

Aktenzeichen: 8 AZR 230/07
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 27. November 2008
- 8 AZR 230/07 -

I. Arbeitsgericht
Solingen

Urteil vom 14. Juni 2006
- 3 Ca 577/06 lev -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 20. Dezember 2006
- 7(8) Sa 730/06 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Betriebsübergang - Unterrichtung - Widerspruch - Verwirkung

Gesetze:

BGB § 242, § 613a Abs. 1, 2, 5 und 6

Leitsätze:

keine

Hinweise des Senats:

Nachfolge-Sache zu - 8 AZR 755/07 - vom 24. Juli 2008; Parallelsache zu
- 8 AZR 199/07 - vom 27. November 2008



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 230/07
7 (8) Sa 730/06
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
27. November 2008

URTEIL

Diederich, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

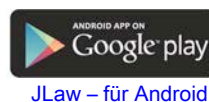
pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen
Verhandlung vom 27. November 2008 durch den Vorsitzenden Richter am



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



Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Eimer und Hickler für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 20. Dezember 2006 - 7 (8) Sa 730/06 - aufgehoben und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Solingen vom 14. Juni 2006 - 3 Ca 577/06 lev - teilweise abgeändert und in Ziff. 7 wie folgt neu gefasst:

7. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.288,30 Euro brutto (tarifliche Jahresleistung 2005) nebst Zinsen hieraus iHv. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2006 zu zahlen.

Im Übrigen werden die Berufung und die Revision der Beklagten zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis infolge eines wirksamen Widerspruchs des Klägers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH besteht sowie um die Frage, ob die Beklagte ab Dezember 2005 wegen Annahmeverzuges zur Lohnzahlung an den Kläger verpflichtet ist.

Der Kläger war seit 1962 bei der A AG gegen ein Bruttomonatsentgelt von zuletzt 4.516,30 Euro beschäftigt. Die A AG ist seit dem 27. Dezember 2006 unter Formwechsel eingetragen als die Beklagte. Der Kläger war im



Geschäftsbereich Consumer Imaging (CI) tätig, der die Geschäftsfelder Film, Finishing und Laborgeräte umfasste.

Die A AG musste sich schon seit Jahren mit Effektivierung, Rationalisierung, Personalabbau und Betriebsänderungen befassen. Für den Geschäftsbereich CI wurden zuletzt zwei Umstrukturierungsmaßnahmen in Angriff genommen: Zum einen ein Personalabbau, der die Schwellenwerte für eine Betriebsänderung nach den §§ 111 ff. BetrVG überschreiten sollte, zum anderen die Übertragung des Geschäftsbereichs CI auf die Tochterfirma A GmbH.

Das Arbeitsverhältnis des Klägers war nur von letzterem betroffen. Dazu wurde von Seiten der A AG beschlossen, den Geschäftsbereich CI auszugliedern und die dazugehörenden Betriebsstätten im Wege des Betriebsübergangs auf die A GmbH zu übertragen. Für die davon betroffenen Belegschaftsmitglieder fanden Informationsveranstaltungen statt. In diesen sowie in Mitarbeiterzeitschriften wurden die Arbeitnehmer über den bevorstehenden Betriebs- und Betriebsteilübergang sowie über die wirtschaftliche Situation unterrichtet. So wurden in Mitarbeitermagazinen von September 2004 das Eigenkapital der A GmbH mit 300 Mio Euro, ihre Barmittel mit 70 bis 72 Mio Euro beziffert.

Im Oktober 2004 erhielten die dem Geschäftsbereich CI zugeordneten Arbeitnehmer ein im Wesentlichen gleichlautendes Informationsschreiben zu der Übertragung des Geschäftsbereichs auf die A GmbH. Auch der Kläger erhielt ein solches auf den 22. Oktober 2004 datiertes Schreiben, das - wie üblich - in Einzelfragen auf seine konkrete arbeitsvertragliche Situation abgestimmt war. In Auszügen lautet dieses Schreiben:

„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.

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.

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 wird von dem geplanten Personalabbau gemäß Ziffer 4 nicht betroffen sein.

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 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 Ihrer Ansprüche auf Leistungen gegenüber der Agentur für Arbeit in Frage gestellt.

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

Die geplante Ausgliederung des Geschäftsbereichs CI aus der A AG und die Übertragung auf die A GmbH wurden zum 1. November 2004 durchgeführt. Der Kläger widersprach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH zunächst nicht. Nachdem jedoch für diese am 20. Mai 2005 In-

6



solvenzantrag gestellt worden war, wandte sich der Kläger am 1. Juli 2005 mit einem (standardisierten) Schreiben an die A AG, das auszugsweise lautet:

„ ich bin seit 1. April 1962 Mitarbeiter der A AG.

Unter Datum vom 22.10.2004 habe ich ein Schreiben bekommen, in dem mir der Übergang meines Arbeitsverhältnisses von der A AG auf die A GmbH zum 1. November 2004 angekündigt wurde.

Ich wurde in diesem Schreiben darauf hingewiesen, dass ich dem Übergang meines Arbeitsverhältnisses widersprechen könne. Für den Fall des Widerspruches müsste ich allerdings mit einer Kündigung meines Arbeitsverhältnisses durch die A AG rechnen.

Ich sah jedoch keinen Grund für einen Widerspruch, denn:

2.

Unter Ziffer 4 des Schreibens vom 22. Oktober 2004 wurde dann weiter ausgeführt, dass zwar an einer Kostenreduzierung gearbeitet werden müsse, von einer Insolvenzgefahr war aber keine Rede.

Nach dem gesamten Inhalt des Schreibens konnte ich davon ausgehen, dass das Unternehmen, auf das mein Arbeitsverhältnis übergehen sollte, sehr gut mit Kapital ausgestattet und mein Arbeitsplatz deshalb einigermaßen gesichert sei.

Da mein Entgelt für den Monat Mai 2005 nicht entrichtet worden ist, musste ich am 02.06.2005 einen Insolvenzgeld-Antrag stellen.

In weniger als 7 Monaten hat eine angeblich mit sehr hohem Eigenkapital und mit einer mehr als 120 Mio. Euro Liquidität ausgestattete Firma, einen Insolvenz-Antrag gestellt.

Die Informationen, die mir in dem o.g. Schreiben gegeben worden sind, waren offensichtlich unzutreffend. Marktrisiken sind zwar angesprochen aber wegen des hohen Eigenkapitals und der guten Liquidität als abgesichert bezeichnet worden.

Die Frist für einen Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB beginnt erst zu laufen, wenn die schriftliche Information nach § 613a Abs. 5 BGB vollständig und wahrheitsgemäß ist.

Das Informationsschreiben vom 22. Oktober 2004 entspricht nicht den gesetzlichen Anforderungen und löst



deshalb den Lauf der Widerspruchsfrist nicht aus.

Ich erwarte von Ihnen nunmehr eine vollständige und wahrheitsgemäße Information über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für mich (§ 613a Abs. 5 Ziffer 3 BGB).

Hierauf habe ich einen Rechtsanspruch.

Nach deren Eingang werde ich die Entscheidung treffen, ob ich dem Übergang widerspreche.

Für den Fall einer fehlerhaften Information behalte ich mir weitergehende Schadensersatzansprüche vor.“

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahren über das Vermögen der A GmbH am 1. August 2005 wurde der Kläger im „Restabwicklungsteam“ zunächst weiterbeschäftigt, ab dem 1. Dezember 2005 bezieht er Arbeitslosengeld iHv. monatlich 1.753,00 Euro.

Unter dem 8. Dezember 2005 ließ der Kläger durch Anwaltsschreiben gegenüber der A AG den Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH erklären und bot vorsorglich seine Arbeitskraft an. Am 20. Dezember 2005 kündigte der Insolvenzverwalter der A GmbH das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zum 31. März 2006. Dagegen hat der Kläger Kündigungsschutzklage erhoben.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, er habe im Dezember 2005 dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses noch widersprechen können, da er bis dahin nicht ausreichend und korrekt über den Betriebsübergang informiert worden sei. Das Informationsschreiben vom 22. Oktober 2004 habe weder einen Hinweis auf die Haftungsverteilung zwischen Veräußerer und Betriebserberwerber enthalten noch sei er über die wirtschaftliche Situation objektiv, vollständig und wahrheitsgemäß informiert worden. Dazu hat der Kläger behauptet, dem Vorstand der A AG sei die dramatisch angespannte wirtschaftliche Situation des Bereichs CI bekannt gewesen. Die Beklagte sei ihm auch zur Zahlung des Arbeitsentgelts seit Dezember 2005 wegen Annahmeverzuges verpflichtet. Ein tatsächliches Arbeitsangebot sei gem. § 296 BGB entbehrlich gewesen.



Nach teilweiser Rücknahme der Klage in der Revisionsinstanz hat der Kläger zuletzt beantragt,

10

1. festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Anstellungsvertragsverhältnis besteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 4.516,30 Euro brutto (Arbeitsentgelt Dezember 2005) abzüglich bezogenen Arbeitslosengeld in Höhe von 1.753,50 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2006 zu zahlen;
3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 4.516,30 Euro brutto (Arbeitsentgelt Januar 2006) abzüglich bezogenen Arbeitslosengeld in Höhe von 1.753,50 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Februar 2006 zu zahlen;
4. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 4.516,30 Euro brutto (Arbeitsentgelt Februar 2006) abzüglich bezogenen Arbeitslosengeld in Höhe von 1.753,50 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. März 2006 zu zahlen;
5. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 4.516,30 Euro brutto (Arbeitsentgelt März 2006) abzüglich bezogenen Arbeitslosengeld in Höhe von 1.753,50 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. April 2006 zu zahlen;
6. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 4.516,30 Euro brutto (Arbeitsentgelt April 2006) abzüglich bezogenen Arbeitslosengeld in Höhe von 1.753,50 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Mai 2006 zu zahlen;
7. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 4.288,30 Euro brutto (Weihnachtsgeld 2005) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2006 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat die Auffassung vertreten, mit dem Schreiben vom 22. Oktober 2004 sei der Kläger ordnungs-

11



gemäß informiert worden, auf die Haftungsregelung in § 613a Abs. 2 BGB habe nicht hingewiesen werden müssen, ein solcher Hinweis sei im Falle des Klägers auch überflüssig gewesen. Ebenso habe keine Verpflichtung zur Information über Details der finanziellen Ausstattung der Erwerberin bestanden. Der Widerspruch des Klägers vom Dezember 2005 sei folglich verspätet. Jedenfalls lägen die Voraussetzungen für eine Verwirkung des Widerspruchsrechts vor. Annahmeverzugslohn könne der Kläger - wenn überhaupt - erst ab dem Zugang seines Widerspruchsschreibens vom 8. Dezember 2005 beanspruchen. Ein Arbeitsangebot sei nicht entbehrlich gewesen, da der Veräußerer eine Entscheidung über die Annahme oder Ablehnung des Arbeitsangebots erst dann treffen könne, wenn er ein solches erhalten habe. Rückwirkend könne ein Leistungsverzug nicht eintreten.

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

12

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 Ansprüche auf Zahlung von Gehalt und Jahressondervergütung verlangen, weil sich die Beklagte seit dem 1. November 2004 in Annahmeverzug befunden hat.

13



A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, zwar sei der Betriebsteil, in dem der Kläger beschäftigt gewesen sei, auf die A GmbH übergegangen. Das Unterrichtungsschreiben der A AG vom 22. Oktober 2004 genüge jedoch nicht den Anforderungen, die an eine Information iSd. § 613a Abs. 5 BGB zu stellen seien. Denn die Beklagte habe den Kläger jedenfalls nicht hinreichend über die rechtlichen Folgen des Teilbetriebsübergangs unterrichtet. Der Gesetzesbegründung, der überwiegenden Meinung in der Literatur und der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sei zu entnehmen, dass zur Unterrichtung über die rechtlichen Folgen eines Betriebsübergangs ua. sowohl der Hinweis auf den Eintritt des Übernehmers über die Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB) als auch auf die gesamtschuldnerische Haftung des Übernehmers und des Veräußerers nach § 613a Abs. 2 BGB gehöre. Solche Informationen seien dem Schreiben vom 22. Oktober 2004 nicht zu entnehmen. Außerdem fehle in dem Unterrichtungsschreiben jegliche Information zu § 613a Abs. 4 BGB. Die Beklagte habe nicht darauf hingewiesen, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Übergangs eines Betriebs oder eines Betriebsteils unwirksam sei. Auch über die kündigungsrechtlichen Folgen des Betriebsübergangs sei indes zu belehren. Damit sei die Unterrichtung der Beklagten über den Betriebsübergang fehlerhaft gewesen und habe die einmonatige Widerspruchsfrist nach § 613a Abs. 6 BGB nicht in Lauf gesetzt. Der Kläger habe somit am 8. Dezember 2005 dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH noch wirksam widersprechen können, so dass zwischen den Parteien weiterhin ein Arbeitsverhältnis bestehe.

14

Der Kläger habe sein Recht zum Widerspruch auch nicht verwirkt. Es fehle schon am Zeitmoment. Erst ab Kenntnis des Arbeitnehmers von der Unvollständigkeit der Unterrichtung könne sich ein Vertrauen des Arbeitgebers aufbauen, der Arbeitnehmer werde von seinem Recht zum Widerspruch keinen Gebrauch mehr machen. Zweifel an der Richtigkeit der Unterrichtung hätten sich beim Kläger erst mit der Stellung des Insolvenzantrags für die A GmbH ergeben können. Bereits sechs Wochen später habe der Kläger jedoch die

15



Unrichtigkeit des Unterrichtungsschreibens gerügt. Jedenfalls fehle es am Umstandsmoment. Die tatsächliche Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses beim neuen Arbeitgeber reiche nach einer fehlerhaften Unterrichtung nicht aus, das Vertrauen des Betriebsveräußerers zu begründen, ein Widerspruch werde nicht mehr ausgeübt. Zudem habe die Beklagte den Kläger selbst im Unterrichtungsschreiben vom Oktober 2004 darauf hingewiesen, im Falle des Widerspruchs müsse er damit rechnen, seinen Arbeitsplatz ohne jede finanzielle Leistung zu verlieren. Die Beklagte verhalte sich widersprüchlich, wenn sie sich nunmehr darauf berufe, der Kläger habe durch seine Weiterarbeit bei der Erwerberin sein Widerspruchsrecht verwirkt. Ein vertrauensbildender Umstand sei auch nicht darin zu sehen, dass der Kläger gegenüber dem Arbeitsamt die Erwerberin als seine Arbeitgeberin angegeben habe. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Insolvenzverwalter der A GmbH vom 20. Dezember 2005 ginge ins Leere, da nach dem Widerspruch des Klägers sein Arbeitsverhältnis zur Beklagten von Anfang an als über den Zeitpunkt des Betriebsübergangs hinaus bestehend anzusehen sei.

Die Entgeltansprüche stünden dem Kläger gem. § 615 BGB zu, die Voraussetzungen des Annahmeverzuges lägen vor. 16

B. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 17

I. Das Arbeitsverhältnis des Klägers zu der Beklagten besteht über den Zeitpunkt des Betriebsteilüberganges auf die A GmbH fort. Der Kläger hat dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH formgerecht und wirksam widersprochen. Der Widerspruch des Klägers war nicht verspätet, denn die Beklagte hat ihn mit Schreiben vom 22. Oktober 2004 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. 18



1. Der Kläger hat den Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses formgerecht erklärt. Sein Schreiben vom 8. Dezember 2005 genügt dem Schriftformerfordernis nach § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB. 19
2. Nur eine ordnungsgemäße Unterrichtung setzt die Widerspruchsfrist in Gang. Weder durch eine unterbliebene noch durch eine nicht ordnungsgemäße Unterrichtung wird diese Frist ausgelöst (vgl. BAG 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - Rn. 16, BAGE 119, 91 = AP BGB § 613a Nr. 312 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 56; 24. Mai 2005 - 8 AZR 398/04 - zu II 2 c aa und bb der Gründe, BAGE 114, 374, 382 = AP BGB § 613a Nr. 284 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 35). 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. 20
3. Als Rechtsvorgängerin der Beklagten hat die A AG den Kläger mit dem Unterrichtungsschreiben vom 22. Oktober 2004 zwar korrekt über die Betriebsübernehmerin informiert, indem sie sie mit Firmenbezeichnung, ihrem Sitz und ihrer Anschrift so benannt hat, dass sie von den Adressaten identifizierbar war. Als Gegenstand des Betriebsübergangs hat sie den „Geschäftsbereich Consumer Imaging (CI)“ mit einer näheren Spezifikation unter Ziff. 2 des Informationsschreibens genannt und damit nach dem übereinstimmenden Verständnis der Parteien insoweit hinreichend deutlich gekennzeichnet. Ebenso hat sie über den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zum 1. November 2004 ordnungsgemäß unterrichtet (§ 613a Abs. 5 Nr. 1 BGB). Schließlich hat die A 21



AG den Grund für den Betriebsübergang iSd. § 613a Abs. 5 Nr. 2 BGB ausreichend benannt. Dabei hat sie es nicht bei der Angabe des Rechtsgrunds, 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 A AG die unternehmerischen Gründe für den Betriebsübergang zumindest schlagwortartig mitgeteilt, die sich im Falle eines Widerspruchs auf den Arbeitsplatz der Widersprechenden auswirken können (*BAG 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - zu II 1 b ee der Gründe, BAGE 119, 91 = AP BGB § 613a Nr. 312 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 56*). Damit wussten die informierten Arbeitnehmer, dass es bei der A AG keine CI-Arbeitsplätze mehr geben würde, die sie nach einem Widerspruch einnehmen könnten.

4. Dagegen wurde in dem Unterrichtungsschreiben vom 22. Oktober 2004 nicht ordnungsgemäß über die rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs für die Arbeitnehmer informiert (§ 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB). 22

a) 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, wenn Kündigungen sich abzeichnen, auf die kündigungsrechtliche Situation. Zu den beim Übernehmer geltenden Rechten und Pflichten gehört weiter die Anwendbarkeit tariflicher Normen und die Frage, inwieweit beim Veräußerer geltende Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durch beim Erwerber geltende Tarifverträge abgelöst werden (*BAG 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - zu II 1 b ff (1) der Gründe, BAGE 119, 91 = AP BGB § 613a Nr. 312 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 56; vgl. auch BT-Drucks. 14/7760 S. 19*). 23

Nach Inkrafttreten des § 613a Abs. 5 und 6 BGB müssen die Hinweise auf die Rechtsfolgen präzise sein und dürfen keinen juristischen Fehler ent- 24



halten (BAG 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - zu II 1 b ff (1) der Gründe, aaO). 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 (BAG 22. April 1993 - 2 AZR 313/92 - AP BGB § 613a Nr. 102 = EzA BGB § 613a Nr. 112).

b) In dem Unterrichtungsschreiben vom 22. Oktober 2004 wurde nicht auf das Haftungssystem nach § 613a Abs. 2 BGB hingewiesen, demzufolge der bisherige Arbeitgeber gesamtschuldnerisch mit dem neuen Inhaber nur für Verpflichtungen nach § 613a Abs. 1 BGB haftet, soweit sie vor dem Zeitpunkt des Übergangs entstanden sind und vor Ablauf von einem Jahr nach dem Übergang fällig werden.

25

aa) Eine Darstellung der begrenzten gesamtschuldnerischen Nachhaftung gem. § 613a Abs. 2 BGB fehlt in dem Informationsschreiben. Die Ausführungen zum Austausch des Vertragspartners besagen noch nichts über die Verteilung der Haftung infolge des Betriebsübergangs. Der Hinweis, dass die Arbeitsverhältnisse „automatisch übergangen“ sei in § 613a BGB geregelt, „dessen Bestimmungen auf den Übergang zwingend anwendbar seien“, stellt weder den Eintritt der A GmbH in die Rechte und Pflichten der im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse korrekt dar, noch genügt er als Hinweis auf das Haftungssystem nach § 613a Abs. 1 Satz 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, gegebenenfalls näheren Rat einzuholen, wer in welchem Umfang für welche seiner Ansprüche haftet.

26

bb) Entgegen der mit der Revision vertretenen Ansicht genügt es auch vorliegend nicht, auf den „Normalfall“ hinzuweisen, bei dem der Betriebswerker in die Rechte und Pflichten nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB eintritt. Bereits dieser „Normalfall“ wurde - wie ausgeführt - von der A AG nicht zutreffend und vollständig beschrieben. Im weiteren trifft es zwar zu, dass die jetzige beklagte A AG gegenüber dem Kläger nicht für die erst nach dem

27



Betriebsübergang entstandenen Entgeltansprüche während der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit der A GmbH haftete. Auf die beschränkte gesamtschuldnerische Nachhaftung des bisherigen Arbeitgebers nach § 613a Abs. 2 BGB ist jedoch stets als rechtliche Folge des Übergangs des Arbeitsverhältnisses nach § 613a BGB hinzuweisen, unabhängig davon, wie wahrscheinlich im konkreten Arbeitsverhältnis eine Nachhaftung des bisherigen Arbeitgebers in Betracht gezogen werden muss. Davon abgesehen gab es vorliegend aber schon wegen der unter Ziffer 3 des Informationsschreibens vom 22. Oktober 2004 dargestellten Einzelheiten der „Überleitungsvereinbarung“ Anlass, eine Erläuterung zur Haftung zu geben. Die Überleitungsvereinbarung wurde von der A AG, A GmbH, dem Gesamtbetriebsrat der A AG sowie den örtlichen Betriebsräten abgeschlossen, was erläutert wurde. Ohne Hinweis auf die gesetzliche Regelung nach § 613 Abs. 2 BGB wurde zumindest der (falsche) Eindruck nahegelegt, als Partei der Überleitungsvereinbarung hafte die A AG für die normativen Regelungen dieser Betriebsvereinbarung auch weiterhin gegenüber denjenigen Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnisse auf die A GmbH übergegangen sind.

5. Die A AG hat den Kläger im Unterrichtungsschreiben vom 22. Oktober 2004 zum Teil auch nicht zutreffend über die Folgen eines Widerspruchs nach § 613a Abs. 6 BGB unterrichtet. 28

a) Auch über das Recht zum Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses ist als rechtliche Folge nach § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB zu informieren. Wie der Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB auszuüben ist, muss ebenfalls erläutert werden: auf die Schriftform ist hinzuweisen, auf die Frist und darauf, dass neuer wie alter Arbeitgeber als Adressaten in Betracht kommen (*ebenso Grau Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang gem. § 613a Abs. 5 und 6 BGB S. 173 f.; Schielke MDR 2007, 1052, 1055; APS/Steffan 3. Aufl. § 613a BGB Rn. 210; Worzalla NZA 2002, 353, 355; aA Bauer/v. Steinau-Steinrück ZIP 2002, 457, 463; Jaeger ZIP 2004, 433, 442; MünchKommBGB/Müller-Glöge 4. Aufl. § 613a Rn. 109; Willemsen/Lembke NJW 2002, 1159, 1163*). Nicht nur der Übergang des 29



Arbeitsverhältnisses, sondern auch das Recht, dem zu widersprechen, ist eine Rechtsfolge des Betriebsübergangs iSd. § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB. Wenn der Sinn der Unterrichtungspflicht darin besteht, den betroffenen Arbeitnehmern eine ausreichende Wissensgrundlage für die Ausübung oder Nichtausübung ihres Widerspruchsrechts zu verschaffen (*BT-Drucks. 14/7760 S. 19*), wäre es paradox, das Recht zum Widerspruch von der Informationspflicht auszunehmen. Die systematische Stellung des Widerspruchsrechts gem. § 613a Abs. 6 BGB nach der Unterrichtungspflicht, die in Abs. 5 derselben Vorschrift geregelt ist, bedeutet nicht, dass das Widerspruchsrecht von der Unterrichtungspflicht ausgenommen sein sollte, vielmehr folgt der Gesetzesaufbau lediglich der üblichen chronologischen Reihenfolge. Nach dem Zweck der Unterrichtung kann zudem über mittelbare Folgen im Falle eines Widerspruchs zu informieren sein (*BAG 13. Juli 2006 - 8 AZR 303/05 - Rn. 26, BAGE 119, 81 = AP BGB § 613a Nr. 311 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 55*).

b) Korrekt ist zwar der Hinweis im Informationsschreiben vom 22. Oktober 2004, widersprechende Arbeitnehmer müssten mit einer Freistellung von der Arbeit durch die A AG rechnen, weil eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bei ihr nach dem Übergang nicht bestehe. Unzutreffend sind aber die sich daran anschließenden Ausführungen, ab dem Widerspruch bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses könne der Anspruch auf Arbeitsentgelt gegenüber der Beklagten um die Einkünfte gekürzt werden, die für die verbleibende Dauer der Kündigungsfrist bei der A GmbH hätten erzielt werden können. Bei einer eventuellen Arbeitslosigkeit sei hierdurch außerdem die Höhe der Ansprüche auf Leistungen gegenüber der Agentur für Arbeit in Frage gestellt. Aus der Sicht der betroffenen Arbeitnehmer lässt sich dies nur so verstehen, als ob allein aufgrund der Ausübung des Widerspruchsrechts und einer nachfolgenden Freistellung eine Kürzung des Arbeitsentgelts erfolgen und damit auch ein Risiko für die Höhe eines möglichen späteren Anspruchs auf Arbeitslosengeld eintreten könne. Richtigerweise kommt eine Anrechnung fiktiver Einkünfte bei dem Betriebserwerber jedoch nur dann in Betracht, wenn der Arbeitnehmer weiß, dass dieser ihn trotz des erklärten Widerspruchs beschäftigen würde.

30



Eine Anrechnung der möglichen Einkünfte beim Betriebserwerber nach § 615 Satz 2 BGB auf die Ansprüche aufgrund Annahmeverzugs des bisherigen Betriebsinhabers erfolgt nur dann, wenn dem Arbeitnehmer ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert (*BAG 19. März 1998 - 8 AZR 139/97 - BAGE 88, 196, 204 = AP BGB § 613a Nr. 177 = EzA BGB § 613a Nr. 163*). Dies setzt zumindest die sichere Kenntnis des Arbeitnehmers voraus, dass er unabhängig von seinem Widerspruch vom Betriebserwerber beschäftigt werden würde. Zwar ist ein böswilliges Unterlassen des Erwerbs beim neuen Betriebsinhaber iSv. § 615 Satz 2 BGB nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil das Widerspruchsrecht zulässigerweise ausgeübt wurde. Umgekehrt begründet aber allein ein zulässigerweise ausgeübter Widerspruch noch nicht ein böswilliges Unterlassen iSv. § 615 Satz 2 BGB (*vgl. BAG 19. März 1998 - 8 AZR 139/97 - zu II 2 a der Gründe, aaO*).

31

6. Weitere Anforderungen an die rechtswirksame Ausübung des Widerspruchsrechts sieht das Gesetz nicht vor. Insbesondere verlangt es keine Kausalität zwischen der fehlerhaften Information und dem nicht ausgeübten Widerspruchsrecht (*BAG 14. Dezember 2006 - 8 AZR 763/05 - Rn. 42, AP BGB § 613a Nr. 318 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 63*). Das Widerspruchsrecht ist von Gesetzes wegen nicht an eine Begründung gebunden (*BAG 31. Mai 2007 - 2 AZR 276/06 - zu B II 2 b bb (3) der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 94 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 77*). Dies gilt auch dann, wenn es bei einer nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung erst nachträglich ausgeübt wird. Es bedarf folglich keiner Darlegung durch die betroffenen Arbeitnehmer, im Falle einer ordnungsgemäßen Unterrichtung hätten sie innerhalb der in Gang gesetzten Monatsfrist nach § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB widersprochen.

32

7. Der Kläger hat sein Recht, den Widerspruch zu erklären, nicht verwirkt.

33

a) Dass das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB schon von Gesetzes wegen an eine Frist gebunden ist, schließt die Anwendung der

34



allgemeinen Grundsätze über die Verwirkung nicht aus (*BAG 14. Dezember 2006 - 8 AZR 763/05 - Rn. 45, AP BGB § 613a Nr. 318 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 63*). Mit der Verwirkung als Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen. Sie dient dem Vertrauensschutz des Schuldners. Ein solches Vertrauen kann sich bilden, wenn der Gläubiger längere Zeit seine Rechte nicht geltend macht (*14. Dezember 2006 - 8 AZR 763/05 - Rn. 44, aaO*). Dabei muss der Berechtigte 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 - zu I 3 der Gründe, EzA BGB § 242 Verwirkung Nr. 2; 25. April 2001 - 5 AZR 497/99 - zu I 1 der Gründe, BAGE 97, 326, 329 = AP BGB § 242 Verwirkung Nr. 46 = EzA BGB § 242 Verwirkung Nr. 1*). Das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf Seiten des Verpflichteten muss das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass dem Verpflichteten die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist (*vgl. BAG 14. Dezember 2006 - 8 AZR 763/05 - Rn. 44 mwN, aaO*).

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 Widerspruchserklärung über elf Monate vergangen. Da es jedoch jedenfalls am Umstandsmoment fehlt, kann unentschieden bleiben, ob damit bereits das Zeitmoment für die Verwirkung erfüllt wäre. Mit der Weiterarbeit bei der A GmbH und der Annahme der von dieser gezahlten Vergütung hat der Kläger keine Umstände gesetzt, die

35



das Vertrauen der Beklagten in eine Nichtausübung seines Widerspruchsrechts rechtfertigen könnten.

c) Das Schreiben des Klägers vom 1. Juli 2005 - dessen Auslegung als Standardschreiben auch dem Senat möglich ist - hat im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts die Verwirkung nicht gehemmt. Untersetzt durch nachvollziehbare Tatsachen vertrat der Kläger zwar in diesem Schreiben die Auffassung, sein Arbeitsplatz bei der A GmbH sei im Gegensatz zu dem durch das Informationsschreiben vom 22. Oktober 2004 vermittelten Eindruck nicht sicher. Aus der fehlerhaften Information leitete er ausdrücklich das Recht ab, noch am 1. Juli 2005 dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die A GmbH widersprechen zu können. Indes erklärte der Kläger diesen Widerspruch gerade nicht und verlangte lediglich „vollständige und wahrheitsgemäße Information“ und kündigte an, nach deren Erhalt die Entscheidung zu treffen, ob er dem Übergang widerspreche. Wenn der Kläger aber angesichts einer nunmehr auch für ihn offenkundig gewordenen prekären wirtschaftlichen Situation und einer von ihm festgestellten Falschinformation nicht ausschließt, auf die Ausübung seines Widerspruchsrechts möglicherweise zu verzichten, hindert dies nicht die Vertrauensbildung bei der Beklagten, der Kläger werde ein etwaiges Recht zum Widerspruch im Ergebnis doch nicht ausüben.

36

d) Der Kläger hat jedoch nicht selbst über eine Beendigung seines Arbeitsverhältnisses disponiert, indem er beispielsweise einen Aufhebungsvertrag mit der A GmbH geschlossen hätte. Insbesondere hat der Kläger nicht die unter dem 20. Dezember 2005 von dem Insolvenzverwalter der A GmbH ausgesprochene Kündigung akzeptiert, sondern beim Arbeitsgericht dagegen Kündigungsschutzklage erhoben. Auch einen Altersteilzeitvertrag, über den verhandelt wurde, hat der Kläger nicht unterzeichnet. Verhandlungen darüber berühren den Bestand des Arbeitsverhältnisses, sowie es übergegangen ist, ebenso wenig wie die Annahme einer Bonuszahlung oder die Erteilung eines Zwischenzeugnisses.

37



- II. Der Widerspruch des Klägers mit Schreiben vom 8. Dezember 2005 38
führt dazu, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien ununterbrochen fortbesteht,
denn der Widerspruch wirkt auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück.
1. Hat der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses 39
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 Ge-
staltungsrecht 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 - zu II 2 a der
Gründe mwN, 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 von Arbeitsverhältnissen zeitnah geklärt
werden kann (*BT-Drucks. 14/7760 S. 19*). Der Gesetzgeber geht jedoch zu-
gleich 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.
2. Der Widerspruch wirkt auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs 40
zurück. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeits-
gerichts (*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 -



zu II 7 der Gründe, AP BGB § 613a Nr. 103 = EzA BGB § 613a Nr. 111) und der überwiegenden Auffassung im Schrifttum (vgl. ua. MünchKommBGB/Müller-Glöße § 613a BGB Rn. 122; ErfK/Preis 8. Aufl. § 613a BGB Rn. 101; Worzalla NZA 2002, 353, 358; Franzen RdA 2002, 258, 270; vgl. aber auch Staudinger/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 = 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 Arbeitgeber 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 Widerspruch des Klägers führt dazu, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien ab dem 1. November 2004 ununterbrochen fortbestand. Der Widerspruch wirkt auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück. Damit hat die Beklagte die Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis ab dem 1. November 2004 grundsätzlich zu erfüllen. 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 in Verzug befunden hat (§ 615 Satz 1 BGB).

41

1. Für die ab Zugang des Widerspruchsschreibens vom 8. Dezember 2005 entstandenen Zahlungsansprüche ergibt sich der Annahmeverzug der Beklagten bereits aus § 295 BGB. Mit dem Tage des Zugangs des Widerspruchs hat der Kläger gegenüber der Beklagten ausdrücklich seine Arbeitskraft angeboten. Es kann daher vorliegend unentschieden bleiben, ob auch bereits in der Erklärung des Widerspruchs gegenüber dem Betriebsveräußerer als solchem ein wörtliches Angebot gem. § 295 BGB liegt (*dafür Franzen RdA 2002, 258, 271*). Die Beklagte ist der ihr obliegenden Mitwirkungshandlung nach § 295 Satz 1 BGB, dem Kläger in Anschluss an seinen Widerspruch einen neuen Arbeitsplatz innerhalb der von ihr geleiteten Betriebsorganisation zuzuweisen, nicht nachgekommen.

42

2. Der Kläger hat auch Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten Vergütung für Dezember 2005 in dem Zeitraum, in dem sein Widerspruchs-

43



schreiben vom 8. Dezember 2005 bei der Beklagten noch nicht eingegangen war. Die Beklagte befand sich auch bereits vor Zugang des Widerspruchs in Annahmeverzug.

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

44

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



erfülle. Diese Wertung könne auf die Konstellation des Widerspruchs beim Betriebsübergang übertragen werden (*Franzen RdA 2002, 258, 271*). Die Konstruktion eines Annahmeverzuges des früheren 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

45

46



Annahmeverzug, ohne dass es noch eines Angebotes der Arbeitskraft durch den Kläger bedurfte.

3. In der Revisionsinstanz ist zwischen den Parteien unstreitig geworden, 47
dass die Jahressonderleistung 2005 der Höhe nach 4.288,30 Euro brutto beträgt, weswegen der Kläger mit Zustimmung der Beklagten seine Klageforderung entsprechend reduziert hat. Insoweit ist das arbeitsgerichtliche Urteil zu korrigieren.

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 iVm. § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. 48

Hauck

Böck

Breinlinger

Eimer

Hickler

