl. gezahlten Arbeitslosengeldes in Höhe von 2.090,70 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von



fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz
nach § 247 Abs. 1 BGB ab dem 31. Januar
2006 zu zahlen.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Antrages auf Abweisung der
Klage angeführt, ein Arbeitsverhältnis zwischen ihr und dem Kläger bestehe
nicht mehr, da die A GmbH mangels eines wirksamen Widerspruchs Arbeit-
geberin des Klägers geworden sei. Die mit Schreiben vom 22. Oktober 2004
erteilten Informationen, auf die es allein ankomme, seien ausreichend und
zutreffend gewesen. Die Säulen der geplanten Liquiditätsausstattung der A
GmbH per 1. November 2004 hätten aus einem sog. Mezzanine-Darlehen der
amerikanischen Investoren in Höhe von 20 Millionen Euro, aus vorhandenem
equity-Kapital in Höhe von ca. 2 Millionen Euro sowie einer durch den Verkauf
von Forderungen (Factoring) gesicherten Darlehenszusage der KBC-Bank im
Umfang von 50 Millionen Euro bestanden. Für den Zeitpunkt des Betriebsüber-
gangs sei daher zutreffend von einer Liquidität der Erwerberin in Höhe von
72 Millionen Euro auszugehen gewesen. Dass sich für die Erwerberin zu einem
sehr viel späteren Zeitpunkt nach dem Betriebsübergang dann unerwartete
Probleme bei der Realisierung des geplanten Factoring bei der KBC-Bank
ergeben hätten, sei im Oktober 2004 nicht vorhersehbar gewesen. Eine Pflicht
zur Information über die wirtschaftliche Lage des Erwerbers gebe es im Übrigen
nicht.

12

Die Haftungsregelung des § 613a Abs. 2 BGB habe sie hinlänglich
deutlich gemacht. Im Übrigen habe sie auf die Verteilung von Schuld und
Haftung zwischen dem Betriebsveräußerer und dem Betriebserwerber, da sich
diese aus dem Gesetz ergebe, nicht im Einzelnen hinweisen müssen.
Jedenfalls aber sei eine unterlassene Information über die Haftungsverteilung
nicht ursächlich für das Unterlassen eines fristgemäßen Widerspruchs des
Klägers gewesen.

13

Ein Widerspruch sei im Juni 2005 auch deshalb nicht mehr möglich ge-
wesen, weil entsprechend § 5 Abs. 3 Satz 2 KSchG von einer Höchstfrist von
sechs Monaten auch für die Erhebung eines Widerspruchs gegen den Über-

14



gang eines Arbeitsverhältnisses auszugehen sei. Jedenfalls habe der Kläger sein Widerspruchsrecht selbst bei unterstellter Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Information durch seine Weiterarbeit bei der Erwerberin verwirkt.

Schließlich sei der Arbeitsplatz des Klägers bei der Beklagten nicht mehr vorhanden. Selbst bei einem berechtigten Widerspruch des Klägers sei die Beklagte nicht verpflichtet, einen bei ihr nicht bestehenden Arbeitsplatz für den widersprechenden Arbeitnehmer wieder einzurichten.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht im Tenor seines verkündeten Urteils zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg. Der Kläger hat dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH wirksam widersprochen. Der Widerspruch war nicht verspätet, da das Unterrichtungsschreiben vom 22. Oktober 2004 die Frist gemäß § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht in Lauf gesetzt hat. Das Widerspruchsrecht war bei seiner Ausübung nicht verwirkt. Der Widerspruch wirkt auf den Zeitpunkt des Betriebs(teil-)übergangs zurück. Das Arbeitsverhältnis besteht deshalb zwischen den Parteien über den 31. Oktober 2004 hinaus fort. Der Kläger kann von der Beklagten auch die Begleichung seiner rechtlichen Ansprüche auf Zahlung von Gehalt, Bonus und Jahressondervergütung verlangen, weil sich die Beklagte seit dem 1. November 2004 im Annahmeverzug befunden hat.

A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, zwar sei der Betriebsteil, in dem der Kläger beschäftigt gewesen sei, gemäß § 613a Abs. 1 BGB auf die A GmbH übergegangen. Der Kläger habe dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses aber rechtzeitig und wirksam gemäß § 613a Abs. 6 BGB widersprochen. Die Unterrichtung über den Übergang des Betriebsteils „CI“ sei fehlerhaft



gewesen und habe die einmonatige Widerspruchsfrist nach § 613a Abs. 6 BGB nicht in Lauf gesetzt. Das Unterrichtungsschreiben der Beklagten vom 22. Oktober 2004 habe keine hinreichenden Informationen über das Haftungssystem des § 613a Abs. 2 BGB enthalten.

Der Kläger habe sein Recht zum Widerspruch auch nicht verwirkt. Es fehle bereits an der Erfüllung des Zeitmoments. Dieses beginne nicht schon mit Kenntnis von dem Betriebsübergang, sondern erst in dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitnehmer die Fehlerhaftigkeit der Unterrichtung entdecke. Außerdem habe der Kläger keine besonderen Umstände für eine berechtigte Erwartung der Beklagten gesetzt, dass sie nicht mehr in Anspruch genommen werde. Die tatsächliche Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei dem neuen Arbeitgeber nach der fehlerhaften Unterrichtung reiche nicht aus. Dies gelte um so mehr, als die Beklagte den Kläger darauf hingewiesen habe, dass er im Falle eines Widerspruchs damit rechnen müsse, seinen Arbeitsplatz ohne jede finanzielle Leistung zu verlieren, und dass darüber hinaus auch seine Ansprüche auf Leistungen der Agentur für Arbeit in Frage gestellt seien.

19

Der Kläger könne von der Beklagten auch die Zahlung von restlichem Gehalt, Bonus und der Jahressondervergütung verlangen. Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges hätten insoweit vorgelegen, da die Beklagte das gegenüber der Erwerberin abgegebene Arbeitsangebot des Klägers gegen sich gelten lassen müsse.

20

B. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

21

I. Das Arbeitsverhältnis des Klägers zu der Beklagten besteht über den Zeitpunkt des Teilbetriebsüberganges auf die A GmbH fort. Der Kläger hat dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH formgerecht und wirksam widersprochen. Der mit Schreiben vom 10. Juni 2005 erklärte Widerspruch des Klägers war nicht verspätet, denn die Beklagte hat den Kläger nicht ordnungsgemäß unterrichtet und die einmonatige Widerspruchsfrist (§ 613a Abs. 6 Satz 1 BGB) damit nicht in Gang gesetzt. Der erklärte Widerspruch wirkt auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück.

22



1. Der Kläger hat den Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses formgerecht erklärt. Der Widerspruch muss schriftlich erfolgen (§ 613a Abs. 6 Satz 1 BGB) und kann gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber oder dem neuen Inhaber erklärt werden (§ 613a Abs. 6 Satz 2 BGB). Das Schreiben des Klägers vom 10. Juni 2005 an die Beklagte und an die A GmbH genügt diesen Anforderungen. 23
2. Nur eine ordnungsgemäße Unterrichtung setzt die Widerspruchsfrist in Gang. Weder durch eine unterbliebene noch durch eine nicht ordnungsgemäße Unterrichtung wird diese Frist ausgelöst (*Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - BAGE 119, 91 = AP BGB § 613a Nr. 312 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 56, Rn. 16; 24. Mai 2005 - 8 AZR 398/04 - BAGE 114, 374 = AP BGB § 613a Nr. 284 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 35, zu II 2 c aa und bb der Gründe*). Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 613a Abs. 6 BGB, wonach der Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats „nach Zugang der Unterrichtung nach Absatz 5“ widersprechen kann. Zum anderen ergibt sich dies auch zwingend aus Sinn und Zweck der Unterrichtungspflicht, die in § 613a Abs. 5 BGB geregelt ist. Danach haben Veräußerer und/oder Erwerber den Arbeitnehmer so zu informieren, dass dieser sich über die Person des Übernehmers und über die in § 613a Abs. 5 BGB genannten Umstände ein Bild machen kann. Er soll durch die Unterrichtung eine ausreichende Wissensgrundlage für die Ausübung oder Nichtausübung seines Widerspruchsrechts erhalten (*BT-Drucks. 14/7760 S. 19*). Der Inhalt der Unterrichtung richtet sich nach dem Kenntnisstand des Veräußerers und Erwerbers zum Zeitpunkt der Unterrichtung. Die erteilten Informationen müssen zutreffend sein. Ob die Unterrichtung ordnungsgemäß ist, kann vom Gericht überprüft werden (*Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - Rn. 18, aaO; aA Grobys BB 2002, 726, 729, der nur ein formelles Prüfungsrecht des Gerichts annimmt*). Der Veräußerer und der Erwerber sind für die Erfüllung der Unterrichtungspflicht darlegungs- und beweispflichtig. Entspricht eine Unterrichtung zunächst formal den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB und ist sie nicht offensichtlich fehlerhaft, ist es Sache des Arbeitnehmers, einen Mangel näher darzulegen (*Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - Rn. 18, 19, aaO; ErfK/Preis 8. Aufl.*) 24



§ 613a BGB Rn. 95; vgl. auch Grau RdA 2005, 367, 368 Fn. 12). Hierzu ist er im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast nach § 138 Abs. 3 ZPO verpflichtet. Die Unterrichtsverpflichteten müssen sodann Einwände des Arbeitnehmers mit entsprechenden Darlegungen und Beweisanträgen entkräften.

3. Die Unterrichtung der Beklagten genügt diesen Anforderungen nicht. 25
- a) Allerdings ist es unschädlich, dass die Beklagte gegenüber ihren 26
Arbeitnehmern Informationsschreiben mit teilweise gleichlautendem Wortlaut verwendet hat. § 613a Abs. 5 BGB erfordert keine individuelle Unterrichtung der einzelnen Arbeitnehmer. Eine standardisierte Information muss jedoch etwaige Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses erfassen (*Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - Rn. 21, BAGE 119, 91 = AP BGB § 613a Nr. 312 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 56*). Diesen Anforderungen hat die Beklagte genügt, indem sie unter Ziff. 5 ihres Informationsschreibens Angaben zur persönlichen Situation des Klägers getätigt hat.
- b) Die Beklagte hat auch die Betriebsübernehmerin mit ihrer Firmenbe- 27
zeichnung und, unter Ziff. 2 des Schreibens, mit ihrem Sitz sowie, unter Ziff. 6 des Schreibens, mit ihrer Anschrift zutreffend genannt, so dass sie identifizierbar ist (*vgl. zu diesem Erfordernis Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - Rn. 22, BAGE 119, 91 = AP BGB § 613a Nr. 312 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 56*).
- c) Erforderlich ist des Weiteren eine Unterrichtung über den Gegenstand 28
des Betriebsübergangs (*Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - Rn. 24, BAGE 119, 91 = AP BGB § 613a Nr. 312 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 56*). Dieser ist als „Geschäftsbereich Consumer Imaging (CI)“ der Beklagten mit der näheren Spezifikation unter Ziff. 2 des Informationsschreibens hinreichend deutlich gekennzeichnet.
- d) Auch über den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zum 1. November 29
2004 hat die Beklagte ordnungsgemäß unterrichtet (§ 613a Abs. 5 Nr. 1 BGB).



- e) Schließlich hat die Beklagte den Grund für den Betriebsübergang iSd. § 613a Abs. 5 Nr. 2 BGB ausreichend benannt. Sie hat es nicht bei der Angabe des Rechtsgrundes für den Betriebsübergang, nämlich der Übernahme des Vermögens von CI durch die A GmbH, belassen, sondern ausgeführt, Grund des Übergangs sei die rechtliche Verselbständigung des Geschäftsbereichs CI in der A GmbH und deren anschließende Veräußerung an eine N GmbH. Damit hat die Beklagte die unternehmerischen Gründe für den Betriebsübergang zumindest schlagwortartig mitgeteilt, die sich im Falle eines Widerspruchs auf den Arbeitsplatz des betreffenden Arbeitnehmers auswirken können (vgl. zu diesem Erfordernis Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - Rn. 29, BAGE 119, 91 = AP BGB § 613a Nr. 312 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 56; APS/Steffan 3. Aufl. § 613a BGB Rn. 208; Willemsen/Lembke NJW 2002, 1159, 1162; Nehls NZA 2003, 822, 824; Staudinger/Annuß BGB (2005) § 613a Rn. 159 unter Hinweis auf Art. 7 Abs. 6 2. Spiegelstrich der RL 2001/23/EG und deren fremdsprachige Fassungen; Grau Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang gem. § 613a Abs. 5 und 6 BGB S. 135; ErfK/Preis 8. Aufl. § 613a BGB Rn. 87; Hauck Sonderbeilage NZA 18/2004, 17, 23; vgl. auch MünchKommBGB/Müller-Glöge 4. Aufl. § 613a Rn. 107; aA Worzalla NZA 2002, 353, 354; Gaul/Otto DB 2002, 634, 635). Die Angaben der Beklagten zu den unternehmerischen Gründen des Übergangs sind als Grundlage für die Ausübung eines Widerspruchs der betroffenen Arbeitnehmer ausreichend, denn diese wussten damit, dass es bei der Beklagten im Geschäftsbereich CI keine Arbeitsplätze mehr geben würde, die sie nach einem Widerspruch einnehmen könnten. 30
- f) Dagegen hat die Beklagte nicht zutreffend über die rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs für die Arbeitnehmer informiert (§ 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB). 31
- aa) Zu den rechtlichen Folgen gehören zunächst die sich unmittelbar aus dem Betriebsübergang als solchem ergebenden Rechtsfolgen. Dies erfordert einen Hinweis auf den Eintritt des Übernehmers in die Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB), auf die 32



Gesamtschuldnerschaft des Übernehmers und des Veräußerers nach § 613a Abs. 2 BGB und grundsätzlich auch auf die kündigungsrechtliche Situation, wenn Kündigungen sich abzeichnen (*Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - Rn. 32, BAGE 119, 91 = AP BGB § 613a Nr. 312 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 56, unter Hinweis auf BT-Drucks. 14/7760 S. 19*). Zu den beim Übernehmer geltenden Rechten und Pflichten gehört grundsätzlich weiter die Anwendbarkeit tariflicher Normen und die Frage, inwieweit beim Veräußerer geltende Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durch beim Erwerber geltende Tarifverträge abgelöst werden (*Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - aaO*). Im Hinblick auf den Zweck der Unterrichtung, dem Arbeitnehmer eine ausreichende Wissensgrundlage für die Entscheidung über die Ausübung oder Nichtausübung des Widerspruchsrechts zu geben, kann zudem über mittelbare Folgen im Falle eines Widerspruchs zu informieren sein (*Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - aaO*).

Die Hinweise über die rechtlichen Folgen müssen präzise sein und dürfen keine juristischen Fehler enthalten. Es genügt nicht, dass die Belehrung über die rechtlichen Folgen „im Kern richtig“ ist und lediglich eine „ausreichende“ Unterrichtung erfolgt, wenn damit auf die Erfordernisse nach der früheren Rechtsprechung abgestellt wird (*vgl. hierzu BAG 22. April 1993 - 2 AZR 313/92 - AP BGB § 613a Nr. 102 = EzA BGB § 613a Nr. 112*). Diese Sichtweise lässt sich unter der Geltung des § 613a Abs. 5 und 6 BGB nicht mehr aufrechterhalten (*13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - Rn. 34, BAGE 119, 91 = AP BGB § 613a Nr. 312 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 56; Hauck Sonderbeilage NZA 18/2004, 17, 22*). Eine Unterrichtung über komplexe Rechtsfragen im Rahmen des § 613a Abs. 5 BGB ist allerdings dann nicht fehlerhaft, wenn der Arbeitgeber bei angemessener Prüfung der Rechtslage, die ggf. die Einholung von Rechtsrat über die höchstrichterliche Rechtsprechung beinhaltet, rechtlich vertretbare Positionen gegenüber dem Arbeitnehmer kundtut (*Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - Rn. 23, aaO*).

33

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



bb) Der Kläger wurde nicht hinlänglich darüber unterrichtet, für welche Verbindlichkeiten aus dem Arbeitsverhältnis die Beklagte nach dem Betriebsübergang haftet. 34

Nach § 613a Abs. 2 BGB haftet der bisherige Arbeitgeber - gesamtschuldnerisch mit dem neuen Inhaber - nur 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. Werden solche Verpflichtungen nach dem Zeitpunkt des Übergangs fällig, haftet der bisherige Arbeitgeber nur in dem Umfang, der dem im Zeitpunkt des Übergangs abgelaufenen Teil ihres Bemessungszeitraums entspricht (§ 613a Abs. 2 Satz 2 BGB). 35

Die Beklagte hat dieses System der begrenzten gesamtschuldnerischen Nachhaftung in dem Informationsschreiben vom 22. Oktober 2004 nicht hinreichend dargestellt. Die Ausführung der Beklagten im zweiten Absatz ihres Informationsschreibens, dass die Übertragung des Geschäftsbereichs „Consumer Imaging“ zu einem automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse der diesem Bereich zugeordneten Mitarbeiter führe, besagt noch nichts über die Verteilung der Haftung infolge des Betriebsübergangs. Zum Haftungssystem gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB fehlt in diesem Schreiben jeder Hinweis; es wird lediglich näher auf den Inhalt der Regelungen von § 613a Abs. 5 und Abs. 6 BGB eingegangen. Schon der von der Beklagten so bezeichnete „Normalfall“ des Eintritts des Erwerbers in die Rechte und Pflichten gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB wird von ihr nicht unmissverständlich dargestellt. Es fehlt der ausdrückliche Hinweis darauf, dass für alle erst nach dem Betriebsübergang entstehenden Ansprüche ausschließlich die A GmbH hafte. Aus der bloßen Information darüber, dass das Arbeitsverhältnis auf die A GmbH übergehen werde, ergibt sich dies entgegen der Auffassung der Revision nicht hinreichend. 36

g) Unerheblich ist, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat, der Vortrag der Beklagten, der Inhalt des Informationsschreibens vom 22. Oktober 2004 sei mit den Arbeitnehmervertretungen abgestimmt gewesen. 37



Unterrichtungsverpflichtete nach § 613a Abs. 5 BGB und damit verantwortlich für die ordnungsgemäße Unterrichtung sind allein der bisherige und der neue Betriebsinhaber.

4. Die fehlerhafte Unterrichtung war auch geeignet, die Entscheidung des Klägers, sein Widerspruchsrecht zunächst nicht auszuüben, zu beeinflussen. 38

5. Der Kläger hat sein Widerspruchsrecht nicht verwirkt. 39

a) Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung. 40

Mit der Verwirkung wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen. Sie dient dem Vertrauensschutz und verfolgt nicht den Zweck, den Schuldner stets dann von seiner Verpflichtung zu befreien, wenn dessen Gläubiger längere Zeit seine Rechte nicht geltend gemacht hat (*Senat 14. Dezember 2006 - 8 AZR 763/05 - Rn. 44, AP BGB § 613a Nr. 318 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 63*). 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 (*BAG 28. Mai 2002 - 9 AZR 145/01 - EzA BGB § 242 Verwirkung Nr. 2, zu I 3 der Gründe; 25. April 2001 - 5 AZR 497/99 - BAGE 97, 326 = AP BGB § 242 Verwirkung Nr. 46 = EzA BGB § 242 Verwirkung Nr. 1, zu I 1 der Gründe*). 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 (*st. Rspr. des Senats: 14. Dezember 2006 - 8 AZR 763/05 - aaO; 22. Juli 2004 - 8 AZR 350/03 - BAGE 111, 283 = AP BGB § 613a Nr. 274 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 27, zu B II 2 d der Gründe; 18. Dezember 2003 - 8 AZR 621/02 - BAGE 109, 136 = AP BGB § 613a Nr. 263 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 20, zu II 1 a der Gründe; 27. Januar 2000 - 8 AZR 106/99 -, zu II 3 a der Gründe*). Dass das Widerspruchsrecht gemäß § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB schon von Gesetzes wegen an eine Frist gebunden ist, schließt die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Verwirkung nicht aus (*vgl. Senat 14. Dezember 2006 - 8 AZR 763/05 - Rn. 45, AP BGB § 613a Nr. 318 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 63*).



b) Es kann dahinstehen, ob das Zeitmoment erfüllt ist. Allerdings beginnt dieses entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht erst mit Kenntniserlangung von der nicht ordnungsgemäß erfolgten Unterrichtung. Das Zeitmoment bemisst den Zeitraum, für welchen die möglichen, die Verwirkung begründenden Vertrauensumstände gesetzt worden sind. Dieser beginnt grundsätzlich einen Monat nach einer Unterrichtung über den Betriebsübergang in Textform, wenn diese auch unvollständig oder fehlerhaft war, denn durch eine solche Unterrichtung gibt der Arbeitgeber zu erkennen, dass er mit dieser die Widerspruchsfrist von einem Monat in Gang setzen will und danach die Erklärung von Widersprüchen nicht mehr erwartet. Im Streitfall waren seit diesem fiktiven Ablauf der Widerspruchsfrist bis zur Ausübung des Widerspruchsrechts rund sechseinhalb Monate vergangen. Da es jedenfalls am Umstandsmoment fehlt, kann unentschieden bleiben, ob damit bereits das Zeitmoment für die Verwirkung erfüllt wäre. Der Kläger hat mit Ausnahme der Weiterarbeit bei der A GmbH und der Entgegennahme der Erfüllung seiner Entgeltansprüche durch die A GmbH keine Umstände gesetzt, die das Vertrauen der Beklagten in eine Nichtausübung seines Widerspruchsrechts rechtfertigen könnten. Er hat insbesondere nicht selbst über eine Beendigung seines Arbeitsverhältnisses disponiert, indem er beispielsweise einen Aufhebungsvertrag mit der A GmbH geschlossen oder eine von dieser nach dem Betriebsübergang erklärte Kündigung hingenommen hätte. Die Weiterarbeit als solche ist entgegen der Auffassung der Revision kein Umstand, auf Grund dessen die Beklagte sich darauf einstellen konnte, vom Kläger nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Der Kläger ging seinerzeit davon aus, zur Erbringung der Arbeitsleistung gegenüber der A GmbH vertraglich verpflichtet zu sein. Auf diese Pflicht hatte die Beklagte den Kläger unter Ziff. 5 aE ihres Unterrichtungsschreibens auch ausdrücklich hingewiesen.

41

II. Der Widerspruch des Klägers mit Schreiben vom 10. Juni 2005 führt dazu, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien ununterbrochen fortbesteht, denn der Widerspruch wirkt auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück.

42



1. Hat der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen, so verhindert er die Rechtsfolge des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB, dh. die Auswechslung des Arbeitgebers. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts handelt es sich bei dem Widerspruch um ein Gestaltungsrecht in der Form eines Rechtsfolgenverweigerungsrechts (13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - Rn. 40, BAGE 119, 91 = AP BGB § 613a Nr. 312 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 56; 30. Oktober 2003 - 8 AZR 491/02 - BAGE 108, 199 = AP BGB § 613a Nr. 262 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 16, zu II 2 a der Gründe mwN). Der Widerspruch ist nämlich darauf gerichtet, die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge, den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Betriebsübernehmer, nicht eintreten, sondern stattdessen das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber fortbestehen zu lassen (Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 -; 30. Oktober 2003 - 8 AZR 491/02 -, jeweils aaO). Dies gilt auch dann, wenn der Widerspruch erst nach dem Betriebsübergang erklärt wird (Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - aaO). Zwar sieht § 613a Abs. 5 BGB vor, dass die Unterrichtung über einen Betriebsübergang vor diesem zu erfolgen hat, damit die Frage des Übergangs von Arbeitsverhältnissen zeitnah geklärt werden kann (BT-Drucks. 14/7760 S. 19). Der Gesetzgeber geht jedoch zugleich davon aus, dass die Unterrichtung erst nach dem Betriebsübergang erfolgen kann und die Widerspruchsfrist erst dann zu laufen beginnt (Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - aaO; BT-Drucks. 14/7760 S. 20; MünchKommBGB/Müller-Glöge § 613a Rn. 120). Bereits hieraus ist zu schließen, dass nach der Vorstellung des Gesetzgebers ein Widerspruch auch noch nach dem Betriebsübergang möglich ist.

43

2. Der Widerspruch wirkt auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - Rn. 41, BAGE 119, 91 = AP BGB § 613a Nr. 312 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 56; 22. April 1993 - 2 AZR 50/92 - AP BGB § 613a Nr. 103 = EzA BGB § 613a Nr. 111, zu II 7 der Gründe) und der überwiegenden Auffassung im Schrifttum (vgl. ua. MünchKommBGB/Müller-Glöge BGB § 613a Rn. 122; ErfK/Preis § 613a BGB Rn. 105; Worzalla NZA 2002, 353, 358; Franzen RdA 2002, 258, 270; vgl. aber auch Stau-

44



dinger/Annuß BGB (2005) § 613a Rn. 186 und Staudinger/Richardi/Annuß BGB Dreizehnte Bearbeitung § 613a Rn. 128; Annuß FS zum 25-jährigen Bestehen der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht S. 581 f., der von einem aufschiebend bedingten Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber ausgeht). Zu den Einwänden Riebles (NZA 2004, 1, 4 ff.; vgl. auch *Seiter Betriebsinhaberwechsel: Arbeitsrechtliche Auswirkungen eines Betriebsübergangs unter besonderer Berücksichtigung des § 613a BGB idF vom 13. August 1980 S. 72 f.*) hat der Senat bereits in der Entscheidung vom 13. Juli 2006 (- 8 AZR 305/05 - aaO) Stellung genommen. Zwar wirke die Ausübung von Gestaltungsrechten regelmäßig nur für die Zukunft. Dies sei darin begründet, dass eine Rückwirkung den Grundsätzen rechtlicher Klarheit in dem zurückliegenden Zeitraum widersprechen und eine Rückabwicklung bereits lange vollzogener Rechtsverhältnisse zu Schwierigkeiten führen könne. Andererseits sei eine Rückabwicklung nach der Ausübung von Gestaltungsrechten dem Bürgerlichen Recht nicht fremd (vgl. beispielsweise § 142 BGB). Das Bürgerliche Recht und das Arbeitsrecht stellten hierfür ausreichendes Instrumentarium zur Verfügung. Entscheidend sei jedoch, ob die Rückwirkung zum Schutze des Ausübungsbefugten geboten ist. Dies sei der Fall. Das Widerspruchsrecht solle verhindern, dass dem Arbeitnehmer ein anderer Arbeitgeber aufgezwungen wird, und zwar auch nicht vorübergehend durch eine verspätete Unterrichtung (so schon BAG 22. April 1993 - 2 AZR 50/92 - aaO). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts garantiere die mit Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte freie Arbeitsplatzwahl neben der Entscheidung für eine konkrete Beschäftigung auch den Willen des Einzelnen, den Arbeitsplatz beizubehalten oder aufzugeben. Regelungen zum Übergang eines Arbeitsverhältnisses auf einen anderen Arbeitgeber beträfen den Schutzbereich der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Arbeitsplatzfreiheit (*ausführlich Senat 2. März 2006 - 8 AZR 124/05 - Rn. 30, BAGE 117, 184, 195, 196 = AP BGB § 419 Funktionsnachfolge Nr. 25 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 48*). Auch der Bundesgesetzgeber habe zur Begründung des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB die Berufsfreiheit herangezogen und gehe davon aus, dass es mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar sei, wenn ein Arbeitnehmer verpflichtet wäre, für einen Arbeit-



geber zu arbeiten, den er nicht frei gewählt hat (vgl. *BT-Drucks. 14/7760 S. 20*). Die Informationsverpflichtung diene gerade dazu, dem Arbeitnehmer Kenntnis über die Grundlagen für die Ausübung dieser Wahlmöglichkeit zu verschaffen. Hätten der Veräußerer und der Erwerber dieser Verpflichtung nicht ausreichend und ordnungsgemäß Genüge getan, sei der Arbeitnehmer schutzwürdig.

III. Der Kläger kann von der Beklagten auch die Begleichung der geltend gemachten Zahlungsansprüche verlangen, da die Beklagte sich ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs mit der Annahme der Dienste des Klägers im Verzug befunden hat (§ 615 Satz 1 BGB). 45

1. Für die auf die Zeit ab dem 10. Juni 2005 bezogenen Zahlungsansprüche ergibt sich der Annahmeverzug der Beklagten bereits aus § 295 BGB. Mit seinem an diesem Tage zugegangenen Widerspruch hat der Kläger gegenüber der Beklagten auch ausdrücklich seine Arbeitskraft angeboten und um Zuweisung eines Arbeitsplatzes gebeten. Es kann daher vorliegend unentschieden bleiben, ob auch bereits in der Erklärung des Widerspruchs gegenüber dem Betriebsveräußerer als solchem ein wörtliches Angebot gemäß § 295 BGB liegt (*dafür Franzen RdA 2002, 258, 271*). Die Beklagte ist der ihr gemäß § 295 Satz 1 Var. 2 BGB obliegenden Mitwirkungshandlung, dem Kläger im Anschluss an seinen Widerspruch einen neuen Arbeitsplatz innerhalb der von ihr geleiteten Betriebsorganisation zuzuweisen, nicht nachgekommen. Sie hat im Gegenteil - auch noch im laufenden Rechtsstreit - vorgetragen, der Arbeitsplatz des Klägers bei ihr sei entfallen, ein anderer, gleichwertiger Arbeitsplatz bestehe bei ihr nicht, weshalb sie den Kläger nicht tatsächlich weiter beschäftigen könne. 46

2. Der Kläger hat auch einen Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten Vergütung für den Monat Mai 2005 (Zahlungsantrag zu 2a) sowie auf Zahlung der Vergütung, die auf den Zeitraum vom 1. bis 9. Juni 2005 entfällt (Teil des Zahlungsantrages zu 2b). Die Beklagte befand sich auch bereits vor Zugang des Widerspruchs in Annahmeverzug. 47



a) Ob und unter welchen Voraussetzungen der bisherige Betriebsinhaber für den Zeitraum zwischen dem Stichtag der Betriebsübernahme und dem Zugang des (zurückwirkenden) Widerspruchs in Annahmeverzug gerät, ist im Schrifttum umstritten. Teilweise wird vertreten, bei fortgesetzter Tätigkeit des Arbeitnehmers in dem übertragenen Betrieb hätten Vergütungsansprüche gegen den Betriebsveräußerer unter dem Gesichtspunkt von §§ 615 Satz 1, 293 ff. BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag regelmäßig auszuscheiden (*Grau Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang S. 380*). Das Vorliegen eines Gläubigerverzuges wird abgelehnt mit der Begründung, es fehle an einem nach § 294 BGB notwendigen Angebot der Arbeitsleistung am richtigen Ort (dh. dem Betriebssitz des Veräußerers, nicht des Erwerbers) gegenüber dem Arbeitgeber als richtigem Leistungsschuldner, wenn der Arbeitnehmer zunächst für den neuen Betriebsinhaber an seinem bisherigen Arbeitsplatz gearbeitet habe (*Grau aaO S. 380, 381; Soergel-Raab BGB 12. Aufl. § 613a Rn. 157; Verhoek Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis S. 255; Worzalla NZA 2002, 353, 358; mit abw. Begründung im Ergebnis ebenfalls gegen Annahmeverzug Rieble NZA 2004, 1, 7; Warmbein DZWIR 2003, 11, 13*). Franzen ist der Auffassung, in dem Umstand, dass der Arbeitnehmer nach Betriebsübergang an seinem Arbeitsplatz erscheine und - mit oder ohne Kenntnis über den neuen Betriebsinhaber - die geschuldete Arbeitsleistung erbringe, könne ein tatsächliches Angebot gegenüber dem bisherigen Betriebsinhaber erblickt werden, sofern dieser wegen der späteren Ausübung des Widerspruchsrechts schließlich Arbeitgeber bleibe. Dagegen könne nicht eingewandt werden, es fehle in diesem Fall an einem Angebot gegenüber dem Betriebsveräußerer, da ein tatsächliches Angebot nach § 294 BGB durchaus auch gegenüber einem Dritten abgegeben werden könne, wenn diesem die Leistung nach der vertraglichen Abrede erbracht werden müsse. So sei beispielsweise bei der Leiharbeit anerkannt, dass das Arbeitsangebot beim Entleiher die Voraussetzungen des § 294 BGB beim Verleiher/Vertragsarbeitgeber erfülle. Diese Wertung könne auf die Konstellation des Widerspruchs beim Betriebsübergang übertragen werden (*Franzen RdA 2002, 258, 271*). Die Konstruktion eines Annahmeverzuges des früheren

48



Betriebsinhabers über § 296 BGB sei hingegen anders als im Fall der unwirksamen Kündigung des Arbeitsvertrags durch den Arbeitgeber nicht gangbar, da für den Betriebsveräußerer bis zur Erklärung des Widerspruchs keine Veranlassung bestehe, dem Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz zuzuweisen (*Franzen aaO*).

b) Das Bundesarbeitsgericht hat für das Arbeitsverhältnis ausgesprochen, dass der Arbeitgeber sowohl bei einer ordentlichen als auch bei einer außerordentlichen Kündigung mit Beginn des Tages in Annahmeverzug gerät, an dem das Arbeitsverhältnis nach dem Inhalt der Kündigung enden soll, soweit der Arbeitnehmer leistungsfähig und leistungsbereit sei. Der Arbeitgeber komme bei einer Verweigerung der Weiterbeschäftigung seiner Pflicht zur Zuweisung der Arbeit und zur Bereithaltung eines funktionsfähigen Arbeitsplatzes nicht nach. Dies sei aber eine gemäß § 296 BGB nach dem Kalender bestimmte Mitwirkungshandlung, da der Zeitpunkt durch den Ablauf der Kündigungsfrist bzw. den Zugang der Kündigung aus wichtigem Grund festgelegt sei (*BAG 9. August 1984 - 2 AZR 374/83 - BAGE 46, 234 = AP BGB § 615 Nr. 34 = EzA BGB § 615 Nr. 43; 21. März 1985 - 2 AZR 201/84 - AP BGB § 615 Nr. 35 = EzA BGB § 615 Nr. 44*). Diese Rechtsprechung ist auf den vorliegenden Sachverhalt übertragbar. Erklärt der Arbeitgeber vor dem Betriebsübergang - beispielsweise in dem Unterrichtungsschreiben -, eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers sei nicht möglich, da sein Arbeitsplatz weggefallen sei und auch ein gleichwertiger Arbeitsplatz nicht zur Verfügung stehe, so macht er damit deutlich, der ihm obliegenden Mitwirkungshandlung nicht nachkommen zu wollen. Er gerät damit in Annahmeverzug, ohne dass es noch eines Angebotes der Arbeitsleistung von Seiten des Arbeitnehmers bedürfte.

c) Vorliegend hat die Beklagte in ihrem Unterrichtungsschreiben vom 22. Oktober 2004 bereits erklärt, dass der Arbeitsplatz des Klägers bei ihr weggefallen und auch eine anderweitige Weiterbeschäftigung bei ihr nicht möglich sei. Sie befand sich damit ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs in Annahmeverzug, ohne dass es noch eines Angebotes der Arbeitskraft durch den Kläger bedurfte. Der Höhe nach sind die eingeklagten Beträge unstreitig,

49

50



so dass Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht die beantragten Zahlungen zu Recht zugesprochen haben.

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

51

Hauck

Böck

Koch

Döring

Andreas Henniger

