

Aktenzeichen: 8 AZR 199/07
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 27. November 2008
- 8 AZR 199/07 -

I. Arbeitsgericht
Solingen

Urteil vom 17. März 2006
- 5 Ca 1835/05 lev -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 13. Dezember 2006
- 7 (18) Sa 477/06 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Betriebsübergang - Unterrichtung - Widerspruchsrecht - Verwirkung

Gesetze:

BGB §§ 242, 295, 296, 297, 611, 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 - und 27. November 2008 - 8 AZR 1021/06 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 199/07
7 (18) Sa 477/06
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 13. Dezember 2006 - 7 (18) Sa 477/06 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Ansprüche aus einem Arbeitsverhältnis. 1

Der Kläger war seit dem 1. Februar 1968 bei der Beklagten beschäftigt, 2
zuletzt als Werkleiter des Betriebes in R. Dieser Betrieb gehörte zum Geschäftsbereich „Consumer Imaging“ (CI), in welchem die Beklagte wegen Umsatzrückganges zwecks Kostenreduzierung Personalabbaumaßnahmen, zB mittels Vorruhestands- bzw. Altersteilzeitvereinbarungen, durchgeführt hatte.

Am 2. Dezember 2003 schlossen die Parteien einen Aufhebungsvertrag, in dem es ua. heißt: 3

„...“

wird aus Anlass des bevorstehenden Wegfalls des Arbeitsplatzes von Herrn W folgender Aufhebungsvertrag geschlossen:

1. Das Arbeitsverhältnis zwischen der A AG und Herrn W wird auf Veranlassung der A AG aus betriebsbedingten Gründen unter Einhaltung der dafür geltenden Kündigungsfrist im gegenseitigen Einvernehmen zum

30. Juni 2005

beendet. Zum gleichen Zeitpunkt endet die Entgeltzahlung.

2. Bis zu diesem Zeitpunkt verbleibt es bei den gesetzlichen und arbeitsvertraglichen Rechten und



Pflichten, soweit nicht nachstehend etwas Abweichendes vereinbart ist.

3. Für den Fall, dass es zum Abschluss dieses Aufhebungsvertrages nicht gekommen wäre, hätte die A AG einseitig die betriebsbedingte Kündigung aussprechen müssen.
4. Zum Ausgleich der durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehenden Nachteile erhält Herr W eine Abfindung nach Maßgabe des am 21.11.2003 zustande gekommenen Sozialplans sowie eine Abfindungs-Aufstockungsleistung nach den gültigen Regelungen der Agfa-Gevaert AG. ...“

In einem Schreiben vom 10. Dezember 2003 teilte die Beklagte dem
Kläger ua. mit:

4

„...“

gemäß Aufhebungsvertrag endet Ihr Arbeitsverhältnis mit der A AG aus dringenden betrieblichen Gründen am 30. Juni 2005. In diesem Zusammenhang halten wir folgendes fest:

...

2. Zum Ausgleich der durch die von uns ausgesprochenen Kündigung des Arbeitsverhältnisses entstehenden Nachteile erhalten Sie eine Abfindung.

Unter Anrechnung darüber hinausgehender Entschädigungen/Leistungen des Unternehmens sowie Leistungen Dritter, wie z. B. Arbeitslosengeld, Arbeitslosenhilfe, Krankengeld, Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung, zwischenzeitlich zugesprochener gesetzlicher Rente sowie Bezügen aus anderweitiger beruflicher Tätigkeit, erhalten Sie eine Gesamtleistung

von brutto insgesamt 157.883,00 €.

Diese Gesamtleistung setzt sich zusammen aus

einer monatlichen Leistung vom 1. Juli 2005 bis 31. Januar 2008 in Höhe von 5.093,00 brutto €.

Abweichungen von den monatlichen Beträgen während der o. g. Laufzeit können sich gem. Pkt. 2 Absatz 2 ergeben.

Am Ende des Zahlungszeitraumes erfolgt die genaue Abrechnung mit etwaiger Nachzahlung oder Rück-



forderung.

...

3. Außerdem erhalten Sie eine weitere Einmalzahlung in Höhe von 59.653,17 € brutto. Diese zahlen wir Ihnen wahlweise am 31. Juli 2005 abgezinst in Höhe von 51.340,00 € brutto oder am 29. Februar 2008 in voller Höhe aus. Sie können sich diesen Betrag auch verrenten lassen. Die hieraus resultierende Firmenrente beträgt 351,40 € brutto mtl. ab Eintritt des Versorgungsfalles. Sie teilen uns Ihre Entscheidung auf beigefügter Erklärung spätestens 2 Monate vor Austritt mit.

Im Monat vor Austritt aktualisieren wir diese Einmalzahlungen in Bezug auf das aktuelle Funktionseinkommen.

...“

Für den Betrieb der Beklagten gilt eine Gesamtbetriebsvereinbarung zu den Rahmenbedingungen eines Bonus-Planes für die außertariflichen Angestellten der A AG vom 5. Januar 2004.

5

Diese lautet - soweit hier von Interesse -:

6

„...“

2. Grundsätzliches

- 2.1. Die Mitarbeiter nehmen am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens durch Erhalt eines Bonus teil.

Grundlage und Rahmen dieser Gesamtbetriebsvereinbarung bildet die konzernweit geltende jeweilige Bonus-Richtlinie; z. Z. Bonusrichtlinie 2003.

- 2.2. Der Bonus ist eine freiwillige, variable Vergütungskomponente, die zusätzlich zum vertraglichen Arbeitsentgelt für das vergangene Geschäftsjahr (z. Z. Kalenderjahr) gezahlt wird.

...

4. Auszahlung des Bonus

...

- 4.2. Mitarbeiter, deren Arbeitsverhältnis im Laufe eines Kalenderjahres endet, erhalten den Bonus zeitnah zum Austrittstermin ausbezahlt



(Ausnahmen s. Protokollnotiz). Sofern keine abweichenden Regelungen getroffen werden, wird ein Unternehmenszielerreichungsgrad von 100 % zu Grunde gelegt.

...

Unter dem Datum 26. Juli 2004 teilte die Beklagte dem Kläger schriftlich mit, dass seine Sondervergütung für das Jahr 2004 25.340,00 Euro brutto betrage und beschlossen worden sei, für das Jahr 2004 den Zielbonus bei 100 % Zielerfüllung auf 9 % seines individuellen Funktionseinkommens festzulegen. Mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 unterrichtete die Beklagte den Kläger über eine zum 1. November 2004 geplante Übertragung des Geschäftsbereichs CI auf die A GmbH. Dieses Schreiben lautet auszugsweise:

„...“

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 § 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

7



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.

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 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.

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 schrift-



lich 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. ...“

Der Kläger widersprach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses von der Beklagten auf die A GmbH zunächst nicht. Diese erfüllte anfangs auch alle vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Kläger. Im Mai 2005 stellte die A GmbH Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Ab dem Monat Mai 2005 erhielt der Kläger dann keine Leistungen mehr von der A GmbH. Er widersprach daraufhin mit anwaltlichem Schreiben vom 17. Juni 2005 sowohl gegen-

8



über der Beklagten als auch gegenüber der A GmbH und dem vorläufigen Insolvenzverwalter dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH. Diesen Widerspruch begründete er mit einer nicht den Erfordernissen des § 613a Abs. 5 BGB entsprechenden Unterrichtung über den Betriebsübergang. So habe insbesondere die Information über die finanzielle Ausstattung der A GmbH nicht der Realität entsprochen. Gleichzeitig bot er seine Arbeitskraft der Beklagten „rückwirkend“ an und erklärte gleichzeitig seine Bereitschaft, diese auch „sowohl in der Vergangenheit als auch zukünftig für die A GmbH zu erbringen“. Weiter heißt es in dem Schreiben:

„Bis auf weiteres wird unser Mandant bis zu seinem Ausscheiden am 30.06.2005 unter Vorbehalt seine Arbeitsleistung für die A GmbH erbringen.“

Mit Schreiben vom 14. April 2005 und nach Aktualisierung des Auszahlungsbetrages durch die Beklagte am 27. Juni 2005 nochmals mit Schreiben vom 27. Juni 2005 hatte der Kläger von der A GmbH die Auszahlung der Einmalzahlung verlangt. Den Zugang des Schreibens vom 14. April 2005 bestreitet die Beklagte.

Nachdem die A GmbH den Kläger unter dem Datum 27. Juni 2005 schriftlich darauf hingewiesen hatte, dass sie wegen des gestellten Insolvenzantrages derzeit keine Zahlungen leisten könne, wurde am 1. August 2005 über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet.

Der Kläger meint, sein Arbeitsverhältnis sei nicht auf die A GmbH im Wege eines Betriebsteilüberganges übergegangen, weil er im Juni 2005 dem Betriebsübergang wirksam widersprochen habe. Da er über den bevorstehenden Betriebsteilübergang nicht ordnungsgemäß gem. § 613a Abs. 5 BGB unterrichtet worden sei, habe die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht zu laufen begonnen. Das Unterrichtungsschreiben vom 22. Oktober 2004 enthalte keinen Hinweis auf die Haftungsverteilung gem. § 613a Abs. 2 BGB zwischen der Beklagten und der A GmbH und sei auch bezüglich der Angaben über die finanzielle Ausstattung der A GmbH unzutreffend. Die Beklagte schulde ihm daher die ordnungsgemäße Abwicklung

9

10

11

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



der mit ihm geschlossenen Vereinbarungen. Ihm stünden die in Ziff. 2 der Zusage vom 10. Dezember 2003 ausgewiesenen monatlichen Zahlungen, der Zielbonus für das Jahr 2004 iHv. 1.291,96 Euro brutto, der Zielbonus für das Jahr 2005 iHv. 5.702,00 Euro brutto, die abgezinste Abfindung iHv. aktuell 54.193,00 Euro brutto, Arbeitsentgelt für die Monate Mai und Juni 2005 iHv. monatlich 8.447,00 Euro brutto abzüglich des erhaltenen Insolvenzgeldes sowie eine anteilige Sondervergütung für das Jahr 2005 iHv. 12.670,00 Euro brutto zu. Für den Zeitraum Juli bis Dezember 2005 macht der Kläger wegen anrechenbaren Zwischenerwerbs keine Aufstockungsbeiträge geltend. Für den Monat Januar 2006 lässt er sich anteilig gezahltes Überbrückungsgeld sowie anteilig gezahltes Arbeitslosengeld in unstreitiger Höhe anrechnen.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

12

1. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Verpflichtungen aus der Früheruhestandsvereinbarung vom 2. Dezember/10. Dezember 2003 in der aktualisierten Fassung vom 27. Juni 2005 zu erfüllen, nämlich eine Gesamtleistung von 168.175,00 Euro in dem Zeitraum vom 1. Juli 2005 bis 31. Januar 2008 zu zahlen abzgl. eventueller Leistungen von Arbeitslosengeld, Arbeitslosenhilfe, Krankengeld, Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung, zwischenzeitlich zugesprochener Rente, insbesondere des weiteren unter Übernahme der Krankenversicherungsbeiträge als Bruttobetrag für den vorgenannten Zeitraum sowie gemäß Ziffer 7. der Vereinbarung, die Weiterentwicklung der betrieblichen Altersversorgung und Dynamisierung vorzunehmen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger entsprechend der Früheruhestandsvereinbarung die Aufstockungsbeiträge
 - a) für den Monat Januar 2006 5.104,77 Euro brutto abzüglich anteilig vom 4. Januar 2006 bis zum 31. Januar 2006 gezahlten Arbeitslosengeldes von 1.744,69 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hinaus ab dem 1. Februar 2006 zu zahlen,
 - b) für die Monate Februar und März 2006 jeweils



- 5.424,09 Euro brutto abzüglich jeweils für Februar 2006 und März 2006 gezahlten Arbeitslosengeldes iHv. monatlich 1.869,60 Euro netto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus ab dem 1. März 2006, bzw. 1. April 2006 zu zahlen,
- c) zukünftig ab dem 1. April 2006 monatlich 5.424,09 Euro brutto abzüglich jeweils zu zahlenden Arbeitslosengeldes iHv. monatlich 1.869,60 Euro bis einschließlich zum 31. Januar 2008 zu zahlen,
3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger eine Abfindung iHv. 54.193,00 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. August 2005 zu zahlen,
4. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger Arbeitsentgelt iHv.
- a) 8.447,00 Euro brutto für den Monat Mai 2005 abzüglich für die Zeit vom 1. Mai 2005 bis 31. Mai 2005 gezahlten Insolvenzgeldes iHv. 3.309,41 Euro netto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 1. Juni 2005 zu zahlen,
- b) 8.447,00 Euro brutto für den Monat Juni 2005 abzüglich für die Zeit vom 1. Juni 2005 bis 30. Juni 2005 gezahlten Insolvenz- und Arbeitslosengeldes iHv. 3.926,79 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 1. Juli 2005 zu zahlen,
5. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen Bonus für das Jahr 2004 iHv. 1.291,96 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 1. Mai 2005 zu zahlen,
6. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen Bonus für das Jahr 2005 anteilig iHv. 5.702,00 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 1. Juli 2005 zu zahlen,
7. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger eine anteilige Sondervergütung für das Jahr 2005 iHv. 12.670,00 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem



1. Juli 2005 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

13

Sie vertritt die Auffassung, das Arbeitsverhältnis des Klägers sei am 1. November 2004 im Wege eines Betriebsteilüberganges auf die A GmbH übergegangen, da dieser dem Übergang nicht innerhalb eines Monats nach Zugang des Unterrichtungsschreibens vom 22. Oktober 2004 widersprochen habe. Die schriftliche Information des Klägers habe den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB genügt.

14

Auch wenn das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht auf die A GmbH übergegangen sein sollte, fehle es für die geltend gemachten Vergütungsansprüche des Klägers am Vorliegen des Annahmeverzuges. Ihr Schreiben vom 10. Dezember 2003 enthalte eine einseitige Leistungszusage an den Kläger, welche an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses geknüpft gewesen sei. Der Abschluss eines Frühergestandsvertrages sei nicht beabsichtigt gewesen.

15

Ein Anspruch des Klägers auf Zahlung der abgezinsten Abfindung scheitere daran, dass er die erforderliche Vorankündigungsfrist nicht gewahrt habe. Für das Jahr 2005 könne der Kläger keine Bonuszahlung verlangen, weil er in diesem Jahr für die Beklagte keine Arbeitsleistung erbracht habe. Darüber hinaus schieden Bonusansprüche nach dem 1. November 2004 auch deswegen aus, weil es nach dem 1. November 2004 keinerlei operatives Geschäft mehr im Bereich CI bei der Beklagten gegeben habe, an dessen Unternehmensergebnis der Kläger im Wege eines Bonusanspruches hätte beteiligt werden können.

16

Das Arbeitsgericht hat der Klage im jetzt noch streitigen Umfange 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.

17



Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht 18
hat der Klage - soweit diese noch Gegenstand des Berufungsverfahrens war -
zu Recht stattgegeben.

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie 19
folgt begründet:

Das Unterrichtungsschreiben der Beklagten vom 22. Oktober 2004 über 20
den ab 1. November 2004 vorgesehenen Betriebsteilübergang habe nicht den
gesetzlichen Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB entsprochen. So hätten
insbesondere Angaben über die gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten
und der A GmbH gem. § 613a Abs. 2 BGB gefehlt. Wegen der Fehlerhaftigkeit
der Unterrichtung habe die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6
Satz 1 BGB für den Kläger nicht zu laufen begonnen, so dass dessen Wider-
spruch vom Juni 2005 gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die
A GmbH noch rechtzeitig gewesen sei. Sein Widerspruchsrecht sei auch nicht
verwirkt gewesen. Wegen der rückwirkenden Wirkung des Widerspruches habe
das Arbeitsverhältnis des Klägers über den 1. November 2004 hinaus mit der
Beklagten fortbestanden. Dem Kläger stünden für die Monate Mai und Juni
2005 die geltend gemachten Vergütungsansprüche deshalb zu, weil sich die
Beklagte im Annahmeverzug befunden habe. Sie müsse sich das tatsächliche
Arbeitsangebot des Klägers gegenüber der Betriebserwerberin zurechnen
lassen. Hinzu komme, dass die Beklagte dem Kläger im Unterrichtungs-
schreiben vom 22. Oktober 2004 ausdrücklich erklärt habe, für ihn bestünde im
Falle eines Widerspruches gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses
auf die A GmbH keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in ihrem Unternehmen
mehr. Daher verhalte sie sich widersprüchlich, wenn sie sich nunmehr auf das
Fehlen eines ihr gegenüber erklärten Arbeitsangebotes durch den Kläger
berufe.



Zur Zahlung der vom Kläger geforderten Aufstockungsbeiträge sei die Beklagte aufgrund der mit dem Kläger getroffenen Früherbestandsvereinbarung verpflichtet. Der Kläger habe das im Schreiben der Beklagten vom 10. Dezember 2003 enthaltene Vertragsangebot formlos und konkludent angenommen.

21

Die geforderten Bonuszahlungen für 2004 und 2005 stünden dem Kläger aufgrund der Gesamtbetriebsvereinbarung vom 5. Januar 2004 zu. Schließlich habe der Kläger auch Anspruch auf Zahlung der abgezinsten Abfindung gemäß der im Schreiben der Beklagten vom 10. Dezember 2003 festgehaltenen Vereinbarung. Es könne dahinstehen, ob der Hinweis in der Vereinbarung „Sie teilen uns Ihre Entscheidung auf beigefügter Erklärung spätestens 2 Monate vor Austritt mit“ einen Anspruch des Klägers wegen verspäteter Geltendmachung ausschließen könne. Die Beklagte habe nämlich dem Sachvortrag des Klägers, es sei betriebsüblich gewesen, dass die Mitarbeiter nach der Mitteilung des aktualisierten Abfindungsbetrages nochmals ihr Wahlrecht hinsichtlich der Auszahlung der abgezinsten Abfindung geltend machen durften, nicht widersprochen.

22

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

23

I. Die Feststellungsklage ist zulässig.

24

Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dass der Kläger ein rechtliches Interesse iSv. § 256 Abs. 1 ZPO an der alsbaldigen gerichtlichen Feststellung hat, dass die Beklagte die Verpflichtungen aus den vertraglichen Vereinbarungen vom 2. Dezember 2003 und 10. Dezember 2003 zu erfüllen hat.

25

Dieses Interesse folgt insbesondere daraus, dass sich die Beklagte für die Ansprüche des Klägers wegen des vermeintlichen Überganges seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH im Wege eines Betriebsteilüberganges (§ 613a Abs. 1 BGB) für nicht mehr passivlegitimiert hält. Daher ist die Feststellungsklage geeignet, die zwischen den Parteien vor allem streitige Rechts-

26



frage zu klären, ob zwischen ihnen über den 1. November 2004 hinaus ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, aufgrund dessen dem Kläger noch Leistungen zustehen. Insbesondere ist die Feststellungsklage auch geeignet klarzustellen, inwieweit die Beklagte, als letzte Arbeitgeberin des Klägers, verpflichtet ist, die Erhöhung seiner betrieblichen Versorgungsleistungen gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 1 BetrAVG vorzunehmen (*Ziff. 7 des Schreibens der Beklagten vom 10. Dezember 2003*).

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Kläger einzelne Ansprüche aus den mit der Beklagten getroffenen Vereinbarungen bereits mittels Leistungsklage geltend macht. Da sich aus den Vertragsbeziehungen künftig weitere Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte ergeben können, bleibt dessen rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung trotz der bereits erfolgten Zahlungsklage weiter bestehen. 27

II. Die Feststellungsklage ist begründet. 28

Die Beklagte ist verpflichtet, die Ansprüche des Klägers aus den mit diesem am 2. Dezember 2003 und 10. Dezember 2003 getroffenen Vereinbarungen zu erfüllen. 29

1. Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, dass die Parteien eine vertragliche Regelung über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses zum 30. Juni 2005 getroffen haben, verbunden mit einer Vereinbarung über von der Beklagten zu erbringende monatliche Leistungen vom 1. Juli 2005 bis 31. Januar 2008. Das Landesarbeitsgericht hat die im Schreiben der Beklagten vom 10. Dezember 2003 enthaltene Zusage über Leistungen an den Kläger nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses als Angebot (§ 145 BGB) zum Abschluss einer „Abwicklungsvereinbarung“ gewertet, welche der Kläger formlos und konkludent angenommen habe (§ 151 BGB). 30

Die Auslegung solcher nichttypischer Willenserklärungen der Parteien durch das Berufungsgericht ist in der Revisionsinstanz nur darauf überprüfbar, ob sie gegen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verstößt oder 31



wesentliche Umstände unberücksichtigt lässt und ob sie rechtlich möglich ist (st. Rspr., vgl. BAG 13. Dezember 2006 - 10 AZR 787/05 - AP ZPO § 278 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 779 Nr. 3 mwN). Solche Auslegungsfehler lässt das Urteil des Landesarbeitsgerichts nicht erkennen und sind von der Revision auch nicht behauptet.

2. Zwischen den Parteien hat auch über den 1. November 2004, dem 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 erst entsprechend dem zwischen den Parteien geschlossenen Aufhebungsvertrag vom 2. Dezember 2003 zum 30. Juni 2005 beendet worden. Der von der Beklagten behauptete Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH hat nicht stattgefunden, weil der Kläger einem solchen Übergang gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB mit Schreiben vom 17. Juni 2005 wirksam widersprochen hat. 32
3. Der Kläger hat seinen Widerspruch formgerecht erklärt. Die Schreiben seiner Anwälte vom 17. Juni 2005 genügen dem Schriftformerfordernis des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB. Sie waren auch an die richtigen Adressaten, nämlich an die Beklagte, die alte Arbeitgeberin des Klägers, und die A GmbH, die neue Betriebsinhaberin, gerichtet, § 613a Abs. 6 Satz 2 BGB. 33
4. Der Widerspruch ist auch fristgerecht erklärt worden. 34
- a) Nur aufgrund 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 entsprechende Unterrichtung voraus. Im Übrigen ergibt sich dies auch zwingend 35



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). 36

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. 37

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*). 38

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 Verpflichtungen nach § 613a Abs. 1 BGB haftet, soweit sie vor dem Zeitpunkt 39



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.

40

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 Umfange 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.

41

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.

42



5. 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*). 43
6. Der Kläger hat sein Recht, den Widerspruch zu erklären, nicht verwirkt. 44
- 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*). 45
- 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. 46



Im Zeitraum zwischen dem Zugang des Unterrichtungsschreibens vom 22. Oktober 2004 und dem Zugang des Widerspruchsschreibens des Klägers vom 17. Juni 2005 war keine Verwirkung eingetreten, weil das Umstandsmoment nicht gegeben ist. 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 -*).

47

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 lässt, 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.

48

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 30. Juni 2005 war lediglich die Folge des bereits vor dem Betriebsteilübergang mit der Beklagten am 2. Dezember 2003 geschlossenen Aufhebungsvertrages.

49



- III. Die Klage auf Entgeltzahlung für die Monate Mai und Juni 2005 ist in der geltend gemachten Höhe begründet. 50
1. 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 17. Juni 2005 erklärten Widerspruches gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH ab dem 1. November 2004 (*Zeitpunkt des Betriebsteilüberganges*) im Annahmeverzug. Somit war sie verpflichtet, bereits vor dem Angebot der Arbeitsleistung durch den Kläger in seinem Schreiben vom 17. 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. 51
- a) Der Widerspruch des Klägers mit Schreiben vom 17. Juni 2005 führt dazu, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien ununterbrochen fortbesteht, weil der Widerspruch auf den Zeitpunkt des Betriebsüberganges zurückwirkt. 52
- 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 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 53



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*). 54

b) Die Beklagte befand sich ab dem Zeitpunkt des Betriebsüberganges mit der Annahme der Dienste des Klägers in Verzug (§ 615 Satz 1 BGB). 55

aa) Der Kläger hat Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten Vergütung für Mai 2005 bis zum Zugang seines Widerspruchsschreibens vom 17. Juni 2005. Die Beklagte befand sich bereits vor Zugang dieses Schreibens in Annahmeverzug. 56

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 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*; 57



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.

58

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, ohne dass es noch eines Angebotes der Arbeitskraft durch den Kläger bedurfte (vgl. Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 1020/06 -).

59

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.

60

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

61



IV. Die Klage auf Zahlung der monatlichen Aufstockungsbeiträge bis 31. Januar 2008 gemäß den zwischen den Parteien am 2. Dezember 2003 und 10. Dezember 2003 getroffenen Vereinbarungen ist zulässig und begründet. 62

1. Der Einwand der Revision, diese Klage sei eine solche auf künftige Leistungen und unzulässig, weil die für eine solche Klage erforderlichen Voraussetzungen nicht vorlägen, ist gegenstandslos geworden. Zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht waren nämlich die bis 31. Januar 2008 eingeklagten Leistungen fällig geworden, so dass keine Klage auf künftige Leistungen mehr vorliegt (*allgemeine Meinung; vgl. RG 24. März 1916 - Rep. VII 441/15 - RGZ 88, 178; Thomas/Putzo ZPO 29. Aufl. § 257 Rn. 1*). 63

2. Seine Anspruchsgrundlage finden die geltend gemachten, der Höhe nach unstreitigen Ansprüche in den zwischen den Parteien am 2. Dezember 2003 und 10. Dezember 2003 getroffenen Vereinbarungen über die Gewährung monatlicher Leistungen vom 1. Juli 2005 bis 31. Januar 2008 durch die Beklagte an den Kläger. 64

V. Die Klage auf die von der Beklagten zugesagte abgezinstе Abfindung in unstreitiger Höhe ist begründet. 65

Die Zusage der Beklagten vom 10. Dezember 2003 enthält folgende Formulierung: 66

„Außerdem erhalten Sie eine weitere Einmalzahlung in Höhe von 59.635,17 Euro brutto. Diese zahlen wir Ihnen wahlweise am 31. Juli 2005 abgezinst iHv. 51.340,00 Euro brutto oder am 29. Februar 2008 in voller Höhe aus. Sie können sich diesen Betrag auch verrenten lassen. Die hieraus resultierende Firmenrente beträgt 351,40 Euro brutto mtl. ab Eintritt des Versorgungsfalles. Sie teilen uns Ihre Entscheidung auf beigefügter Erklärung spätestens zwei Monate vor Austritt mit.“

Unstreitig hat der Kläger die Erklärung, er verlange die abgezinstе Abfindung, mit Schreiben vom 27. Juni 2005, also später als zwei Monate vor der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses am 30. Juni 2005, der Beklagten 67



gegenüber abgegeben. Wie das Landesarbeitsgericht - ohne dass diesbezüglich eine förmliche Revisionsrüge der Beklagten vorliegt - festgestellt hat, war es bei der Beklagten betriebsüblich, dass die Mitarbeiter nach der Mitteilung des aktualisierten Abfindungsbetrages nochmals ihr Wahlrecht hinsichtlich der Auszahlung einer abgezinsten Abfindung geltend machen durften. An diese Feststellungen ist der Senat gebunden, so dass sich die Beklagte treuwidrig (*Verstoß gegen § 242 BGB*) verhält, wenn sie sich im Falle des Klägers im Gegensatz zu ihrer sonstigen Verhaltensweise auf die Nichteinhaltung der 2-Monats-Frist beruft, nachdem dem Kläger mit Schreiben vom 27. Juni 2005 eine Neuberechnung der abgezinsten Abfindungszahlung (54.193,00 Euro) übersandt worden war (*Verbot des „venire contra factum proprium“*).

Auf die streitige Frage, ob das Geltendmachungsschreiben des Klägers vom 14. April 2005 bezüglich einer abgezinsten Abfindung iHv. 51.340,00 Euro entsprechend dem in der Zusage vom 10. Dezember 2003 genannten Betrag der Beklagten zugegangen war, kommt es deshalb nicht entscheidungserheblich an.

VI. Die Klage auf Bonuszahlung für die Jahre 2004 und 2005 ist begründet.

Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht die Anspruchsgrundlage für diese Ansprüche in der Gesamtbetriebsvereinbarung vom 5. Januar 2004 gesehen.

Der Einwand der Revision, ein Anspruch auf die Bonuszahlung scheitere bereits daran, dass die Beklagte ab dem 1. November 2004, dem Zeitpunkt des Überganges des Geschäftsbereiches CI auf die A GmbH, kein operatives Geschäft mehr betrieben habe, greift nicht durch.

Auf das Arbeitsverhältnis des Klägers fand bis zu dessen Beendigung am 30. Juni 2005 die Gesamtbetriebsvereinbarung vom 5. Januar 2004 Anwendung. Ziff. 4.2. dieser Betriebsvereinbarung bestimmt, dass Mitarbeiter, deren Arbeitsverhältnis im Laufe eines Kalenderjahres endet, den Bonus „zeitnah zum Austrittstermin“ ausgezahlt erhalten und dass, sofern keine abweichenden Regelungen getroffen werden, ein Unternehmenszielerreichungsgrad von 100 % zugrunde gelegt wird. Von letzterem ist das Landesarbeits-



gericht ausgegangen. Dass eine „abweichende Regelung“ iSd. Ziff. 4.2. der Gesamtbetriebsvereinbarung getroffen worden sei, hat die Beklagte nicht konkret vorgetragen. Allein der Übergang des operativen Geschäftes des Geschäftsbereiches CI auf die A GmbH am 1. November 2004 setzt die für alle Beschäftigten der Beklagten, zu denen bis 30. Juni 2005 auch der Kläger gehörte, geltenden Regelungen der Gesamtbetriebsvereinbarung für die in diesem Geschäftsbereich tätigen Mitarbeiter nicht außer Kraft. Dazu hätte es einer Änderung der Gesamtbetriebsvereinbarung bedurft. Auch hat die Beklagte selbst in ihrem Unterrichtungsschreiben vom 22. Oktober 2004 gegenüber dem Kläger ausdrücklich erklärt, dass „bei Bonus/VUEK“ für den Zeitraum ab 1. Januar 2004 die Mitarbeiter von A GmbH so behandelt werden, als seien sie Mitarbeiter der A AG. Weiter hat die Beklagte erklärt, wenn der Vorstand eine solche Zahlung beschließe, werde sie entsprechend auch bei A GmbH erfolgen.

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

73

Hauck

Böck

Breinlinger

Eimer

Hickler

