

Aktenzeichen: 8 AZR 1021/06  
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 27. November 2008  
- 8 AZR 1021/06 -

I. Arbeitsgericht  
Solingen

Urteil vom 7. Februar 2006  
- 5 Ca 1592/05 lev -

II. Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

Urteil vom 15. November 2006  
- 7 (18) Sa 313/06 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

---

Entscheidungsstichworte:

Betriebsübergang - Unterrichtung - Widerspruchsrecht - Verwirkung

Gesetze:

BGB §§ 242, 295, 296, 613a, 615; ZPO § 256

Leitsätze:

keine

Hinweise des Senats:

Teilweise Parallelsache zu Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 1020/06 - und  
24. Juli 2008 - 8 AZR 73/07 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

# BUNDEsarBEITSGERICHT



8 AZR 1021/06  
7 (18) Sa 313/06  
Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
27. November 2008

## URTEIL

Diederich, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. November 2008 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Eimer und Hickler für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 15. November 2006 - 7 (18) Sa 313/06 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

## Von Rechts wegen!

### Tatbestand

Die Parteien streiten über den Bestand eines Arbeitsverhältnisses und über Ansprüche des Klägers aus demselben. 1

Der Kläger war seit 1. April 1972 bei der Beklagten, zuletzt schwerpunktmäßig im Geschäftsbereich Consumer Imaging (CI) beschäftigt. Auf Grund von Umsatzrückgängen hatte die Beklagte zur Kostenreduzierung Personalabbaumaßnahmen, ua. durch Vorruhestands- und Altersteilzeitvereinbarungen, durchgeführt. Am 18. Dezember 2003/12. Januar 2004 schlossen die Parteien einen Vertrag, der ua. wie folgt lautet: 2

„...“

es besteht zwischen Ihnen und der A AG Einvernehmen, dass Ihr Arbeitsverhältnis auf unsere Veranlassung zum 31.12.2005 endet.

1. Ihre Beurlaubung beginnt ab dem 15.07.2005.
2. Wegen der vorzeitigen Beendigung des Anstellungsverhältnisses zahlen wir Ihnen einen Einmalbetrag in Höhe von 113.617,24 EUR brutto am 31.01.2006 aus. Die Auszahlung erfolgt unter Berücksichtigung der steuerlichen Vorschriften.

Vorgenannter Betrag gilt vorbehaltlich einer ggf. bis zum Ausscheiden geänderten Renteneinstiegsvoraussetzung.

Bedingung für den Anspruch auf die Abfindung ist



das Erleben des Endes des Beschäftigungsverhältnisses.

3. Ab dem 01.01.2006 erhalten Sie die laufenden Pensionsbezüge aus der betrieblichen Altersversorgung, deren genaue Höhe durch die Abteilung PS-Altersversorgung noch mitgeteilt wird.“

Mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie plane, den Geschäftsbereich CI mit Wirkung zum 1. November 2004 auf die A GmbH zu übertragen. In diesem Schreiben heißt es - soweit vorliegend von Interesse:

„...“

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

Diese Bestimmungen lauten:

„Der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber hat die von einem Übergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang in Textform zu unterrichten über:

1. den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs,
2. den Grund für den Übergang,
3. die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und
4. die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen.

Der Arbeitnehmer kann dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach Absatz 5 schriftlich widersprechen. Der Widerspruch kann gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber oder dem neuen Inhaber erklärt werden.’

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



...

**1. Zum geplanten Zeitpunkt des Übergangs:**

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

**2. Zum Grund für den Übergang:**

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

A GmbH mit Sitz in L umfasst das gesamte bisherige CI-Geschäft der A 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.

...

#### 5. Zu Ihrer persönlichen Situation:

Ihr Arbeitsverhältnis wurde durch Kündigung beendet.

Die ausgesprochene Kündigung wirkt sich auf den Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses nicht aus. Ihr Arbeitsverhältnis geht trotzdem im gekündigten Zustand über und Sie sind verpflichtet, bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bei A GmbH weiter zu arbeiten.

Die nachfolgend dargestellten Konsequenzen eines eventuellen Widerspruchs treffen auch in Ihrem Falle zu.

#### 6. Zum Widerspruchsrecht:

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

Die Erklärung kann nicht einseitig zurückgenommen oder widerrufen werden. Sie kann auch nicht an eventuelle Bedingungen geknüpft werden.

Sollten Sie dem Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses widersprechen wollen, müsste das schriftlich mit einer von Ihnen unterschriebenen Erklärung innerhalb dieser Frist erfolgen. Eventuelle Widerspruchsschreiben richten Sie bitte ausschließlich an:

#### 7. Zu den Folgen eines Widerspruchs:

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

Da nach dem Übergang des 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 einer Freistellung von der Arbeit durch A AG rechnen.



Wir weisen Sie jedoch ausdrücklich darauf hin, dass in diesem Fall ab dem Widerspruch bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses Ihr Anspruch auf Arbeitsentgelt gegenüber der A AG um die Einkünfte gekürzt werden kann, die Sie für die verbleibende Dauer der Kündigungsfrist bei A GmbH erzielen könnten. Außerdem ist hierdurch bei einer eventuellen Arbeitslosigkeit die Höhe Ihrer Ansprüche auf Leistungen gegenüber der Agentur für Arbeit in Frage gestellt.

Wir empfehlen Ihnen daher dringend, von einem Widerspruch abzusehen. ...“

Dieses Schreiben war auch für die A GmbH und die N GmbH unterzeichnet.

Der Geschäftsbereich CI wurde mit Wirkung ab 1. November 2004 auf die neu gegründete A GmbH übertragen. Der Kläger widersprach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf diese GmbH zunächst nicht.

Im Mai 2005 stellte die A GmbH Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Daraufhin widersprach der Kläger mit Schreiben vom 23. Juni 2005 dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH. Er machte geltend, „über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer i.S.d. § 613a Abs. 5 BGB unrichtig und unvollständig informiert“ worden zu sein. Gleichzeitig bot er der Beklagten seine Arbeitskraft an und bat um Zuweisung eines Arbeitsplatzes. Weiter erklärte er, bis zur Zuweisung einer neuen Tätigkeit durch die Beklagte seine Arbeitskraft im Hinblick auf seine Schadensminderungspflicht gem. § 615 Satz 2 BGB weiterhin der A GmbH anzubieten.

Dieses Schreiben beantwortete die Beklagte nicht.

Der Kläger meint, da die Beklagte seine Arbeitgeberin geblieben sei, müsse sie seine Ansprüche aus seinem Arbeitsverhältnis und aus der am 18. Dezember 2003/12. Januar 2004 getroffenen Vereinbarung erfüllen. Die Beklagte schulde ihm daher die Zahlung des ihm monatlich zustehenden Fixgehaltes von 8.351,00 Euro für die Monate Mai bis Dezember 2005 abzüglich des bezogenen Insolvenz- bzw. Arbeitslosengeldes. Zudem stehe ihm für



das Jahr 2004 ein Bonus iHv. 1.277,33 Euro brutto zu, so dass an ihn für den Monat Mai 2005 ein Gesamtbetrag iHv. 9.628,33 Euro brutto zu zahlen sei. Im Januar 2006 habe er Anspruch auf die ihm für das Jahr 2005 zustehende Sondervergütung iHv. 25.053,00 Euro brutto. Außerdem stehe ihm die von der Beklagten zugesagte Abfindung zu.

Der Kläger hat beantragt,

9

1. festzustellen, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten über den 1. November 2004 hinaus bis zum 31. Dezember 2005 ein Arbeitsverhältnis besteht.
2. Die Beklagte zu verurteilen,
  - a) an den Kläger 9.628,33 Euro brutto abzgl. gezahlten Insolvenzgelds in Höhe von 4.027,71 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 Abs. 1 BGB ab dem 31. Mai 2005 zu zahlen;
  - b) an den Kläger 8.351,00 Euro brutto abzgl. gezahlten Insolvenzgelds in Höhe von 4.027,71 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 Abs. 1 BGB ab dem 30. Juni 2005 zu zahlen;
  - c) an den Kläger 8.351,00 Euro brutto abzgl. gezahlten Insolvenzgelds in Höhe von 2.823,42 Euro brutto sowie gezahlten Arbeitslosengelds in Höhe von 1.060,46 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 Abs. 1 BGB ab dem 31. Juli 2005 zu zahlen;
  - d) an den Kläger 8.351,00 Euro brutto abzgl. gezahlten Arbeitslosengelds in Höhe von 1.871,48 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 Abs. 1 BGB ab dem 31. August 2005 zu zahlen;
  - e) an den Kläger 8.351,00 Euro brutto abzgl. gezahlten Arbeitslosengelds in Höhe von 1.871,48 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 Abs. 1 BGB ab dem 30. September 2005 zu zahlen;



- f) an den Kläger 8.351,00 Euro brutto abzgl. gezahlten Arbeitslosengelds in Höhe von 1.871,48 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 Abs. 1 BGB ab dem 31. Oktober 2005 zu zahlen;
  - g) an den Kläger 8.351,00 Euro brutto abzgl. gezahlten Arbeitslosengelds in Höhe von 1.871,48 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 Abs. 1 BGB ab dem 30. November 2005 zu zahlen;
  - h) an den Kläger 8.351,00 Euro brutto abzgl. gezahlten Arbeitslosengelds in Höhe von 1.871,48 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 Abs. 1 BGB ab dem 31. Dezember 2005 zu zahlen;
  - i) an den Kläger 25.053,00 Euro brutto abzgl. gezahlten Arbeitslosengelds in Höhe von 1.871,48 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 Abs. 1 BGB ab dem 31. Januar 2006 zu zahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Abfindung in Höhe von 113.617,24 Euro brutto zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

10

Sie meint, den Kläger mit ihrem Schreiben vom 22. Oktober 2004 ordnungsgemäß iSd. § 613a Abs. 5 BGB über den Betriebsteilübergang des Geschäftsbereiches CI auf die A GmbH unterrichtet zu haben. Der Widerspruch des Klägers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses sei verspätet, da er nicht innerhalb eines Monats nach dem Zugang des Informationsschreibens (§ 613a Abs. 6 Satz 1 BGB) erfolgt sei. Zumindest wäre er jedoch verwirkt. Deshalb habe zwischen ihr und dem Kläger ab dem 1. November 2004 kein Arbeitsverhältnis mehr bestanden, so dass sie weder Ansprüche aus diesem noch aus der Vereinbarung vom 18. Dezember 2003/12. Januar 2004 erfüllen müsse.

11



Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Mit dieser verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, während der Kläger die Zurückweisung der Revision beantragt.

12

## Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist nicht begründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien hat über den 1. November 2004 hinaus bis zum 31. Dezember 2005 fortbestanden, so dass dem Kläger die geltend gemachten Ansprüche gegen die Beklagte zustehen.

13

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

14

Das Arbeitsverhältnis des Klägers sei nicht ab dem 1. November 2004 infolge eines Betriebsteilüberganges auf die A GmbH übergegangen, da der Kläger diesem Übergang mit seinem Schreiben vom 23. Juni 2005 wirksam widersprochen habe. Da das Unterrichtungsschreiben der Beklagten vom 22. Oktober 2004 nicht den Erfordernissen des § 613a Abs. 5 BGB entsprochen habe, sei durch dessen Zugang beim Kläger nicht die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB in Gang gesetzt worden. Das Widerspruchsrecht des Klägers sei auch zum Zeitpunkt seiner Ausübung nicht verwirkt gewesen.

15

Da die Beklagte deshalb bis zur vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Dezember 2005 Arbeitgeberin des Klägers geblieben sei, müsse sie dessen der Höhe nach unstreitige Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und der Vereinbarung vom 18. Dezember 2003/12. Januar 2004 erfüllen. Dies gelte auch für dessen Vergütungsansprüche ab Mai 2005, weil sich die Beklagte wegen der Rückwirkung des Widerspruches des Klägers zu diesem Zeitpunkt im Annahmeverzug befunden habe.

16



B. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 17

I. Die Klage auf Feststellung, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten über den 1. November 2004 hinaus bis zum 31. Dezember 2005 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, ist zulässig. 18

Der Bestand eines Arbeitsverhältnisses ist ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis iSd. § 256 Abs. 1 ZPO. Das nach dieser Norm erforderliche Interesse an alsbaldiger Feststellung ist gegeben. Allerdings ist das Arbeitsverhältnis der Parteien nunmehr mit Ablauf des 31. Dezember 2005 unstreitig beendet. Das Feststellungsinteresse ist Sachurteilsvoraussetzung und als solche in jeder Lage des Verfahrens, auch noch in der Revisionsinstanz, von Amts wegen zu prüfen. Maßgebender Zeitpunkt für das Bestehen des Feststellungsinteresses ist der Schluss der Revisionsverhandlung. 19

Wird die Klage auf Feststellung eines beendeten Rechtsverhältnisses gerichtet, so ist sie nur dann zulässig, wenn sich aus der Feststellung noch Rechtsfolgen für die Gegenwart oder die Zukunft ergeben. Für eine Feststellungsklage, die ursprünglich auf ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis gerichtet war, gilt nichts anderes. Ist im Falle einer auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses gerichteten zulässigen Feststellungsklage dieses Arbeitsverhältnis im Laufe des Rechtsstreites beendet worden, so wird die Feststellungsklage grundsätzlich unzulässig, was zur Folge hat, dass der Kläger, um eine Klageabweisung zu vermeiden, die Feststellungsklage in der Hauptsache für erledigt erklären muss. Dies gilt jedoch nicht, wenn sich aus der begehrten Feststellung des vergangenen Rechtsverhältnisses, dh. des mittlerweile beendeten Arbeitsverhältnisses, noch konkrete Folgen für die Gegenwart oder Zukunft ergeben. Dabei muss die begehrte Feststellung geeignet sein, die zwischen den Parteien weiterhin bestehenden Streitfragen abschließend zu klären. Dies ist vorliegend der Fall. Aus der Vereinbarung der Parteien vom 18. Dezember 2003/12. Januar 2004 ergeben sich noch Ansprüche für die Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. Dezember 2005, wie zB die unter Ziff. 3 der Vereinbarung genannten Ansprüche auf eine betriebliche 20



Altersversorgung. Da die Beklagte bestreitet, zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. Dezember 2005 Arbeitgeberin des Klägers gewesen zu sein, ist ein Feststellungsurteil über den Bestand des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien geeignet klarzustellen, wer diese Verpflichtungen künftig zu erfüllen hat (*vgl. Senat 31. Januar 2008 - 8 AZR 27/07 - AP BGB § 613a Nr. 340 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 89*).

II. Die Feststellungsklage ist begründet. 21

Zwischen den Parteien hat auch über den 1. November 2004, den Zeitpunkt des Überganges des Geschäftsbereiches CI von der Beklagten auf die A GmbH im Wege eines Betriebsteilüberganges (§ 613a BGB), hinaus ein Arbeitsverhältnis bestanden. Dieses ist entsprechend der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung vom 18. Dezember 2003/12. Januar 2004 zum 31. Dezember 2005 beendet worden. Der von der Beklagten behauptete Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH hat nicht stattgefunden, weil der Kläger einem solchen Übergang gem. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB mit Schreiben vom 23. Juni 2005 wirksam widersprochen hat. 22

1. Der Kläger hat seinen Widerspruch formgerecht erklärt. Sein Schreiben vom 23. Juni 2005 genügte dem Schriftformerfordernis des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB. Es ist auch an einen richtigen Adressaten, nämlich die Beklagte als bisherige Arbeitgeberin des Klägers, gerichtet, § 613a Abs. 6 Satz 2 BGB. 23

2. Der Widerspruch ist auch fristgerecht erklärt worden. 24

a) Nur auf Grund einer ordnungsgemäßen Unterrichtung beginnt die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB zu laufen. Weder eine unterbliebene noch eine nicht ordnungsgemäße Unterrichtung setzt den Lauf der Frist in Gang (*Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - BAGE 119, 91 = AP BGB § 613a Nr. 312 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 56*). Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB, wonach der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats „nach Zugang der Unterrichtung nach Absatz 5“ widersprechen kann. Damit setzt § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB eine den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB ent- 25



sprechende Unterrichtung voraus. Im Übrigen ergibt sich dies auch zwingend aus Sinn und Zweck der in § 613a Abs. 5 BGB geregelten Unterrichtungspflicht. 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 Widerspruchsrechtes erhalten (*Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 73/07 - mwN*).

b) Die Beklagte hat den Kläger mit dem Unterrichtungsschreiben vom 22. Oktober 2004 nicht ordnungsgemäß über die rechtlichen Folgen des Betriebsüberganges für den Kläger informiert (§ 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB). 26

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 Gesamtschuldnerschaft des Übernehmers und des Veräußerers nach § 613a Abs. 2 BGB und grundsätzlich auch auf die kündigungsrechtliche Situation. 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. 27

Nach Inkrafttreten des § 613a Abs. 5 und Abs. 6 BGB müssen die Hinweise auf die Rechtsfolgen präzise sein und dürfen keinen juristischen Fehler enthalten. Es genügt nicht mehr, wie von der früheren Rechtsprechung gefordert, dass die Belehrung über die rechtlichen Folgen nur „im Kern“ richtig ist und lediglich eine „ausreichende“ Unterrichtung erfolgen muss (*Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - BAGE 119, 91 = AP BGB § 613a Nr. 312 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 56*). 28

In dem Unterrichtungsschreiben vom 22. Oktober 2004 wurde nicht auf das Haftungssystem nach § 613a Abs. 2 BGB hingewiesen, dem zufolge der bisherige Arbeitgeber gesamtschuldnerisch mit dem neuen Inhaber nur für 29



Verpflichtungen nach § 613a Abs. 1 BGB haftet, soweit sie vor dem Zeitpunkt des Überganges entstanden sind und vor Ablauf von einem Jahr nach dem Übergang fällig werden.

Zwar heißt es in dem Unterrichtungsschreiben, für die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter, die dem Geschäftsbereich CI zugeordnet seien, führe die Übertragung zu einem automatischen Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse. Ferner erfolgt der Hinweis, das Arbeitsverhältnis des Klägers sei dem Geschäftsbereich CI zugeordnet und werde deshalb auf die A GmbH übergehen. Weiter wird im Unterrichtungsschreiben ausgeführt, mit dem Übergang des Geschäftsbereiches trete die A GmbH in die bestehenden, unveränderten Arbeitsverhältnisse ein.

30

Eine Darstellung der begrenzten gesamtschuldnerischen Nachhaftung gemäß § 613a Abs. 2 BGB fehlt jedoch im Unterrichtungsschreiben. Die in § 613a Abs. 2 BGB geregelte Haftungsverteilung gehört zu den rechtlichen Folgen eines Betriebsüberganges, über welche nach § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB zu unterrichten ist. Die Ausführungen zum Austausch des Vertragspartners sagen nichts über die Verteilung der Haftung infolge des Betriebsüberganges. Der Hinweis, dass der „automatische Übergang“ der Arbeitsverhältnisse in § 613a BGB geregelt sei, „dessen Bestimmungen auf den Übergang zwingend anwendbar“ seien, genügt nicht als Hinweis auf das Haftungssystem nach § 613a Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Aus dem Zusammenspiel dieser Regelungen ergibt sich das gesetzliche Haftungssystem beim Betriebsübergang, über das vollständig zu informieren ist. Nur dadurch wird der Arbeitnehmer in die Lage versetzt, ggf. näheren Rat einzuholen, wer in welchem Umfang für welche seiner Ansprüche haftet. Es genügt nicht, auf den „Normalfall“ hinzuweisen, bei dem der Betriebserwerber in die Rechte und Pflichten nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB eintritt.

31

Somit hatte zum Zeitpunkt der Erklärung des Widerspruches des Klägers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB noch nicht zu laufen begonnen. Der Widerspruch war demnach nicht verspätet.

32



3. Weitere Anforderungen an die rechtswirksame Ausübung des Widerspruchsrechtes sieht das Gesetz nicht vor. Insbesondere ist der Widerspruch von Gesetzes wegen nicht zu begründen. Dies gilt auch dann, wenn es bei einer nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung erst nachträglich ausgeübt wird. Es bedarf keiner Darlegung durch den widersprechenden Arbeitnehmer, dass er im Falle einer ordnungsgemäßen Unterrichtung innerhalb der in Gang gesetzten Monatsfrist nach § 613a Abs. 6 BGB widersprochen hätte (*Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 73/07 - mwN*). 33
4. Der Kläger hat sein Recht, den Widerspruch zu erklären, nicht verwirkt. 34
- a) Dass das Widerspruchsrecht nach § 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. Mit der Verwirkung, einem Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen (§ 242 BGB). Sie dient dem Vertrauensschutz des Schuldners. Ein solches Vertrauen kann sich bilden, wenn der Gläubiger längere Zeit seine Rechte nicht geltend macht (Zeitmoment). Dabei muss der Berechtigte unter Umständen untätig geblieben sein, welche 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). Das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf Seiten des Verpflichteten muss das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass dem Verpflichteten die Erfüllung des Anspruches nicht mehr zuzumuten ist (*Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 73/07 - mwN*; *14. Dezember 2006 - 8 AZR 763/05 - AP BGB § 613a Nr. 318 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 63*). 35
- b) Es kann dahinstehen, ob dem Landesarbeitsgericht darin zu folgen ist, vorliegend sei bereits das Zeitmoment nicht erfüllt. Jedenfalls fehlt es am sog. Umstandsmoment, welches neben dem Zeitmoment vorliegen muss, um eine Verwirkung annehmen zu können. 36



Im Zeitraum zwischen dem Zugang des Unterrichtungsschreibens vom 22. Oktober 2004 und dem Zugang des Widerspruchsschreibens des Klägers vom 23. Juni 2005 war keine Verwirkung eingetreten. Der Kläger hatte keine Umstände gesetzt, welche ein Vertrauen der Beklagten auf die Nichtausübung des Widerspruchsrechtes rechtfertigen hätten können. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass allein aus der widerspruchslosen Vertragsfortführung mit der A GmbH ein Umstandsmoment nicht hergeleitet werden kann. Es fehlt an einer besonderen vertrauensbegründenden Verhaltensweise des Klägers. Würde allein die widerspruchslose Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebserwerber das sog. Umstandsmoment für eine Verwirkung erfüllen, so würde das Ziel, falsch unterrichteten Arbeitnehmern das Widerspruchsrecht zu erhalten, unterlaufen (*Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 73/07 -*).

37

Ein Umstandsmoment ist insbesondere auch nicht darin zu sehen, dass der Kläger nicht unmittelbar nach dem Insolvenzantrag der A GmbH im Mai 2005 sein Widerspruchsrecht ausgeübt hat. Dadurch hat er nicht den Eindruck erweckt, das Widerspruchsrecht nicht mehr wahrnehmen zu wollen. Da der Insolvenzantrag der A GmbH für sich betrachtet nicht auf eine dem § 613a Abs. 5 BGB nicht genügende Unterrichtung des Klägers durch die Beklagte schließen lies, durfte diese wegen der Untätigkeit des Klägers auch nach dem Insolvenzantrag nicht davon ausgehen, dieser habe in Kenntnis seines Widerspruchsrechtes dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH nicht widersprochen und diese dauerhaft als seine Arbeitgeberin akzeptiert.

38

Der Kläger hat auch sonst keine Umstände gesetzt, die das Vertrauen der Beklagten in eine Nichtausübung seines Widerspruchsrechtes hätten rechtfertigen können. So hat er insbesondere nicht selbst über eine Beendigung seines Arbeitsverhältnisses disponiert, indem er beispielsweise eine Vertragsänderung oder einen Aufhebungsvertrag mit der A GmbH vereinbart oder eine von dieser nach dem Betriebsübergang erklärte Kündigung hingenommen hätte. Die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses am 31. Dezember 2005 war lediglich die Folge der bereits vor dem Betriebsteilübergang mit der Beklagten am 18. Dezember 2003/12. Januar 2004 geschlossenen Vereinbarung.

39



- III. Die Zahlungsklage ist begründet. 40
1. Die Beklagte hat die der Höhe nach unstreitigen Ansprüche des Klägers auf Abfindung und Jahressonderzahlung zu erfüllen, weil sie auch nach dem 1. November 2004 Arbeitgeberin des Klägers geblieben ist. 41
2. Ansprüche auf Arbeitsentgelt ab Mai 2005 hat die Beklagte unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Annahmeverzuges, § 611 Abs. 1 iVm. § 615 Satz 1 BGB, zu erfüllen. Die Beklagte befand sich wegen der Rückwirkung des vom Kläger mit Schreiben vom 23. Juni 2005 erklärten Widerspruches gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH ab dem 1. November 2004 (Zeitpunkt des Betriebsteilüberganges) in Annahmeverzug. Somit war sie verpflichtet, bereits vor dem Angebot der Arbeitsleistung durch den Kläger in seinem Schreiben vom 23. Juni 2005 nach § 615 BGB die Entgeltansprüche des Klägers zu erfüllen, soweit er nicht während dieses Zeitraumes von der A GmbH Arbeitsentgelt erhalten hatte, § 615 Satz 2 BGB. 42
- a) Der Widerspruch des Klägers mit Schreiben vom 23. Juni 2005 führt dazu, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien ununterbrochen fortbesteht, weil der Widerspruch auf den Zeitpunkt des Betriebsüberganges zurückwirkt. 43
- aa) 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 (*Senat 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - 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*). 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 - aaO; 30. Oktober 2003 - 8 AZR 491/02 - aaO*). Dies gilt auch dann, wenn der Widerspruch erst 44



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 Überganges 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 5. Aufl. § 613a Rn. 120*). Bereits hieraus ist zu schließen, dass nach der Vorstellung des Gesetzgebers ein Widerspruch auch noch nach dem Betriebsübergang möglich ist.

bb) Der Widerspruch wirkt auf den Zeitpunkt des Betriebsüberganges zurück. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (*13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - aaO; 22. April 1993 - 2 AZR 50/92 - AP BGB § 613a Nr. 103 = EzA BGB § 613a Nr. 111*). 45

b) Die Beklagte befand sich ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs mit der Annahme der Dienste des Klägers in Verzug (§ 615 Satz 1 BGB). 46

aa) Der Kläger hat Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten Vergütung für Mai 2005 bis zum Zugang seines Widerspruchsschreibens vom 23. Juni 2005. Die Beklagte war sich bereits vor Zugang dieses Schreibens in Annahmeverzug. 47

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gerät der Arbeitgeber sowohl bei einer ordentlichen als auch bei einer außerordentlichen Kündigung mit Beginn des Tages in Annahmeverzug, an dem das Arbeitsverhältnis nach dem Inhalt der Kündigung enden soll, soweit der Arbeitnehmer leistungsfähig und leistungsbereit ist. Der Arbeitgeber kommt bei einer Verweigerung der Weiterbeschäftigung seiner Pflicht zur Zuweisung der Arbeit und zur Bereithaltung eines funktionsfähigen Arbeitsplatzes nicht nach. Dies ist aber eine gemäß § 296 BGB nach dem Kalender bestimmte Mitwirkungshandlung, weil der Zeitpunkt durch den Ablauf der Kündigungsfrist bzw. den Zugang der 48



Kündigung aus wichtigem Grund festgelegt ist (*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*).

bb) Diese Rechtsprechung ist auf den Streitfall übertragbar. Erklärt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vor dem Betriebsübergang, dass eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit wegen des Wegfalles seines Arbeitsplatzes nicht mehr gegeben ist, 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.

Vorliegend hatte die Beklagte bereits in ihrem Unterrichtungsschreiben vom 22. Oktober 2004 erklärt, dass der bisherige Arbeitsplatz des Klägers bei ihr nicht mehr vorhanden sein werde und auch eine anderweitige Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bei ihr nicht bestehe. Sie befand sich damit ab dem Zeitpunkt des Betriebsüberganges in Annahmeverzug; eines Angebotes der Arbeitskraft durch den Kläger bedurfte (*vgl. Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 1020/06 -*) es nicht.

Die gesetzlichen Regelungen des Annahmeverzuges gehen davon aus, dass durch die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers bei einem anderen Arbeitgeber nicht zwangsläufig ein Unvermögen des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung iSd. § 297 BGB eintritt, welches einen Annahmeverzug ausschließt. So bestimmt § 615 Satz 2 BGB, dass sich der Dienstverpflichtete den Wert desjenigen anrechnen lassen muss, was er durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt. Diese Regelung führt auch dazu, Doppelansprüche des Arbeitnehmers gegen den Betriebsveräußerer und den Betriebserwerber, für welchen der Arbeitnehmer vorübergehend eine Arbeitsleistung erbracht hat, auszuschließen.

cc) Für die auf die Zeit ab Zugang des Widerspruchsschreibens vom 23. Juni 2005 bezogenen Zahlungsansprüche ergibt sich der Annahmeverzug der Beklagten aus § 295 Satz 1 BGB, da ihr der Kläger seine Arbeitsleistung in



diesem Schreiben ausdrücklich angeboten hatte und die Beklagte der ihr gemäß § 295 Satz 1 Var. 2 BGB obliegenden Mitwirkungshandlung, dem Kläger nach Zugang seines Schreibens einen neuen Arbeitsplatz innerhalb der von ihr geleiteten Betriebsorganisation zuzuweisen, nicht nachgekommen ist.

dd) Der Höhe nach sind die eingeklagten Vergütungsansprüche nebst den Zinsansprüchen unstreitig, so dass das Landesarbeitsgericht der Zahlungsklage auch insoweit zu Recht stattgegeben hat. 53

C. Die Beklagte hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen. 54

Hauck

Böck

Breinlinger

Eimer

Hickler

