
Datum: 01.08.2007
Gericht: Landesarbeitsgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 7. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 Sa 655/07
ECLI: ECLI:DE:LAGD:2007:0801.7SA655.07.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Solingen, 5 Ca 1589/06 lev
Schlagworte: Betriebsübergang - fehlerhafte Unterrichtung - Verwirkung - Verzicht
Normen: .
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:

1. Fordert der Arbeitnehmer den Betriebsveräußerer im Falle einer fehlerhaften Unterrichtung zu weiteren Informationen hinsichtlich des Betriebsübergangs auf und behält er sich den Widerspruch ausdrücklich vor, so ist darin ein vertrauenszerstörender Umstand zu sehen mit der Folge, dass der Betriebsveräußerer, der das Schreiben des Arbeitnehmers unbeantwortet lässt, sich nicht mehr auf eine Verwirkung des Widerspruchsrechts berufen kann. Eine Verwirkung gilt grundsätzlich dann als ausgeschlossen, wenn der Berechtigte in irgend einer Weise zu erkennen gibt, dass er möglicherweise auf seinem Recht besteht.

2. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Veräußerer bereits von einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern eine Widerspruchserklärung wegen fehlerhafter Unterrichtung erhalten hat und von diesen gerichtlich auf das Bestehen von Arbeitsverhältnissen in Anspruch genommen worden ist. Er muss in diesem Fall damit rechnen, dass auch andere Arbeitnehmer - insbesondere die, die sich den Widerspruch vorbehalten haben - nach weiterer Aufklärung der Sach- und Rechtslage von ihrem Widerspruchsrecht noch Gebrauch machen werden.

3. Eine Eigenkündigung des Arbeitnehmers gegenüber dem Erwerber lässt nicht in jedem Fall den zwingenden Schluss zu, der Arbeitnehmer habe damit auf sein Widerspruchsrecht verzichtet oder es verwirkt.

Tenor:

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Solingen vom 13.02.2007 - 5 Ca 1589/06 lev - abgeändert:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien über den 31.10.2004 hinaus Bestand hat.

II. Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:	1
Mit ihrer am 07.09.2006 beim Arbeitsgericht Solingen eingegangenen Klage begehrt die Klägerin - nach einer Antragsänderung während des erstinstanzlichen Verfahrens - die Feststellung, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht. Die Parteien streiten darüber, ob die Klägerin dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber eines Betriebsteils der Beklagten wirksam widersprochen hat.	2
Die am 09.09.1961 geborene Klägerin war seit 1997 bei der Beklagten zuletzt als Leiterin der Bilanz- und Geschäftsbuchhaltung am Sitz der Beklagten in M. zu einem monatlichen Bruttolohn in Höhe von 5.200,00 € beschäftigt. Die Beklagte hatte der Klägerin Prokura erteilt.	3
Die Klägerin war dem Geschäftsbereich Consumer Imaging (CI) zugeordnet, der insbesondere die Geschäftsfelder Film, Finishing und Laborgeräte umfasste. Da dieser Geschäftsbereich seit mehreren Jahren einen massiven Umsatzrückgang zu verzeichnen hatte, hat die Beklagte zur Kostenreduzierung Personalabbaumaßnahmen durchgeführt. Dazu gehörte unter anderem auch der Abschluss von Vorruhestandsverträgen oder Altersteilzeitvereinbarungen, in denen den jeweiligen Arbeitnehmern zum Teil erhebliche finanzielle Leistungen zugesagt wurden.	4
Unter dem Datum vom 14.10.2004 schloss die Beklagte mit dem bei ihr bestehenden Betriebsrat einen Interessenausgleich mit Namensliste ab.	5
Ende des Jahres 2004 wurde der Geschäftsbereich CI im Wege eines Betriebsübergangs ausgegliedert und mit Wirkung zum 01.11.2004 auf die neu gegründete B. - Photo GmbH übertragen.	6
Für die von dem Teilbetriebsübergang betroffenen Belegschaftsmitglieder fanden Informationsveranstaltungen statt. Unter anderem hat die Beklagte eine solche Informationsveranstaltung am 19.08.2004 abgehalten, bei der der spätere Geschäftsführer der B. Photo GmbH F. S., zum damaligen Zeitpunkt Mitglied des Vorstandes der Beklagten, Informationen zur wirtschaftlichen Situation der B. Photo GmbH erteilte. Außerdem wurden die Arbeitnehmer in Mitarbeiterzeitschriften über den bevorstehenden Teilbetriebsübergang	7

unterrichtet. Im Monat September 2004 befanden sich in den betriebsinternen Magazinen die Zahlenangaben für die Erwerberin B. Photo GmbH von 300 Millionen Eigenkapitalsumme sowie 70 bzw. 72 Millionen Euro Barmittel.

Sämtliche dem Geschäftsbereich CI zugeordneten Arbeitnehmer der Beklagten haben im Oktober 2004 im Zusammenhang mit der Übertragung des Geschäftsbereichs CI eine im wesentlichen gleich lautende schriftliche Information erhalten. Die Informationsschreiben unterscheiden sich allerdings abhängig von der jeweiligen arbeitsvertraglichen Situation der betroffenen Mitarbeiter in Einzelfragen voneinander. 8

Mit Schreiben vom 22.10.2004 wurde auch die Klägerin über die geplante Übertragung des Geschäftsbereichs CI informiert. Nach Hinweis auf die Informationspflicht gemäß § 613 a BGB und Wiedergabe des Textes von § 613 a Abs.5 und 6 BGB teilte die Beklagte mit, es werde hiermit noch einmal schriftlich die vorgesehene und mit dem Verhandlungsgremium des Gesamtbetriebsrates und der örtlichen Betriebsräte abgestimmte Information gegeben, auch wenn sie - die Klägerin - aus der bisherigen Kommunikation bereits über die Einzelheiten informiert sei. 9

Unter Ziffer 2. wird ausgeführt, die B. Photo GmbH übernehme das Vermögen von CI. Hierzu gehörten insbesondere Produktionsanlagen, Markenzeichen, Patente und technologisches Know-how, Vorräte und Forderungen. Das Unternehmen werde mit einem guten Eigenkapital ausgestattet und verfüge über hohe Liquidität, um unerwartet auftretende Risiken bewältigen, in neue Geschäfte investieren und Marktchancen besser nutzen zu können. 10

Unter Ziffer 4. dieses Schreibens hat die Beklagte den geplanten Personalabbau dargelegt. 11

Unter Ziffer 5. hat sie der Klägerin mitgeteilt, dass ihr Arbeitsverhältnis von dem geplanten Personalabbau gemäß Ziffer 4. nicht betroffen sei. 12

Nach weiteren Darlegungen zum Widerspruchsrecht wurde die Klägerin darauf hingewiesen, dass sie im Falle eines Widerspruchs wegen einer nicht bestehenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bei der Beklagten damit rechnen müsse, ihren Arbeitsplatz ohne jede finanzielle Leistung zu verlieren und für den Fall der Arbeitslosigkeit nach einem Widerspruch Ansprüche auf Leistungen der Agentur für Arbeit in Frage gestellt seien. Der Klägerin wurde sodann dringend empfohlen, von einem Widerspruch abzusehen. 13

Wegen des Inhalts des Informationsschreibens und dessen Formulierung im Einzelnen wird auf Bl. 10 - 13 der Akte Bezug genommen. 14

Am 20.05.2005 stellte die B. Photo GmbH einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. 15

Mit Schreiben vom 24.06.2005 wies die Klägerin die Beklagte darauf hin, dass sie dem Betriebsübergang nicht widersprochen habe, weil die veröffentlichten Informationen sowohl im Unterrichtungsschreiben selbst als auch in den vorangegangenen Kommunikationen, auf die das Schreiben ausdrücklich hinweise, einen ordnungsgemäßen Start und hinreichend langfristige Überlebenschancen für das neue Unternehmen zu gewährleisten schienen. Des weiteren führte die Klägerin aus: 16

Sollte sich bei den weiteren Überprüfungen des vorläufigen Insolvenzverwalters bestätigen, dass die mir von Ihnen anlässlich des Betriebsübergangs erteilten Informationen den gesetzlichen Vorschriften des § 613 a BGB nicht entsprochen haben, hat die tatsächliche 17

Widerspruchsfrist noch nicht zu laufen begonnen. In diesem Fall werde ich mir sowohl einen nachträglichen Widerspruch als auch Schadensersatzansprüche gegenüber der B. H. AG vorbehalten.	
Um eine Entscheidung über meinen Widerspruch treffen zu können, bitte ich um Richtigstellung bzw. Ergänzung der Informationen zum Betriebsübergang.	18
Ich erwarte Ihre Stellungnahme bis spätestens zum 24.07.2005.	19
Wegen des Inhalts des Schreibens im Einzelnen wird auf Bl. 86 der Akte Bezug genommen.	20
Ebenfalls mit Schreiben vom 24.06.2005 (Bl. 87 der Akte) machte die Klägerin gegenüber der Beklagten unter Hinweis auf die gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten neben der B. Photo GmbH einen Bonusanspruch für das Jahr 2004 geltend.	21
Die Beklagte bestätigte zwar den Eingang eines Schreibens vom 24.06.2005, ließ die Schreiben im Übrigen aber unbeantwortet.	22
Am 01.08.2005 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der B. Photo GmbH eröffnet.	23
Bereits nach der Stellung des Insolvenzantrages widersprachen zahlreiche Arbeitnehmer dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses von der Beklagten auf die B. Photo GmbH.	24
Mit Schreiben vom 22.08.2005 (Bl. 89 der Akte) forderte die Klägerin die Beklagte zur Zahlung oder Stellungnahme bis spätestens 5.8.2005 auf.	25
Mit Schreiben vom 30.08.2005 (Bl. 206 der Akte) teilte die Klägerin der B. Photo GmbH mit, sie möchte hiermit ihr Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 30.11.2005 kündigen. Ab dem 01.11.2005 hat sie eine neue Arbeitsstelle angetreten. In der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht am 23.01.2007 hat sie ausweislich des Protokolls (Bl. 153 - 154 der Akte) erklärt, sie sei über die Tatsache, dass sie die Kündigungsfrist nicht eingehalten habe, informiert worden. Die B. Photo GmbH habe die Nichteinhaltung akzeptiert.	26
Am 11.10.2005 fand vor dem Amtsgericht Köln als Insolvenzgericht eine Gläubigerversammlung statt, in der sowohl der Bericht des Insolvenzverwalters über das Vermögen der B. Photo GmbH Dr. S. als auch der Bericht des damaligen Interims-Geschäftsführers K. veröffentlicht wurden.	27
Wegen des Inhalts des Gutachtens des Insolvenzverwalters wird auf Bl. 29 -85 der Akte Bezug genommen.	28
Mit anwaltlichem Schreiben vom 10.04.2006 (Bl. 14 - 16 der Akte), in dem die rechtliche Interessenvertretung der Klägerin mitgeteilt wurde, ließ die Klägerin die Beklagte darauf hinweisen, ihr sei in täuschender Absicht eingeredet worden, dass sie keine andere Wahl habe, als den Betriebsübergang zu akzeptieren. Außerdem sei sie durch das Unterrichtungsschreiben nicht ordnungsgemäß über die wirtschaftlichen, rechtlichen und sozialen Folgen des Wechsels zur B. Photo GmbH unterrichtet worden. Dadurch seien ihr erhebliche finanzielle Nachteile entstanden, die sie sodann bezifferte. Des weiteren wird in dem Schreiben ausgeführt:	29
Anliegend überreiche ich ein Originalschreiben meiner Mandantin, in dem sie dem Übergang des Arbeitsverhältnisses von der B.-H. AG zur B. Photo GmbH gem. § 613 a Abs.6 BGB	30

widerspricht. Einen solchen Widerspruch hatte sich meine Mandantin mit Schreiben vom 24.06.05 ausdrücklich vorbehalten.

Diesem Schreiben war ein Widerspruchsschreiben beigelegt. Das mit der Klageschrift in Kopie zur Akte gereichte Widerspruchsschreiben (Bl. 17 der Akte) enthält keine Unterschrift der Klägerin, das mit Schriftsatz vom 22.12.2006 übersandte Schreiben (Bl. 140 der Akte) enthält hingegen die Unterschrift der Klägerin.

31

Ausweislich eines zur Akte gereichten Rückscheins (Bl. 141 der Akte) ist das anwaltliche Schreiben der Beklagten am 12.04.2006 zugegangen.

32

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, sie habe dem Betriebsübergang noch widersprechen können, da sie nicht ausreichend und korrekt über den Betriebsübergang informiert worden sei. Die Beklagte habe in dem Informationsschreiben entgegen ihrer Pflicht nicht auf die Verteilung von Schuld und Haftung zwischen dem bisherigen und dem neuen Arbeitgeber und die Regelung des

33

§ 613 a Abs.4 BGB hingewiesen. Des weiteren enthalte das Unterrichtungsschreiben nicht die vollständige Adresse des Erwerbers. Außerdem sei das Schreiben derart formuliert, dass es die Folgen im Falle eines Widerspruchs als existenzvernichtend darstelle. Die Klägerin habe sich dadurch genötigt gefühlt und keine andere Möglichkeit gesehen, als seinerzeit dem Betriebsübergang nicht zu widersprechen. Durch den Verweis im Schreiben vom 22.10.2004 auf die bereits erteilten Informationen seien nicht nur die im Schreiben selbst enthaltenen Informationen, sondern auch die außerhalb dieses Schreibens erteilten Angaben zu berücksichtigen. Entgegen diesen Informationen sei die B. Photo GmbH wirtschaftlich so schlecht ausgestattet gewesen, dass ein Überleben am Markt tatsächlich nicht möglich gewesen sei. Es sei vor allem über die finanzielle Ausstattung falsch informiert worden. Die B. Photo GmbH habe zu keiner Zeit über Barmittel in Höhe von rund 70 Millionen Euro verfügt und auch keine Kreditlinie in Höhe von 50 Millionen Euro gehabt. Eine Verpflichtung zur Unterrichtung über die wirtschaftliche Lage des Erwerbers bestehe jedenfalls dann, wenn es sich - wie vorliegend - bei dem Erwerber um eine so eng mit dem Veräußerer wirtschaftlich verflochtene Firma handle. Abgesehen von diesen Falschinformationen sei sie - die Klägerin - noch zusätzlich getäuscht worden, denn wie sich in der Folgezeit gezeigt habe, sei ihr Arbeitsplatz bei der Beklagten nicht entfallen. Er sei zwar nicht in M., aber in N. erhalten geblieben. Ihr Widerspruch sei weder verfristet noch verwirkt. Frühestens nach der Gläubigerversammlung sei abzusehen gewesen, dass die Arbeitnehmer über die finanzielle Ausstattung der B. Photo GmbH getäuscht worden seien. Auch das Umstandsmoment der Verwirkung sei nicht erfüllt, da sie - die Klägerin - sich die Erklärung des Widerspruchs vorbehalten habe. Die Weiterarbeit bei der Erwerberin sei lediglich wegen der ihr obliegenden Schadensminderungspflicht erfolgt. Ebenfalls der Schadensminderungspflicht habe es entsprochen, eine andere Arbeitsstelle anzunehmen, ohne die zeitlich ungewisse, endgültige Abwicklung der insolventen Erwerberin abzuwarten. Im Übrigen betreffe die Kündigung bei der B. Photo GmbH nicht das Arbeitsverhältnis der Parteien. Dem Schreiben vom 10.04.2006 sei tatsächlich ein von der Klägerin unterzeichnetes Widerspruchsschreiben beigelegt worden. Der Widerspruch sei von der Klägerin im Beisein der Prozessbevollmächtigten unterzeichnet worden. Der Klageschrift sei versehentlich eine Kopie des unterschriebenen Widerspruchs, sondern ein Entwurf aus der Dokumentenverwaltung beigelegt worden.

34

Die Klägerin hat beantragt,

35

36

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihr und der Beklagten auch über den 31.10.2004 hinaus Bestand hat.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, ein Arbeitsverhältnis zur Klägerin bestehe nicht mehr, da mangels eines wirksamen Widerspruchs der Klägerin die B. Photo GmbH Arbeitgeberin der Klägerin geworden sei. Mit Schriftsatz vom 10.11.2006 hat die Beklagte dazu behauptet, ihr sei ein Widerspruch der Klägerin nicht zugegangen. In den Akten der Beklagten fänden sich weder der behauptete Widerspruch noch eine Eingangsbestätigung der Beklagten. Damit sei die Klage bereits unschlüssig. Vorsorglich hat die Beklagte vorgetragen, dass die mit Schreiben vom 22.10.2004 erteilten Informationen ausreichend und korrekt gewesen seien und die gesetzliche einmonatige Widerspruchsfrist bei Einlegen des Widerspruchs durch die Klägerin bereits lange verstrichen gewesen sei. Für die Frage einer richtigen und ausreichenden Information bezüglich des Betriebsübergangs sei allein der Inhalt des Schreibens vom 22.10.2004 maßgeblich gewesen. Dies ergebe sich schon aus dem Textformerfordernis in

§ 613 a Abs.5 BGB. Mitteilungen auf Betriebsversammlungen oder in betriebsinternen Magazinen genügten nicht der Formvorschrift des § 126 b BGB. Eine Pflicht zur Information über die wirtschaftliche Lage eines Erwerbers gebe es nicht. Abgesehen davon, dass die im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang erteilten Informationen korrekt gewesen seien, enthalte das Schreiben vom 22.10.2004 keine konkrete Information über die wirtschaftliche Solvenz der B. Photo GmbH, sondern beschränke sich auf eine Bewertung. Insbesondere könne aus der Tatsache der späteren Beantragung des Insolvenzverfahrens kein zwingender Rückschluss darauf gezogen werden, dass die Aussage zur finanziellen Ausstattung der B. Photo GmbH falsch gewesen wäre. Ein Widerspruch im April 2006 sei auch deshalb nicht mehr möglich gewesen, weil entsprechend § 5 Abs.3 S.2 KSchG von einer Höchstfrist von sechs Monaten auszugehen sei. Zumindest habe die Klägerin ihr Widerspruchsrecht durch ihre Weiterarbeit bei der Erwerberin verwirkt. Zudem habe die Klägerin durch den Ausspruch ihrer Eigenkündigung einen Verzicht hinsichtlich der Ausübung des Widerspruchsrechts erklärt. Bei der Klägerin lägen eine Vielzahl von Umstandsmomenten vor. Jedenfalls in der Summe der Umstandsmomente sei von einer Verwirkung auszugehen. Sie

- die Beklagte - habe für derartige Fälle auch keine Rückstellungen gebildet.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und dazu ausgeführt, die Klägerin habe dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses nicht mehr widersprechen können, weil sie durch die Eigenkündigung konkludent auf ihr Widerspruchsrecht verzichtet habe. Da die B. Photo GmbH nur dann Adressat der Eigenkündigung habe sein können, wenn das Arbeitsverhältnis auch durch Betriebsübergang auf sie übergegangen sei, habe der Klägerin bei Ausspruch der Kündigung klar gewesen sein müssen, dass in diesem Fall alle Parteien von einem wirksamen Übergang des Arbeitsverhältnisses ausgingen und der Bestand dieses einheitlichen Arbeitsverhältnisses nicht mehr im Streit sei. Diese Willenserklärung entfalte auch Rechtswirkungen gegenüber der Beklagten. Es sei ausreichend, wenn der Verzicht gegenüber einer der Parteien erklärt werde. Aus dem Schreiben der Klägerin vom 24.06.2005 ergebe sich, dass sie den Verzicht auch in Kenntnis eines bestehenden Widerspruchsrechts ausgesprochen habe. Hinzu komme das Eigeninteresse der Klägerin an der Verkürzung der Kündigungsfrist wegen der Annahme einer neuen Arbeitsstelle. Jedenfalls könne die Klägerin sich unter dem Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens nicht auf ein

Widerspruchsrecht berufen. Ein ihr möglicherweise zustehendes Widerspruchsrecht sei jedenfalls verwirkt. Das Zeitmoment sei erfüllt, weil zwischen dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs und der Erklärung des Widerspruchs mehr als ein Jahr vergangen sei. Auch das Umstandsmoment sei gegeben, weil die Klägerin zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Eigenkündigung Kenntnis von der Unrichtigkeit der Unterrichtung gehabt und dennoch mehr als ein halbes Jahr bis zum Ausspruch des Widerspruchs gewartet habe. Der Erfüllung des Umstandsmomentes stehe ein etwaiges nicht rechtstreu Verhalten der Beklagten nicht entgegen, weil es keinen Rechtsgrundsatz gebe, der besage, dass derjenige, der sich nicht rechtstreu verhalte, dauerhaft eines möglichen Vertrauensschutzes verlustig gehe.

Gegen das der Klägerin am 26.02.2007 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts Solingen hat die 43
Klägerin mit einem am 26.03.2007 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit einem am 25.04.2007 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Mit der Berufung macht die Klägerin geltend, die Auffassung des Arbeitsgerichts, sie habe 44
durch Ausspruch der Eigenkündigung auf ihr Widerspruchsrecht verzichtet, sei rechtsfehlerhaft. Zum einen sei ein konkludenter Verzicht nicht möglich. Zum anderen sei in der Eigenkündigung lediglich die Erklärung zu sehen, dass sie - die Klägerin - die bisherige Tätigkeit bei der B. Photo GmbH nicht mehr fortführen wolle. Ein widersprüchliches Verhalten sei ihr unter Berücksichtigung der Gesamtumstände nicht vorzuwerfen. Eine neue Stelle habe sie in der unsicheren Situation lediglich zur Sicherung ihres Einkommens gesucht und dies der B. Photo GmbH mitgeteilt, um diese davon in Kenntnis zu setzen, dass sie im Betrieb nicht mehr erscheinen werde. Für diese Mitteilung habe sie als juristischer Laie die Bezeichnung Kündigung gewählt. Aus dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht sei sie dazu verpflichtet gewesen, die Gehaltsdifferenzen gering zu halten. Die Klägerin bestreitet, dass der Beklagten diese Kündigung überhaupt bekannt war. Dies habe zur Folge, dass die Beklagte darauf auch kein schützenswertes Vertrauen habe gründen können. Das Widerspruchsrecht sei auch nicht verwirkt. Eine zeitliche Höchstgrenze gebe es nicht. Zum Zeitpunkt der Kündigung vom 30.08.2005 hätten ihr zudem noch die Informationen aus der Gläubigerversammlung gefehlt, so dass das Zeitmoment erst im Oktober beginnen könne. Der Annahme eines Umstandsmomentes stehe bereits ihr Schreiben vom 24.06.2005 entgegen. Die Beklagte habe nicht darauf vertrauen dürfen, dass ein Arbeitnehmer, der bereits um Richtigstellung der Informationen gebeten habe, nach endgültigem Vorliegen der Tatsachen durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens nunmehr die Sache auf sich beruhen lassen würde. Letztlich habe die Beklagte die Klägerin hingehalten. Zudem habe die Beklagte aufgrund der Vielzahl von Widersprüchen anderer Arbeitnehmer damit rechnen müssen, dass noch weitere Arbeitnehmer ihr Widerspruchsrecht wahrnehmen werden.

Die Klägerin vertritt weiterhin unter Bezugnahme auf ihren erstinstanzlichen Vortrag die 45
Auffassung, dass das Informationsschreiben unrichtig und unvollständig gewesen ist.

Die Klägerin beantragt, 46

das Urteil des Arbeitsgerichts Solingen vom 13.02.2007, 47

5 Ca 1589/06 lev, abzuändern und festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihr und 48
der Beklagten auch über den 31.10.2004 hinaus Bestand hat.

Die Beklagte beantragt, 49

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen. 50

- Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil und trägt dazu unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vortrags vor, dass das Informationsschreiben über den Betriebsübergang vom 22.10.2004 nicht unvollständig und nicht fehlerhaft gewesen und der Widerspruch der Klägerin ungeachtet dessen verfristet, jedenfalls verwirkt sei. Zumindest habe sie durch Ausspruch der Eigenkündigung gegenüber der Erwerberin auf die Ausübung ihres behaupteten Widerspruchsrechts verzichtet. An dieser Entscheidung müsse die Klägerin sich festhalten lassen, insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sie sich danach noch bis April 2006 Zeit gelassen habe, bevor sie einen Widerspruch erklärte. 51
- Abgesehen davon sei der Widerspruch der Klägerin ins Leere gegangen, weil sie ihn erst nach dem rechtlichen Ende des übergegangenen Arbeitsverhältnisses erklärt habe. Dies führt die Beklagte auf S. 10 - 16 ihrer Berufungserwiderung im Einzelnen aus. Insoweit wird auf Bl. 233 -239 der Akte Bezug genommen. 52
- Mit Schriftsatz vom 22.01.2007 hat die Beklagte vorgetragen, sie bestreite nicht, dass ihr im April 2006 ein Schreiben der Prozessbevollmächtigten der Klägerin zugegangen ist. Diesem Schreiben sei allerdings nur eine nicht unterzeichnete Widerspruchserklärung beigelegt gewesen. 53
- Vorsorglich trägt die Beklagte vor, auch unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seien die in dem Informationsschreiben enthaltenen Aussagen zur Haftungsverteilung zwischen Veräußerer und Erwerber ausreichend, um den Mindestanforderungen gerecht zu werden. Für die Information über Haftungsfragen sei einerseits zwischen der Information über den Austausch des Vertragspartners sowie andererseits über die befristete gesamtschuldnerische Haftung zu differenzieren. Über den Austausch des Vertragspartners und das damit einhergehende Ende der Haftung der Beklagten sei die Klägerin in dem Informationsschreiben deutlich durch den Hinweis informiert worden, dass ihr Arbeitsverhältnis auf die B. Photo GmbH übergehen werde. Der Begriff Übergang könne bei verständiger Würdigung nur dahingehend verstanden werden, dass das Arbeitsverhältnis zur Beklagten beendet und mit der B. Photo GmbH fortgeführt werde. Dieses Verständnis werde auch in weiteren Formulierungen des Informationsschreibens verdeutlicht. So werde auf S.3 darauf hingewiesen, dass die in der Überleitungsvereinbarung getroffenen Regelungen davon geprägt seien, soweit wie möglich Kontinuität zu wahren . Daraus ergebe sich, dass eine völlig unveränderte Kontinuität unter Beibehaltung des bisherigen Vertragspartners gerade nicht eintrete. 54
- Ein zusätzlicher Hinweis auf die Haftungsregelung in § 613 a Abs.2 BGB sei nicht erforderlich gewesen sei. Die zusätzliche gesamtschuldnerische Haftung für die Dauer eines Jahres sei eine für den Arbeitnehmer gegenüber der Normalsituation günstigere gesetzliche Regelung. Für einen Arbeitnehmer, der sich bereits entschieden habe, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht zu widersprechen, könne ein fehlender Hinweis auf die gesamtschuldnerische Nachhaftung keine Bedeutung haben, denn wenn ihm durch Hinweis auf die gesamtschuldnerische Nachhaftung die Situation noch günstiger hätte dargestellt werden können, hätte ihn dies sicherlich nicht dazu veranlasst, deshalb dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu widersprechen. 55
- Dies gelte insbesondere im Fall der Klägerin, der ausweislich ihrer an die Beklagte gerichteten Schreiben die Regelung des § 613 a Abs.2 BGB bekannt gewesen sei. Da die Klägerin in Kenntnis der gesetzlichen Regelung keinen Widerspruch, sondern eine Eigenkündigung ausgesprochen habe, sei die Berufung auf eine unvollständige Information über die Haftungsregelungen rechtmisbräuchlich. 56

Zudem sei das Informationsschreiben in enger Absprache mit den Arbeitnehmervertretungen verfasst worden.

Der Widerspruch der Klägerin sei jedenfalls verwirkt. Da gerade die Frage nach dem Bestand des Arbeitsverhältnisses besonders eilig klärungsbedürftig sei, seien an das Zeitmoment bei der Frage nach dem Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses keine hohen Anforderungen zu stellen. Das Umstandsmoment ergebe sich bereits aus der langen Weiterarbeit der Klägerin bei der Erwerberin. Als weiteres Umstandsmoment komme die Eigenkündigung der Klägerin hinzu. Letztlich lägen eine Vielzahl vom Umstandsmomenten vor, die - wenn nicht schon für sich genommen - so doch in ihrer Gesamtheit zur Verwirkung führten. Dies seien im Einzelnen das Unterlassen eines Widerspruchs bei bekannt werden des Antrags auf Insolvenzeröffnung bei der B. Photo GmbH, das Unterlassen des Widerspruchs im Vorfeld der Unterrichtungen zur Einrichtung einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft im Sommer 2005, das Unterlassen des Widerspruchs bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens im August 2005, das Unterlassen des Widerspruchs im Anschluss an eine Aufforderung vom Juni 2005 zur Ergänzung des Unterrichtungsschreibens und Erteilung weiterer Information, das Unterlassen eines Widerspruchs nach der Gläubigerversammlung im Oktober 2005 und der Ausspruch der Eigenkündigung. Sämtliche dieser einzelnen Umstandsmomente seien begleitet gewesen von einer Fortsetzung der Tätigkeit bei der B. Photo GmbH.

Wegen des weiteren Berufungsvorbringens der Parteien wird auf ihre in zweiter Instanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die statthafte (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässige (§ 64 Abs. 2 ArbGG), form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. §§ 519, 520 Abs. 3 ZPO) ist zulässig.

II.

Die Berufung der Klägerin ist auch begründet. Nach Auffassung der Berufungskammer hat die Klägerin dem Betriebsübergang wirksam widersprochen. Das Urteil des Arbeitsgerichts war daher abzuändern und gemäß dem Klageantrag festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht.

1.

Die auf Feststellung gerichtete Klage ist gemäß §§ 46 Abs.2 ArbGG, 256 Abs.1 ZPO zulässig. Das Arbeitsgericht hat zu Recht das für eine Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO erforderliche Rechtsschutzinteresse der Klägerin bejaht.

Nach § 256 Abs.1 ZPO kann auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Das Bundesarbeitsgericht hat Klagen von Beschäftigten auf Feststellung, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht, also gegenwartsbezogene Klagen, in ständiger Rechtsprechung für zulässig erklärt. Die Klägerin verfügt mithin über das zur Erhebung der Feststellungsklage notwendige Feststellungsinteresse, denn die Beklagte stellt den

Fortbestand des Arbeitsverhältnisses und den sich daraus ergebenden Verpflichtungen in Abrede.

2. 68

Die Klage ist auch begründet. Nach Auffassung der Berufungskammer besteht das Arbeitsverhältnis der Klägerin zur Beklagten fort. Zwar ist der Betriebsteil, in dem die Klägerin beschäftigt war, gemäß § 613 a Abs.1 BGB auf die B. Photo GmbH übergegangen. Die Klägerin hat dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses jedoch rechtzeitig und wirksam gemäß § 613 a Abs.6 BGB widersprochen. 69

Der Widerspruch der Klägerin mit Schreiben vom 10.04.2006 war form- und fristgerecht. Da die Beklagte die Klägerin über den Betriebsteilübergang nicht ordnungsgemäß im Sinne des § 613 a Abs.5 BGB unterrichtet hat, ist die einmonatige Widerspruchsfrist gemäß § 613 a Abs.6 BGB nicht in Lauf gesetzt worden. Eine Verzicht auf das Widerspruchsrechtes oder dessen Verwirkung kann nicht festgestellt werden. Die Klägerin hat auch nicht rechtsmissbräuchlich gehandelt. 70

a) 71

Die Klägerin hat dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses unter Wahrung der nach § 613 a Abs.6 BGB erforderlichen Schriftform widersprochen. Dabei kann dahinstehen, ob das der Beklagten zusammen mit dem anwaltlichen Schreiben 72

zugeleitete Widerspruchsschreiben im Original von der Klägerin unterzeichnet 73

war oder nicht. 74

Der Widerspruch bedarf zu seiner Wirksamkeit grundsätzlich der Schriftform. Er muss daher gemäß § 126 Abs.1 BGB vom Erklärenden eigenhändig unterschrieben und - da es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt - in dieser Form auch dem Erklärungsempfänger gemäß § 130 Abs.1 S.1 BGB zugehen. 75

Nach dem Berufungsvorbringen der Parteien ist nunmehr unstreitig, dass der Beklagten das anwaltliche Schreiben vom 10.04.2006, dem ein Widerspruchsschreiben beigelegt war, zugegangen ist. 76

Streitig ist, ob dieses beigelegte Widerspruchsschreiben von der Klägerin unterzeichnet war oder nicht. Diese Frage brauchte nicht aufgeklärt zu werden, denn wird eine formbedürftige Willenserklärung von einem Vertreter des Erklärenden mit eigenen Namen unterzeichnet und kommt die Stellvertretung in der Urkunde zum Ausdruck, so ist dem Schriftformerfordernis ausreichend Rechnung getragen (vgl. BAG, Urteil vom 13.07.2006, 8 AZR 382/05 = NZA 2006, 1406). 77

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Das anwaltliche Schreiben vom 10.04.2006 enthielt einleitend die Erklärung, dass die Prozessbevollmächtigte der Klägerin deren rechtliche Interessen vertritt, womit das Vertretungsverhältnis hinreichend zum Ausdruck gebracht worden ist. Die Erteilung einer Vollmacht auch zur Erklärung eines Widerspruchs gemäß § 613 a Abs.6 BGB ist von der Beklagten nicht bestritten worden. Auf Seite 3 des anwaltlichen Schreibens wird ausdrücklich auf eine Widerspruchserklärung der Klägerin Bezug genommen. 78

Mit Zugang dieses von der Prozessbevollmächtigten der Klägerin unterzeichneten Schreibens ist dem Zweck des Schriftformerfordernisses ausreichend Rechnung getragen. Hintergrund der Einführung des Schriftformerfordernisses war es, dem Arbeitnehmer durch die erforderliche eigenhändige Unterzeichnung der Erklärung die Bedeutung des Widerspruchs bewusst werden zu lassen und ihn vor voreiligen Erklärungen zu schützen. Darüber hinaus soll die Schriftform für den Arbeitnehmer und die beteiligten Arbeitgeber die Beweisführung darüber erleichtern, ob der Arbeitnehmer tatsächlich widersprochen hat (vgl. BAG, Urteil vom 15.02.2007, 8 AZR 431/06 = DB 2007, 1468).

Da die Klägerin ihre Prozessbevollmächtigte unstreitig damit beauftragt hat, dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses zu widersprechen, ist dem Schutzzweck des Schriftformerfordernisses im Hinblick auf die Klägerin, die sich nach anwaltlicher Beratung zum Widerspruch entschlossen hat, ausreichend Rechnung getragen. Unter den gegebenen Umständen konnte auch für die Beklagte - unabhängig davon, ob das anliegende Widerspruchsschreiben unterzeichnet war oder nicht - kein Zweifel bestehen, dass die Klägerin einen Widerspruch einlegen wollte. Den Zwecken der Beweisführung wird dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass die Prozessbevollmächtigte in Vertretung der Klägerin gehandelt hat. 80

Das Schriftformerfordernis ist danach erfüllt. 81

b) 82

Die Klägerin hat dem Teilbetriebsübergang auch fristgerecht widersprochen. Die Monatsfrist des § 613 a Abs.6 BGB war wegen fehlerhafter Unterrichtung der Beklagten über den Teilbetriebsübergang noch nicht verstrichen. 83

Durch das Gesetz zur Änderung des Seemannsgesetzes und anderer Gesetze vom 23.März 2002 (BGBl. I S.1163) wurde § 613 a BGB mit Wirkung ab 1.April 2002 um die Absätze 5 und 6 ergänzt. § 613 a Abs.5 BGB bestimmt, dass der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber die von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang in Textform über den (geplanten) Zeitpunkt des Übergangs, den Grund für den Übergang, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen zu unterrichten hat. Gemäß § 613 a Abs.6 BGB kann der Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach Abs.5 schriftlich widersprechen. Der Widerspruch kann gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber oder dem neuen Inhaber erklärt werden. Rechtsfolge der unterbliebenen Unterrichtung nach § 613 a Abs.5 BGB ist, dass die Widerspruchsfrist gemäß Abs.6 nicht zu laufen beginnt. Nach allgemeiner Ansicht, der sich die Berufungskammer anschließt, gilt das auch für die unvollständige Unterrichtung (vgl. BAG, Urteil vom 24.05.2005, 8 AZR 398/04 = NZA 2005, 1978 m.w.N.; BAG, Urteil vom 13.07.2006, 8 AZR 305/05). 84

Die Unterrichtung soll dem Arbeitnehmer eine ausreichende Wissensgrundlage für die Ausübung oder Nichtausübung seines Widerspruchsrechtes geben (vgl. BT-Drucksache 14/7760 S.19). Auf der Grundlage der Information soll der Arbeitnehmer die Folgen des Betriebsübergangs für sich abschätzen können. Die erteilten Informationen müssen zutreffend sein. Ob die Unterrichtung ordnungsgemäß ist, kann vom Gericht überprüft werden (vgl. BAG, Urteil vom 13.07.2006, 8 AZR 305/05). 85

Vorstehenden Anforderungen genügt das Unterrichtungsschreiben der Beklagten vom 22.10.2004 nicht, denn die Beklagte hat die Klägerin jedenfalls nicht hinreichend über die 86

rechtlichen Folgen des Teilbetriebsübergangs unterrichtet.

Die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Betriebsübergangs ergeben sich nach der Gesetzesbegründung vor allem aus den Absätzen 1 bis 4 des § 613 a BGB. Der Gesetzgeber nennt insoweit - unter Bezugnahme auf § 613 a Abs.1 - 4 BGB - die Fragen der Weitergeltung oder Änderung der bisherigen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, der Haftung des bisherigen Arbeitgebers und des neuen Inhabers sowie des Kündigungsschutzes (BT-Drucksache 14/7760 S.19). Bereits aus der Gesetzesbegründung ist mithin zu entnehmen, dass auch über das Haftungssystem des 613 a Abs.2 BGB zu unterrichten ist. Dass die Unterrichtung über die rechtlichen Folgen auch Angaben zu der Haftung des bisherigen und des neuen Betriebsinhabers umfasst, wird auch in der Literatur überwiegend vertreten (vgl. ErfK., § 613 a BGB, Rdnr.85; Palandt, § 613 a BGB Rdnr.44; Willemsen/Müller Bonanni in Arbeitsrecht Kom., § 613 a BGB Rdnr.328; Küttner, Personalhandbuch 2006, 123 Rdnr.32; Grau, Unterrichts- und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang, S.166). Nunmehr hat auch das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 13.07.2006 (a.a.O.) entschieden, dass zur Unterrichtung über die rechtlichen Folgen u.a. sowohl der Hinweis auf den Eintritt des Übernehmers in die Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis (§ 613 a Abs.1 S.1 BGB) als auch auf die gesamtschuldnerische Haftung des Übernehmers und des Veräußerers nach § 613 a Abs.2 BGB gehört.

87

Diese Informationen sind dem Schreiben vom 22.10.2004 entgegen der Auffassung der Beklagten nicht zu entnehmen.

88

Der Hinweis auf den Übergang der Arbeitsverhältnisse gibt lediglich die in

89

§ 613 a Abs.1 BGB getroffene Regelung wieder und erschöpft sich letztlich in der Wiederholung des gesetzlich vorgegebenen Begriffs Übergang . Die reine Wiederholung des Gesetzeswortlauts genügt den Anforderungen des § 613 a BGB nicht. Erforderlich ist vielmehr eine konkrete betriebsbezogene Darstellung in einer auch für juristische Laien möglichst verständlichen Sprache (vgl. BAG a.a.O.) Selbst wenn der Auffassung der Beklagten gefolgt würde, dass sich aus dieser Formulierung ein Austausch der Vertragspartner entnehmen lässt, so wäre dadurch dennoch nichts über die Haftungsregelung des Abs.2 des § 613 a BGB gesagt. Dies räumt auch die Beklagte selbst ein. Sie kann sich indes nicht darauf berufen, der - auch nach ihrem eigenen Vorbringen - unterlassene Hinweis auf die gesamtschuldnerische Haftung gehöre nicht zu den zwingenden Informationen gemäß § 613 a Abs.5 BGB, weil es sich dabei um eine für den Arbeitnehmer günstige Regelung handle, die diesen - nach einem entsprechenden Hinweis - sicherlich nicht dazu veranlassen könnte, deshalb dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu widersprechen.

90

Dazu ist zunächst festzustellen, dass einer Begrenzung des Unterrichtsinhaltes nach § 613 a Abs.5 Nr.3, 4 BGB auf lediglich objektiv nachteilige Auswirkungen - wovon die Beklagte offensichtlich ausgeht - der Wortlaut und Zweck der Norm entgegensteht. § 613 a Abs.5 Nr.3 BGB spricht von Folgen und nicht von Nachteilen des Übergangs für die Arbeitnehmer. Auch der Begriff der Maßnahmen im Sinne von § 613 a Abs.5 Nr.4 BGB ist insoweit neutral (vgl. dazu Grau, a.a.O. S.150). Danach hat der Arbeitgeber bereits nach dem Wortlaut der Norm über alle Folgen des Betriebsübergangs zu unterrichten, ohne dass ihm das Recht einer Bewertung der Folgen als günstig oder ungünstig zusteht. Diese Auffassung steht auch in Einklang mit der Gesetzesbegründung und der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, nach der - wie bereits ausgeführt - die Frage der Haftung des bisherigen Arbeitgebers und des neuen Inhabers zu den Folgen gehört, über die der Arbeitgeber zu unterrichten hat.

91

Unerheblich ist, ob die Haftungsfrage bei der Entscheidung des Arbeitnehmers für oder gegen den Betriebsübergang im Einzelfall eine Rolle spielt. Es ist nicht erforderlich, dass eine Kausalität zwischen fehlerhafter Unterrichtung und Erklärung des Widerspruchs festgestellt werden kann, denn aus welchen Gründen der Arbeitnehmer sich weigert, das Arbeitsverhältnis mit dem neuen Arbeitgeber fortzusetzen, ist grundsätzlich unerheblich. Die Angabe eines Grundes ist für die Ausübung des Widerspruchsrechtes ebenso wenig von Belang wie das zugrunde liegende Motiv des Arbeitnehmers (BAG, Urteil vom 30.10.2003, 8 AZR 491/02 = NZA 2004, 481). Eine ordnungsgemäße Unterrichtung i.S.d. § 613 a Abs.5 BGB setzt nach dem Willen des Gesetzgebers und dem Wortlaut der Norm mithin immer eine Darstellung der haftungsrechtlichen Folgen eines Betriebsübergangs voraus.

Abgesehen davon wird dem betroffenen Arbeitnehmer erst durch die Darstellung der begrenzten Nachhaftung des bisherigen Arbeitgebers deutlich vor Augen geführt, dass ein endgültiger Schuldnerwechsel eintritt und der bisherige Arbeitgeber nur noch begrenzt haftet. 93

Da eine Kausalität zwischen fehlerhafter Unterrichtung und Erklärung des Widerspruchs nicht erforderlich ist, ist - jedenfalls für die Feststellung, ob die Unterrichtung fehlerhaft war - unerheblich, ob der Klägerin die haftungsrechtlichen Folgen eines Betriebsübergangs aus einem anderen Zusammenhang bereits bekannt waren. Die gerichtliche Überprüfung beschränkt sich insoweit allein darauf, ob das Unterrichtungsschreiben den gesetzlichen Anforderungen genügt, denn nach dem Gesetzeswortlaut hat die Unterrichtung unabhängig von einem etwaigen Kenntnisstand des Arbeitnehmers in Textform zu erfolgen. 94

Die Beklagte hat die Klägerin danach über die rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs unvollständig unterrichtet. Zwar hat das Bundesarbeitsgericht in einer weiteren Entscheidung vom 13.07.2006 (8 AZR 303/05, zitiert nach juris) darauf hingewiesen, dass eine Unterrichtung über komplexe Rechtsfragen im Rahmen des § 613 a Abs.5 BGB dann nicht fehlerhaft ist, wenn der Arbeitgeber bei angemessener und gewissenhafter Prüfung der Rechtslage rechtlich vertretbare Informationen gegenüber dem Arbeitnehmer kundtut. Eine derartige Ausnahmesituation ist vorliegend bei der Frage über die Belehrung der gesamtschuldnerischen Haftung ersichtlich nicht gegeben. Hierbei handelt es sich schon nicht um eine komplexe Rechtsfrage. Abgesehen davon hat die Beklagte die Rechtslage offensichtlich nicht gewissenhaft geprüft, denn schon in Anwaltsformularbüchern (so z.B. in Bauer, Lingemann, Haussmann, Anwaltsformularbuch 2004, Kap.56, MM 56.1) wird in einem Formulierungsvorschlag die Haftungsregelung ebenfalls dargestellt. Zudem hat auch vor der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts - wie bereits ausgeführt - die ganz herrschende Meinung den Hinweis auf die Haftung für erforderlich gehalten. Hätte die Beklagte die Rechtslage geprüft, hätte sie zu dem Ergebnis kommen müssen, dass eine gesonderte Belehrung über die Haftung erforderlich ist. Der Rechtsstandpunkt der Beklagten ist auch nicht vertretbar. 95

Abgesehen davon fehlt in dem Unterrichtungsschreiben jegliche Information zu § 613 a Abs. 4 BGB. Ausweislich des Inhalts des Unterrichtungsschreibens hat die Beklagte die Klägerin nicht darauf hingewiesen, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Übergangs eines Betriebes oder eines Betriebsteils unwirksam ist. Ausweislich der Begründung zum Regierungsentwurf (BT-Drucks. 14/7760, S.19) gehören zum Pflichtbestandteil der Unterrichtung gemäß § 613 a Abs. 5 Nr. 3 BGB auch die kündigungsrechtlichen Folgen des Betriebsübergangs. Dies entspricht auch der überwiegend in der Literatur geäußerten Ansicht (vgl. Hauck, Der Widerspruch beim Betriebsübergang, NZA Sonderbeilage 1/2004, S.43 ff; Grau, a.a.O., m.w.N.). Auch das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 13.07.2006 darauf hingewiesen, dass 96

zur Unterrichtung über die rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs grundsätzlich auch ein Hinweis auf die kündigungsrechtliche Information gehört, so denn Kündigungen im Raum stehen. Ob das Bundesarbeitsgericht insoweit eine Einschränkung der Hinweispflicht vornehmen will, kann letztlich dahinstehen, da die Unterrichtung bereits wegen der fehlenden Unterrichtung über die Haftung fehlerhaft ist.

Umstritten ist, ob zur Pflicht, über die wirtschaftlichen Folgen des Betriebsübergangs zu unterrichten, auch erforderlich ist, Angaben über die Solvenz des Betriebserwerbers zu machen. Das Bundesarbeitsgericht hat diese Frage bisher offengelassen. Vorliegend sind durchaus Anhaltspunkte dafür gegeben, dass die Beklagte auch über die Solvenz der Erwerberin und ihre Überlebensfähigkeit falsch unterrichtet hat. Nach Auffassung der Berufungskammer kann vorliegend jedoch offen bleiben, ob die Beklagte dazu verpflichtet war, die Arbeitnehmer über die wirtschaftliche Situation der Erwerberin zu unterrichten oder die erfolgten Angaben dazu - mit oder ohne Berücksichtigung der außerhalb des Unterrichtungsschreibens erteilten Informationen - sogar falsch waren, denn die Unterrichtung war aus den bereits vorstehend dargelegten Gründen unvollständig und damit fehlerhaft.

97

Der Hinweis der Beklagten, der Inhalt des Informationsschreibens sei in enger Abstimmung mit der Arbeitnehmervertretung verfasst worden, ist nicht nachvollziehbar, denn zum einen besteht der Unterrichtsanspruch des einzelnen Arbeitnehmers als individueller Auskunftsanspruch unabhängig von Unterrichtsrechten des Betriebsrates, zum anderen wird ein objektiv fehlerhaftes Unterrichtungsschreiben durch Abstimmung mit der Arbeitnehmervertretung nicht inhaltlich richtig.

98

c)

99

Der Widerspruch der Klägerin ist nicht verfristet. Aufgrund der fehlerhaften Unterrichtung ist die einmonatige Frist für die Ausübung des Widerspruchsrechtes nicht in Lauf gesetzt worden.

100

Wie bereits dargelegt, ist Folge einer fehlerhaften Unterrichtung nach ganz herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung, dass die Widerspruchsfrist des § 613 a Abs.6 BGB nicht läuft. Es macht insoweit keinen Unterschied, ob und aus welchen Gründen der Arbeitnehmer überhaupt nicht, nicht ausreichend bzw. ganz oder in Teilen fehlerhaft informiert worden ist. Eine einschränkende Auslegung der Anforderungen für ein Auslösen der Widerspruchsfrist wird weder der Entstehungsgeschichte noch Wortlaut und Systematik von § 613 a Abs.5, 6 BGB gerecht. In der Gesetzesbegründung wird ausdrücklich betont, dass die Erklärungsfrist für den Widerspruch erst nach vollständiger und ordnungsgemäßer Unterrichtung zu laufen beginnt. Wird - wie vorliegend - festgestellt, dass eine fehlerhafte Unterrichtung vorliegt, wird die Widerspruchsfrist somit nicht in Gang gesetzt.

101

Eine zeitliche Begrenzung des Widerspruchsrechtes in Form einer absoluten Ausschlussfrist sieht das Gesetz nicht vor. Eine Analogie zu § 5 Abs.3 S.3 KSchG ist nach herrschender Meinung im Schrifttum unzulässig (vgl. ErfK/Preis, § 613 a BGB Rdnr.96; Staudinger/Annuß, § 613 a BGB, Rdnr.170; Franzen, RdA 2002, S.258; Grau RdA 2005, S.367; Rieble, NZA 2004, S.1).

102

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist in den Fällen, in denen eine Unterrichtung nicht oder nicht hinreichend stattgefunden hat, § 5 Abs.3 S.2 KSchG nicht entsprechend anzuwenden. Die Berufungskammer folgt dieser in der

103

104

Literatur geäußerten Mindermeinung nicht.

Eine Analogie in Form einer Gesetzes- oder Rechtsanalogie ist nur möglich, wenn eine planwidrige Regelungslücke und ein vergleichbarer Sachverhalt vorliegt (vgl. BAG, Urteil vom 02.03.2006, 8 AZR 124/05 = BB 2006, 1339). Vorliegend fehlt es in Anbetracht der Entstehungsgeschichte der Neuregelung des § 613 a BGB bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Die Änderungsanträge der Fraktionen von CDU/CSU und FDP zur Verankerung einer absoluten Höchstfrist sind diskutiert und schließlich von der Ausschussmehrheit verworfen worden (vgl. BT-Drucks, 14/8128 S.4). Daraus muss der Schluss gezogen werden, dass der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen hat, in § 613 a Abs.6 BGB eine zeitliche Ausschlussregelung zu verankern. Die Behauptung der Beklagten, der Antrag der Fraktionen sei gar nicht diskutiert, sondern lediglich deshalb verworfen worden, weil er eben von der Opposition vorgeschlagen worden sei, ist eine Vermutung, die durch keinerlei Tatsachen zu belegen ist. Die Berufungskammer verkennt nicht, dass das Fehlen einer absoluten Höchstfrist insbesondere für die Parteien der Betriebsübertragung risikobehaftet und unter dem Gesichtspunkt von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit problematisch ist. Die Rechtsprechung ist jedoch nicht dazu befugt, sich über die gesetzgeberische Entscheidung im Wege der Gesetzes- oder Rechtsanalogie hinwegzusetzen (BAG, a.a.O.).

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass der alte und der neue Betriebsinhaber einem derart unbeschränkten Widerspruchsrecht nicht schutzlos ausgeliefert ist. So können inhaltlich fehlerhafte oder unvollständige Angaben durch Ergänzung bzw. Ersetzung mit Wirkung für die Zukunft durch die Unterrichtungsschuldner ohne weiteres richtig gestellt werden mit der Folge, dass der Anspruch der Arbeitnehmer aus § 613 a Abs.5 BGB erlischt, wenn die nach dem Gesetz notwendigen Angaben in der Zusammenschau zum ersten Mal vollständig vorliegen (vgl. Grau a.a.O., S.221). Die Unterrichtungsschuldner haben es mithin in der Hand, die Folgen eines Unterrichtsfehlers zeitlich zu begrenzen. Stellen sie sich - wie vorliegend die Beklagte - auf den Standpunkt, die Unterrichtung sei fehlerfrei erfolgt und holen auch nicht - zumindest vorsorglich - eine fehlerfreie Unterrichtung nach, so müssen sie unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens hinnehmen, dass die Arbeitnehmer grundsätzlich zeitlich unbegrenzt dem Betriebsübergang widersprechen können.

Dies gilt vorliegend insbesondere im Hinblick darauf, dass die Klägerin bereits mit Schreiben vom 24.06.2005 deutlich zu erkennen gegeben hat, dass sie einen weiteren Informationsbedarf hat. Trotz dieses Hinweises hat die Beklagte sich nicht veranlasst gesehen, ergänzende Hinweise zu erteilen oder zumindest durch ein Tätigwerden ihrerseits Klarheit darüber herbeizuführen, ob die Klägerin ein Widerspruchsrecht ausüben will oder nicht.

Es ist mithin davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer im Falle einer fehlerhaften Unterrichtung von seinem Widerspruchsrecht grundsätzlich unbefristet Gebrauch machen kann. Danach war der Widerspruch der Klägerin mit Schreiben vom 10.04.2006 jedenfalls nicht verfristet.

d)

Das Widerspruchsrecht der Klägerin ist auch nicht verwirkt.

aa)

112

Nach herrschender Meinung findet das Widerspruchsrecht seine Begrenzung in zeitlicher Hinsicht nur durch das allgemeine Rechtsinstitut der Verwirkung (vgl. Grau, a.a.O., S.295 mit einer Vielzahl weiterer Hinweise). Das Bundesarbeitsgericht hält - auch nach der neuen Rechtslage - daran fest, dass das Widerspruchsrecht wegen Verwirkung ausgeschlossen sein kann (vgl. BAG, Urteil vom 13.07.2006, 8 AZR 382/05, n.v.). Streitig ist im Einzelnen, wie viel Zeit vergangen sein muss und welche Umstände gegeben sein müssen, damit von einer Verwirkung des Widerspruchsrechts ausgegangen werden kann.

Ein Anspruch verwirkt, wenn der Anspruchsberechtigte erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums den Anspruch erhebt (Zeitmoment) und dadurch beim Verpflichteten einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, er werde nicht mehr in Anspruch genommen (Umstandsmoment). Hierbei muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf Seiten des Verpflichteten das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist (BAG, Urteil vom 22.07.2004, 8 AZR 350/03). Dabei dient die Verwirkung dem Vertrauensschutz und verfolgt nicht den Zweck, den Schuldner stets dann von seiner Verpflichtung zu befreien, wenn dessen Gläubiger längere Zeit seine Rechte nicht geltend gemacht hat (vgl. BAG, Urteil vom 13.07.2006,

113

8 AZR 382/05 = NZA 2006, 1406).

114

Für die Erfüllung des Zeitmoments sind im Schrifttum zu § 613 a Abs.5, 6 BGB verschiedentlich Mindest- bzw. Höchstfristen genannt worden. Die in Betracht gezogenen Fristen schwanken zwischen 1 Monat und 1 Jahr. Eine Festlegung auf abstrakte Fristen ist nach Auffassung der Berufungskammer jedoch ausgeschlossen, weil sich die Tatsache, ab wann ein Untätigsein als vertrauensbildend und damit als für eine Verwirkung relevant gewertet werden kann, letztlich nur bei einzelfallbezogener Abwägung der Umstände ermitteln lässt. Der Verwirkungstatbestand ist als außerordentlicher Rechtsbehelf ein Fall der unzulässigen Rechtsausübung. In der illoyal verspäteten Geltendmachung eines Rechts liegt ein Verstoß gegen Treu und Glauben (vgl. Palandt/Heinrichs,

115

§ 242 BGB Anm. 87). Die Frage des Verstoßes gegen Treu und Glauben lässt sich daher nur für den Einzelfall klären. Eine schematisierende Betrachtungsweise wird dem nicht gerecht (BAG, Urteil vom 20.05.1988, 2 AZR 711/87

116

= DB 1988, 2156).

117

Zur Bestimmung der Dauer des Zeitmoments ist daher nicht auf eine starre Höchst- oder Regelfrist abzustellen, sondern auf die konkreten Umstände des Einzelfalls (BAG, Urteil vom 27.01.2000, 8 AZR 106/99, zitiert nach juris). Auch das Bundesarbeitsgericht hat nunmehr eine Höchstfrist, beispielsweise von sechs Monaten, abgelehnt (vgl. BAG, Urteil vom 13.07.2006, 8 AZR 382/05

118

= NZA 2006,1406).

119

Für die Beantwortung der Frage, ob das Zeitmoment erfüllt ist, ist zunächst zu klären, ab wann der Lauf des Zeitmoments überhaupt beginnt. Dabei ist als wesentliches Kriterium zu berücksichtigen, dass die Widerspruchsfrist nach

120

§ 613 a Abs. 6 BGB nicht mehr - wie nach der früheren Rechtsprechung zu

121

§ 613 a BGB - an die Kenntnis des Arbeitnehmers vom Betriebsübergang anknüpft, sondern an die Unterrichtung nach Abs. 5. Unter Berücksichtigung dieses sich daraus ergebenden

122

Gesetzeszweckes, nämlich das Interesse des Arbeitnehmers an einer hinreichenden Informationsbasis für die Ausübung der Widerspruchsentscheidung und dem Ziel des Gesetzgebers, die ordnungsgemäße Unterrichtung des Arbeitnehmers durch ein ansonsten unbefristetes Widerspruchsrecht abzusichern, kann nach Auffassung der Berufungskammer das Zeitmoment nicht - wie die Beklagte meint - ab dem Zeitpunkt des Zugangs des Unterrichtungsschreibens, sondern - wenn überhaupt - frühestens ab dem Zeitpunkt beginnen, zu dem der Arbeitnehmer Kenntnis davon erlangt, dass die Unterrichtung fehlerhaft war (so auch Willemsen/Müller-Bonanni in Arbeitsrecht Komm., § 613 a BGB Rdnr.340).

So hat auch das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 12.12.2006 (9 AZR 747/06, zitiert nach juris) ausgeführt, der für die Verwirkung maßgebliche Zeitraum beginne, sobald der Kläger seine Rechte erkennen und sie der Beklagten gegenüber geltend machen könne. 123

Diese Auffassung wird durch die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 24.05.2005, 8 AZR 398/04 (= NZA 2005, 1302) gestützt. In dieser Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht ausgeführt, die unvollständige Unterrichtung nach § 613 a Abs. 5 BGB hindere den Lauf der Widerspruchsfrist gemäß § 613 a Abs. 6 S.1 BGB. Dadurch sei der Arbeitnehmer ausreichend geschützt, er sei nicht im Zugzwang. Er könne abwarten und z.B. seinen Unterrichtsanspruch nach § 613 a Abs. 5 BGB verfolgen. Es bestehe kein Grund für ihn, das Widerspruchsrecht auf einer unzureichenden Tatsachenbasis auszuüben. Ist somit die Auffassung richtig, dass der Arbeitnehmer bei einer unvollständigen Unterrichtung - in Kenntnis des Betriebsübergangs - nicht im Zugzwang ist, sondern abwarten darf, kann der Lauf des Zeitmoments der Verwirkung frühestens ab Kenntnis des Arbeitnehmers von der Unvollständigkeit der Unterrichtung beginnen. 124

Der dieser Bewertung zugrunde liegende Rechtsgedanke ergibt sich auch aus § 124 BGB. Nach § 124 BGB beginnt die Jahresfrist für die Anfechtung im Falle der arglistigen Täuschung in dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt. Dieser Rechtsgedanke übertragen auf das Widerspruchsrecht bedeutet, dass das Zeitmoment für die Verwirkung in dem Zeitpunkt beginnt, in dem der Arbeitnehmer die Fehlerhaftigkeit der Unterrichtung entdeckt. Die Übertragung des Rechtsgedankens des § 124 BGB auf den Beginn des Zeitmoments für die Verwirkung des Widerspruchsrechtes wird nach Auffassung der Kammer sowohl der gesetzgeberischen Intention, den Arbeitgeber zu einer vollständigen und richtigen Unterrichtung anzuhalten, gerecht, als auch dem Grundsatz, dass jedes Recht der Verwirkung unterliegt. Schließlich würde die Auffassung, das Zeitmoment bereits ab dem Betriebsübergang bzw. dem Zugang des Unterrichtungsschreibens beginnen zu lassen, entgegen dem gesetzgeberischen Willen, dem Arbeitnehmer bei fehlerhafter Unterrichtung ein unbefristetes Widerspruchsrecht zu gewähren, im Endeffekt dazu führen, durch das Zeitmoment der Verwirkung doch eine Höchstfrist für den Widerspruch einzuführen. 125

Für einen Arbeitnehmer besteht keine Pflicht, sich zeitnah nach Erhalt des Widerspruchs Schreibens durch Einholen von Rechtsrat darüber informieren zu lassen, ob das Informationsschreiben den rechtlichen Anforderungen genügt oder nicht, um sich die erforderliche Kenntnis zu verschaffen. Er darf sich zunächst darauf verlassen, dass die ihm erteilten Auskünfte richtig und vollständig sind. Die Pflicht zur ordnungsgemäßen und fehlerfreien Unterrichtung liegt insofern in der Risikosphäre des Arbeitgebers. Dies ergibt sich - wie bereits ausgeführt - aus dem gesetzgeberischen Willen, die Widerspruchsfrist erst dann beginnen zu lassen, wenn die Unterrichtung fehlerfrei erfolgt ist und der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 13.07.2006 (8 AZR 303/05), wonach dem 126

Unterrichtungspflichtigen eine angemessene und gewissenhafte Prüfung der Rechtslage aufzuerlegen ist.

Unter Berücksichtigung vorstehender Ausführungen konnte die Klägerin frühestens aus der Stellung des Antrages auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch die B. Photo GmbH einen Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass die Unterrichtung über den Betriebsübergang möglicherweise fehlerhaft gewesen sein könnte. Diesen Anhaltspunkt hat die Klägerin zum Anlass genommen, die Beklagte bereits mit Schreiben vom 24.06.2005 darauf hinzuweisen, dass sie sich nicht ordnungsgemäß unterrichtet fühlt und um eine Vervollständigung der Informationen bittet. Damit hat die Klägerin den ihr zustehenden Anspruch auf ordnungsgemäße Unterrichtung geltend gemacht. Ist die Unterrichtung nicht ordnungsgemäß, bleibt die Unterrichtungspflicht bestehen, bis sie erfüllt wird. Die Unterrichtungspflicht ist als echter Auskunftsanspruch der Arbeitnehmer anzusehen, der auch in Form eines Erfüllungsanspruchs eingeklagt werden kann (vgl. Hauck, Der Widerspruch beim Betriebsübergang, a.a.O.). Trotz entsprechender Aufforderung hat die Beklagte den Auskunftsanspruch nicht erfüllt. 127

Unter diesen Umständen ist bereits die Erfüllung des Zeitmoments zweifelhaft, denn nicht die Klägerin ist untätig geblieben, sondern die Beklagte. 128

bb) 129

Ob unter Berücksichtigung der Gesamtumstände von der Erfüllung des Zeitmoments ausgegangen werden kann, kann letztlich dahinstehen, da die Klägerin nach Auffassung der Berufungskammer durch ihr Schreiben vom 24.06.2005 - entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts - kein vertrauensbegründendes, sondern ein vertrauenszerstörendes Umstandsmoment gesetzt hat mit der Folge, dass die Beklagte sich schon aus diesem Grund nicht auf eine Verwirkung des Rechts der Klägerin berufen kann. 130

Eine Verwirkung gilt bereits dann als ausgeschlossen, wenn der Berechtigte in irgend einer Weise zu erkennen gibt, dass er möglicherweise auf seinem Recht besteht (vgl. Grau, a.a.O. S.303 m.w.N.). Mit ihrem Schreiben vom 24.06.2005 hat die Klägerin ausdrücklich erklärt, dass sie sich die Ausübung des Widerspruchrechtes vorbehaltlich der weiteren Überprüfungen des vorläufigen Insolvenzverwalters und nach Eingang der weiteren Informationen durch die Beklagte vorbehält. Für die Beklagte war damit deutlich erkennbar, dass die Klägerin zunächst ein Handeln der Beklagten erwartete und außerdem die weiteren Ermittlungen durch den vorläufigen Insolvenzverwalter abwarten wollte, um danach ihre Entscheidung zu treffen. Damit hat die Klägerin auf Seiten der Beklagten einen vertrauenszerstörenden Umstand gesetzt. Bei dieser Sachlage konnte die Beklagte gerade nicht davon ausgehen, die Klägerin werde - ohne ein Handeln der Beklagten - ihr Recht nicht mehr geltend machen. Dennoch hat die Beklagte das Schreiben der Klägerin unbeantwortet gelassen und offensichtlich gehofft, die Klägerin werde ihr Recht nicht weiter verfolgen, so dass sie - die Beklagte - sich nach einem gewissen Zeitablauf auf eine Verwirkung des Rechts berufen könnte. Wie bereits ausgeführt verfolgt das Rechtsinstitut der Verwirkung jedoch nicht den Zweck, den Schuldner aufgrund Zeitablaufs von seiner Verpflichtung zu befreien, sondern dient dem Vertrauensschutz. Auf einen Vertrauensschutz kann die Beklagte sich unter den gegebenen Umständen nicht berufen. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass die Beklagte es in der Hand gehabt hätte, durch eine Beantwortung des Schreibens der Klägerin - selbst wenn es nur der Hinweis gewesen wäre, sie halte ihre erteilten Informationen für richtig und vollständig - die Rechtslage zu klären und den Tatbestand der Verwirkung herbeizuführen, wenn die Klägerin sodann trotzdem untätig geblieben wäre. 131

Zudem ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Beklagte kurz nach Beantragung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die B. Photo GmbH betreffend von einer größeren Anzahl anderer Arbeitnehmer eine Widerspruchserklärung erhalten hat und von diesen gerichtlich auf das Bestehen von Arbeitsverhältnissen in Anspruch genommen worden ist mit der Begründung, dass das Unterrichtungsschreiben fehlerhaft sei. Sie musste deshalb damit rechnen, dass auch andere Arbeitnehmer aufgrund der gerügten und tatsächlich bestehenden Fehlerhaftigkeit der Unterrichtung - insbesondere nach weiterer Aufklärung der Sach- und Rechtslage - von ihrem Widerspruchsrecht noch Gebrauch machen werden. Bei dieser Sachlage konnte die Beklagte gerade kein Vertrauen dahingehend bilden, die Klägerin, die sich ihre Rechte ausdrücklich vorbehalten hatte, werde trotz der Fehlerhaftigkeit der Unterrichtung keinen Widerspruch erklären. Der Umstand, dass die Klägerin ihre Rechte nicht zur gleichen Zeit wie die anderen Arbeitnehmer geltend gemacht hat, konnte bei der Beklagten kein schützenswertes Vertrauen begründen (vgl. dazu BAG, Urteil vom 24.05.2006, 7 AZ 365/05, zitiert nach juris, zur Arbeitnehmerüberlassung und der Verwirkung des Rechts, das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses geltend zu machen), denn - wie bereits ausgeführt - reicht der Zeitablauf nach Kenntnis von dem noch bestehenden Widerspruchsrecht allein nicht aus, um den Tatbestand der Verwirkung zu bejahen.

132

Diese Bewertung wird auch von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in vergleichbaren Fällen gestützt.

133

In einem Verfahren, in dem die Parteien über die Verwirkung einer Qualifikationszulage stritten, hat das Bundesarbeitsgericht im Rahmen der Verwirkung ausgeführt, gerade weil Kollegen der - dortigen - Klägerin gleich gelagerte Ansprüche geltend gemacht hatten, habe die Beklagte damit rechnen müssen, dass andere Arbeitnehmer dies zum Anlass nehmen würden, ihrerseits Ansprüche zu erheben. Wenn die - dortige - Beklagte wegen der Klageerhebung durch zwei Ärzte die Rechtslage mit der Klägerin hätte klären wollen, hätte sie von sich aus auf die Klägerin zugehen können (vgl. BAG, Urteil vom 14.02.2007, 10 AZR 35/06 = NJW 2007, 2063).

134

Auch bezogen auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 17.01.2007 (7 AZR 23/06, zitiert nach juris, Rdnr. 33) darauf hingewiesen, dass selbst die jahrelange Untätigkeit des dortigen Klägers während eines gleichgelagerten Rechtsstreits zwischen der dortigen Beklagten und anderen Arbeitnehmern wegen des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses für eine Annahme der Verwirkung nicht ausreicht. Die dortige Beklagte habe vielmehr damit rechnen müssen, dass - je nach Ausgang des Rechtsstreits - auch andere Arbeitnehmer wie der Kläger vergleichbare Ansprüche geltend machen würden.

135

In seiner Entscheidung vom 13.07.2006 (8 AZR 382/05, zitiert nach juris) hat das Bundesarbeitsgericht bezogen auf ein Widerspruchsrecht bei einem Betriebsübergang ausgeführt, die dortige Beklagte habe bereits seit Zugang der Klageschrift, in der das Bundesarbeitsgericht noch keine Widerspruchserklärung sah, nicht mehr darauf vertrauen dürfen, dass die dortige Klägerin nicht mehr von ihrem Widerspruchsrecht Gebrauch machen werde. Die Beklagte habe aufgrund ihrer Inanspruchnahme damit rechnen müssen, dass die Klägerin mit fortschreitender Aufklärung der Rechtslage ihr Widerspruchsrecht ausüben werde.

136

Die Beklagte musste vorliegend gerade im Hinblick auf das Schreiben der Klägerin vom 24.06.2005 und den gegen sie bereits geführten Klageverfahren anderer Arbeitnehmer damit rechnen, dass auch die Klägerin ihren Anspruch noch geltend machen wird. Durch das Schreiben der Klägerin vom 24.06.2005 war die Beklagte gewarnt und hätte es in der Hand

137

gehabt, eine Entscheidung der Klägerin herbeizuführen. Da sie sich darauf beschränkt hat, das weitere Vorgehen der Klägerin abzuwarten, kann sie sich nicht auf eine Verwirkung berufen. Das Verhalten der Klägerin hat der Entstehung eines Vertrauensstatbestandes auf Seiten der Beklagten gerade entgegen gewirkt.

cc) 138

Diesem Ergebnis steht weder die Weiterarbeit der Klägerin noch die von ihr ausgesprochene Eigenkündigung entgegen. Dadurch hat die Klägerin kein Umstandsmoment gesetzt, das die vertrauenszerstörende Wirkung ihres Schreibens vom 24.06.2005 beendet hat. 139

Das Umstandsmoment muss so beschaffen sein, dass der bisherige und der neue Betriebsinhaber im Zusammenspiel mit dem Zeitmoment berechtigt darauf vertrauen dürfen, der Arbeitnehmer werde sich dem in § 613 a Abs. 1 S.1 BGB angeordneten Vertragspartnerwechsel nicht mehr durch einen Widerspruch widersetzen. Das Vorliegen des Zeitmomentes indiziert dabei nicht das sogenannte Umstandsmoment, denn es ist - wie bereits ausgeführt - nicht Zweck der Verwirkung, Schuldner, denen gegenüber der Gläubiger ihre Rechte längere Zeit nicht geltend gemacht haben, von ihrer Verpflichtung zur Leistung vorzeitig zu befreien. Deshalb kann der Zeitablauf allein die Verwirkung eines Rechts nicht rechtfertigen, sondern es bedarf darüber hinausgehender besonderer Umstände für die berechtigte Erwartung des Schuldners, dass er nicht mehr in Anspruch genommen wird. Dabei ist im Hinblick auf das Widerspruchsrecht ein besonders strenger Maßstab anzulegen, denn schließlich haben es der neue und der alte Arbeitgeber in der Hand, durch vollständige und ordnungsgemäße Unterrichtung die Widerspruchsfrist in Gang zu setzen. Informieren sie - ob bewusst oder unbewusst - fehlerhaft, müssen schon besondere Umstände vorliegen, damit ein Vertrauen dahingehend entstehen kann, der Arbeitnehmer werde trotz des Informationsdefizits dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht widersprechen (so auch LAG N., Urteil vom 30.06.2005, 2 Sa 1169/04 = LAGE § 613 a BGB 2002 Nr.7). 140
Entscheidender Gesichtspunkt ist insoweit, dass die Verwirkung dem Vertrauensschutz dient.

Entgegen der Auffassung der Beklagten reicht die tatsächliche Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem neuen Arbeitgeber angesichts der im Falle der fehlerhaften Unterrichtung nicht laufenden Widerspruchsfrist nicht aus, um daraus auf eine Zustimmung des Arbeitnehmers zum Arbeitgeberwechsel zu schließen. Dies ergibt sich bereits als Konsequenz aus der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Überlegungsfrist, die in Fällen fehlerhafter Unterrichtung eben noch nicht läuft. Die Tatsache der Vertragsfortführung mit dem neuen Betriebsinhaber kann mithin grundsätzlich vor Ablauf der Widerspruchsfrist nicht als Zustimmung des Arbeitnehmers zum Arbeitgeberwechsel oder als stillschweigender Widerspruchsrechtsverzicht gewertet werden mit der Folge der Erfüllung des Umstandsmomentes der Verwirkung. In diesem Fall ist mit der Weiterarbeit kein irgendwie gearteter Erklärungsinhalt verbunden. Vielmehr stellt die Arbeit beim Erwerber eine geeignete Maßnahme dar, den Vorwurf des böswilligen Unterlassens anderweitigen Erwerbs gemäß § 615 S. 2 BGB zu vermeiden. 141

Die Klägerin hat das Umstandsmoment im Rahmen der Verwirkung auch nicht dadurch erfüllt, dass sie gegenüber der Erwerberin eine Eigenkündigung ausgesprochen hat und ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen ist. Zu Recht hat die Klägerin in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass sie unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht dazu verpflichtet war, Gehaltsdifferenzen so gering wie möglich zu halten. Wenn sie bei der hier gegebenen unklaren Sach- und Rechtslage eine schadensmindernde rechtliche Möglichkeit wahrnimmt, ein neues Arbeitsverhältnis einzugehen, ist darin kein vertrauensbegründender Umstand zugunsten der Beklagte zu 142

sehen, die Klägerin werde ihr Widerspruchsrecht - trotz des von ihr bereits erklärten Vorbehalts - nicht mehr ausüben. Außerdem ist nicht ersichtlich, wieso aus diesem Umstand ein schutzwürdiges Vertrauen auf Seiten der Beklagten entstehen konnte, denn der Beklagten war vor dem Widerspruch der Klägerin nach deren unwidersprochenem Vortrag gar nicht bekannt, dass die Klägerin gegenüber der Erwerberin eine Eigenkündigung ausgesprochen hatte. Nach Auffassung der Berufungskammer kann die Beklagte sich nicht mit Erfolg darauf berufen, ihr sei die Kenntnis der Erwerberin zuzurechnen. Um das erforderliche schutzwürdige Vertrauen zu bilden, ist die eigene Kenntnis desjenigen erforderlich, der sich auf den Schutz dieses Vertrauens beruft. Dies ergibt sich daraus, dass es der Verpflichtete ist, der sich im Falle der Verwirkung darauf einstellen darf, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden. Verpflichteter ist im Falle des Widerspruchs aber nicht die Erwerberin, sondern die Beklagte als Veräußerin.

Entgegen der Auffassung der Beklagten führt auch eine Gesamtschau des Verhaltens der Klägerin nicht zu der Annahme, sie habe ein vertrauensbegründendes Umstandsmoment gesetzt. Sie hat lediglich in einer unklaren Rechtslage die ihr zustehenden rechtlichen Möglichkeiten wahrgenommen. Auf die für sie unklare Rechtslage hat die Klägerin die Beklagte auch hingewiesen. Die Beklagte hingegen hat keinerlei Anstrengungen unternommen, eine Klärung der Rechtslage herbeizuführen. Sie hat das Schreiben der Klägerin nicht einmal beantwortet und sie damit völlig im Unklaren darüber gelassen, ob nach Auffassung der Beklagten ein unrichtige oder unvollständige Unterrichtung vorliegt oder nicht. Nach Auffassung der Berufungskammer kann ein Arbeitgeber, zudem bei einer noch bestehenden Informationspflicht aufgrund nicht ordnungsgemäßer Unterrichtung, der erkennt, dass der Arbeitnehmer sich in einer für ihn nicht klaren Rechtslage befindet und dennoch die Rechtslage - wenn auch aus seiner subjektiven Sicht - gegenüber dem Arbeitnehmer nicht aufklärt, auf Handlungen des Arbeitnehmers, die dazu dienen, sich seine rechtlichen Möglichkeiten zu erhalten oder seinen Lebensunterhalt zu sichern, kein schutzwürdiges Vertrauen gründen, der Arbeitnehmer werde seine Rechtsposition aufgeben. Es kann zudem nicht als treuwidrig angesehen werden, wenn ein Arbeitnehmer, der angesichts der schwierigen Sach- und Rechtslage nicht erkennen kann, ob seine Widerspruchserklärung Erfolg haben wird, in Wahrung seiner Interessen - und letztlich auch der der Beklagten, deren Verpflichtung zur Zahlung von Annahmeverzugslohn ggf. gemindert wird - ein neues Arbeitsverhältnis eingeht. Diese Wertung ergibt sich auch aus dem Rechtsgedanken, der § 12 KSchG zugrunde liegt. Im Übrigen war die Klägerin - wie bereits ausgeführt - nicht dazu verpflichtet, zu einem früheren Zeitpunkt, zum Beispiel bei Insolvenzeröffnung, den Widerspruch zu erklären. 143

Danach ist das Widerspruchsrecht der Klägerin nicht verwirkt. Ein illoyal verspätetes Geltendmachen ihres Anspruchs kann ihr unter Berücksichtigung der Gesamtumstände nicht vorgeworfen werden. 144

e) 145

In der Eigenkündigung der Klägerin gegenüber der Erwerberin kann auch kein Verzicht auf ihr Widerspruchsrecht gesehen werden. Wie bereits das Arbeitsgericht festgestellt hat, könnte in der Eigenkündigung allenfalls ein konkludenter Verzicht gesehen werden. 146

Ein Verzicht auf das Widerspruchsrecht ist grundsätzlich möglich (vgl. BAG, Urteil vom 15.02.2007, 8 AZR 431/06, zitiert nach juris). Nach wohl überwiegender Auffassung dürfte ein konkludenter Verzicht auf den Widerspruch allerdings wegen des Schriftformerfordernisses für den Widerspruch ausgeschlossen sei (vgl. Hauck, a.a.O.). Für das Erfordernis der Schriftform spricht, dass dem Arbeitnehmer - wie bei Ausübung des Widerspruchs - der 147

Verzicht auf dieses Recht deutlich vor Augen geführt werden soll.

Hält man die Schriftform für die wirksame Ausübung eines Verzichts für erforderlich, erfüllt die 148
Eigenkündigung der Klägerin dieses Erfordernis nicht. Die Kündigung ist zwar schriftlich
erfolgt, enthält aber gerade keinen Hinweis darauf, dass die Klägerin damit gleichzeitig auf
das Widerspruchsrecht, das sie sich ausdrücklich vorbehalten hatte, verzichten wollte,
sondern beinhaltet lediglich die Erklärung, ein - möglicherweise - zur Erwerberin bestehendes
Arbeitsverhältnis beenden zu wollen.

Hält man die Schriftform nicht für erforderlich, so sind angesichts der Bedeutung eines 149
Rechtsverzichts an die Annahme eines konkludenten Verzichts jedenfalls strenge
Anforderungen zu stellen.

Nach Auffassung der Berufungskammer ist ein etwaiger Verzicht auf das Widerspruchsrecht 150
in analoger Anwendung des § 144 BGB zu beurteilen, der einen rechtsähnlichen Tatbestand
enthält.

Nach § 144 Abs.1 BGB ist die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts ausgeschlossen, wenn das 151
anfechtbare Rechtsgeschäft von dem Anfechtungsberechtigten bestätigt wird. Der Sache
nach handelt es sich bei dieser Regelung um einen Verzicht des Anfechtungsberechtigten.
Dieser sich aus § 144 BGB ergebende Rechtsgedanke ist nach Auffassung der
Berufungskammer auf die Frage, ob ein Widerspruchsrecht noch ausgeübt werden kann,
übertragbar und bedeutet, dass die Ausübung des Widerspruchsrechts ausgeschlossen ist,
wenn der widerspruchsbehaftet Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber
von dem Widerspruchsberechtigten bestätigt wird.

Die Bestätigung im Sinne des § 144 BGB ist eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung 152
und braucht daher nicht gegenüber dem Anfechtungsgegner erklärt zu werden. Sie ist gemäß
§ 144 Abs.2 BGB formfrei, kann also auch durch schlüssiges Handeln erfolgen. Erforderlich
ist allerdings ein Verhalten, das den Willen offenbart, trotz der Anfechtbarkeit an dem
Rechtsgeschäft festzuhalten (vgl. Palandt, § 144 BGB Rdnr. 1,2).

Eine stillschweigende Bestätigung im Sinne von § 144 BGB kann allerdings nur dann 153
angenommen werden, wenn das Verhalten des Anfechtungsberechtigten eindeutig Ausdruck
eines Bestätigungswillens ist und jede andere den Umständen nach einigermaßen
verständliche Deutung ausscheidet. Sobald ein Verhalten auf einem anderen Grund beruhen
kann, ist eine Bestätigung grundsätzlich nicht anzunehmen (vgl. BGH, Urteil vom 01.04.1992,
XII ZR 20/91

= NJW-RR 1992, 779). 154

Unter Berücksichtigung vorstehender Ausführungen hat die Klägerin durch die 155
Eigenkündigung gegenüber der Erwerberin den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses nicht in
diesem Sinne bestätigt und auf ein Widerspruchsrecht verzichtet.

Eine derartige Annahme scheidet aus, weil die Klägerin nachvollziehbar dargelegt hat, warum 156
sie die Eigenkündigung ausgesprochen hat. Sie kannte die wirtschaftlich schlechte Lage der
B. Photo GmbH und befürchtete, ihren Arbeitsplatz dort endgültig zu verlieren. Um den
wirtschaftlichen Schaden für sich - und ggf. auch für die Beklagte - möglichst gering zu
halten, hat sie ihr - möglicherweise - zur Erwerberin bestehendes Arbeitsverhältnis beenden
und eine neue Arbeitsstelle annehmen wollen. Mehr ist der von ihr ausgesprochenen
Eigenkündigung auch nicht zu entnehmen. Sie hat damit ihre Rechtsposition gegenüber der

Beklagten nicht aufgeben wollen. Angesichts der in weiten Teilen ungeklärten Rechtslage, ob, wie lange und unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer sein Widerspruchsrecht noch ausüben kann und insbesondere, wer letztlich während des Schwebezustandes als Arbeitgeber des Arbeitnehmers anzusehen ist, kann das Verhalten der Klägerin nicht als eindeutiger Ausdruck eines Bestätigungswillens gewertet werden. Die Klägerin hat einen anderen Grund für ihr Verhalten angegeben, der den Umständen nach verständlich ist und die Annahme einer Bestätigung ausschließt.

f) 157

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist das Arbeitsverhältnis der Klägerin aufgrund der Eigenkündigung auch nicht beendet worden. Diese Kündigung hat keine Auswirkungen auf das zur Beklagten durch Ausübung des Widerspruchsrechts bestehende Arbeitsverhältnis. Entgegen der Auffassung der Beklagten ging nicht der Widerspruch der Klägerin, sondern ihre Eigenkündigung ins Leere . 158

In Übereinstimmung mit der von Annuß vertretenen Auffassung geht die Berufungskammer davon aus, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin aufgrund des Betriebsübergangs mit Wirkung zum 01.11.2004 zunächst aufschiebend bedingt auf die B. Photo GmbH übergegangen ist. 159

Nach Auffassung von Annuß (vgl. Staudinger/Annuß § 613 a BGB Rdnr. 186) wird dem grundrechtlich fundierten Ziel einer Respektierung der privatautonom getroffenen Entscheidung des Arbeitnehmers, nur mit einem bestimmten Arbeitgeber zu kontrahieren, in Fällen, in denen der Widerspruch erst nach dem Betriebsübergang erklärt zu werden braucht, nur dann ausreichend Rechnung getragen, wenn der Erwerber bis zum Widerspruch bzw. bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist auch nicht vorübergehend in die Stellung des Arbeitgebers einrückt. Dieses Ziel kann jedoch nicht dadurch erreicht werden, dass man der Widerspruchserklärung schlicht ex-tunc-Wirkung beilegt, sondern nur durch einen aufschiebend bedingten Übergang des Arbeitsverhältnisses, so dass dieses zunächst (bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist bzw. einer abschließenden Erklärung des Arbeitnehmers) mit dem bisherigen Arbeitgeber fortbesteht. Mit Ablauf der Widerspruchsfrist bzw. der abschließenden Entscheidung des Arbeitnehmers tritt der Erwerber rückwirkend zum Datum des Betriebsübergangs in den Arbeitsvertrag ein. 160

Da die Klägerin - wie ausgeführt - vor Ausübung ihres Widerspruchsrechts keine abschließende Entscheidung über ihr Widerspruchsrecht im Sinne einer Bestätigung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses auf die Erwerberin und Verzicht auf das Widerspruchsrecht abgegeben hat, ist die B. Photo GmbH auch nicht vorübergehend in die Stellung als Arbeitgeberin eingerückt, so dass die ihr gegenüber ausgesprochene Kündigung mangels eines zur Erwerberin bestehenden Arbeitsverhältnisses ins Leere gegangen ist. 161

Letztlich führt auch die Rückwirkung des Widerspruchs zu diesem Ergebnis. Da der Erwerber infolge der Rückwirkungsfiction nie Vertragspartner geworden ist, fehlt ihm für jedwede Vertragsänderung die rechtliche Zuständigkeit. 162

g) 163

Es kann nicht festgestellt werden, dass die Klägerin ihr Widerspruchsrecht rechtsmissbräuchlich ausgeübt hat. 164

165

Der Klägerin kann nicht unterstellt werden, in Anbetracht der Insolvenz der Erwerberin habe sie ihr Widerspruchsrecht nur ausgeübt, um daraus ungerechtfertigte Vorteile zu ziehen. Dies gilt vorliegend insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Klägerin seit ca. 10 Jahren bei der Beklagten beschäftigt war und schon im Hinblick auf den erworbenen Bestandsschutz ein erhebliches Interesse am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zur Beklagten haben kann. Ein Rückkehrwille kann der Klägerin auch unter Berücksichtigung der Ankündigung der Beklagten, sie müsse für den Fall ihres Widerspruchs mangels Weiterbeschäftigungsmöglichkeit mit einer Kündigung seitens der Beklagten rechnen, nicht abgesprochen werden. Bei dieser Mitteilung handelt es sich um eine Behauptung der Beklagten, die die Klägerin zudem bereits erstinstanzlich unter Hinweis darauf, ihr Arbeitsplatz sei erhalten geblieben, bestritten hat. Ob tatsächlich keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit - ggf. zu geänderten Bedingungen - besteht, kann die Klägerin bei Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses gerichtlich überprüfen lassen. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass es sich vorliegend nach den der Klägerin erteilten Informationen im Unterrichtungsschreiben um einen Teilbetriebsübergang gehandelt hat und damit nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Beklagte - ggf. zu geänderten Bedingungen - eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit für die Klägerin hat, die sie ihr als milderer Mittel gegenüber einer Beendigungskündigung hätte anbieten müssen.	
Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin keinen Rückkehrwillen hat und ihr Widerspruchsrecht rechtsmissbräuchlich ausübt.	166
Dies gilt auch dann, wenn der Klägerin aus anderem Zusammenhang die Haftungsregelung des § 613 a Abs.2 BGB bekannt gewesen sein sollte. Das Unterrichtungsschreiben enthält - wie ausgeführt - noch weitere Fehler. Eine Kausalität zwischen fehlerhafter Unterrichtung und Ausübung des Widerspruchsrechts ist nicht erforderlich.	167
Im Ergebnis ist damit festzustellen, dass die Klägerin dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die Erwerberin rechtzeitig und ordnungsgemäß widersprochen hat mit der Folge, dass das Arbeitsverhältnis zur Beklagten fortbesteht.	168
Auf die Berufung der Klägerin war das Urteil des Arbeitsgerichts mithin abzuändern.	169
III.	170
Die Kosten des Rechtsstreits hat gemäß §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 91 Abs.1 ZPO die Beklagte zu tragen.	171
IV.	172
Die Revision war gemäß § 72 Abs.2 Nr.1 ArbGG zuzulassen, da entscheidungserhebliche Rechtsfragen vorliegen, die grundsätzliche Bedeutung haben, für die Einheitlichkeit der Rechtsordnung von allgemeiner Bedeutung und höchstrichterlich noch nicht entschieden sind.	173
Rechtsmittelbelehrung:	174
Gegen dieses Urteil kann von der Beklagten	175
REVISION	176
eingelegt werden.	177
	178

Für die Klägerin ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.	
Die Revision muss	179
innerhalb einer Notfrist von einem Monat	180
nach der Zustellung dieses Urteils schriftlich beim	181
Bundesarbeitsgericht,	182
Hugo-Preuß-Platz 1,	183
99084 Erfurt,	184
Fax: (0361) 2636 - 2000	185
eingelegt werden.	186
Die Revision ist gleichzeitig oder	187
innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils	188
schriftlich zu begründen.	189
Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.	190
Paßlick Brenner Kralj	191