Landesarbeitsgericht Köln, 14 Sa 1225/06

Datum:	04.06.2007
Gericht:	Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper:	14. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	14 Sa 1225/06
ECLI:	ECLI:DE:LAGK:2007:0604.14SA1225.06.00

Vorinstanz:	Arbeitsgericht Köln, 1 Ca 476/06
Schlagworte:	Widerspruch gegen Betriebsübergang
Normen:	§ 613 a Abs. 5 u. 6 BGB
Sachgebiet:	Arbeitsrecht

Leitsätze:

1. Die Widerspruchsfrist gegen einen Betriebsübergang gemäß § 613 a Abs. 6 BGB beginnt erst mit vollständiger, fehlerfreier Unterrichtung des Arbeitnehmers (im Anschluss an BAG, Urteil vom 13.07.2006 - 8 AZR 305/05 - NZA 2006, 1268 ff.).

2. Eine Unterrichtung ist auch dann fehlerhaft, wenn die wirtschaftliche Lage des Betriebsübernehmers wesentlich besser dargestellt wird, als sie tatsächlich ist, denn eine wahrheitsgemäße Information bildet eine wesentliche Entscheidungsgrundlage für den Arbeitnehmer bei der möglichen Ausübung des Widerspruchsrechts.

3. Eine Verwirkung des Widerspruchsrechts kommt zumindest solange nicht in Betracht, solange die Falschangaben nicht korrigiert worden sind.

Tenor:

1. Die Berufung des Klägers und die Berufung der Beklagten zu 2) gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 24.08.2006 – 1 Ca 476/06 – werden zurückgewiesen.

2. Die Klageerweiterung der Berufungsinstanz wird abgewiesen.

3. Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger und die Beklagte zu 2) zu je 50 %.

4. Die Revision wird zugelassen.

T a t b e s t a n d : 1

Die Parteien streiten darum, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers nach Betriebsübergang von der Beklagten zu 2) bei der Betriebserwerberin und damit bei dem Beklagten zu 1) verblieben ist oder ob der Kläger dem Betriebsübergang rechtzeitig widersprochen hat, sowie über die Rechtswirksamkeit von Kündigungen, die die Beklagte zu 2) und der Beklagte zu 1) ausgesprochen haben sowie um Vergütungs- und Zahlungsansprüche des Klägers gegen die Beklagte zu 2). 2

Der Kläger war bei der Beklagten zu 2) bzw. deren Rechtsvorgängerin seit dem 01.04.1986 in der Fotosparte zuletzt im Bereich Consumer Imagine im Vertrieb zu einem monatlichen Bruttogehalt von 4.325,46 € tätig. 3

Arbeitgeberseitig war geplant, einen Betriebsübergang von der Beklagten zu 2) auf die A , die Betriebsübernehmerin zu realisieren. Der Beklagte zu 1) ist der Insolvenzverwalter der Betriebsübernehmerin. 4

Die Muttergesellschaft der Beklagten zu 2) gliederte den Bereich Consumer Imagine zum 01.11.2004 aus. Die Mehrzahl der Arbeitsverhältnisse ging aufgrund des Teilbetriebsübergangs auf die A über. Die dem Vertrieb zuzuordnenden Arbeitsverhältnisse – hierunter das des Klägers – gingen aufgrund des Teilbetriebsübergangs auf die A , die Betriebsübernehmerin, über. Die Betriebsübernehmerin sollte als Vertriebsgesellschaft für die Produkte der A fungieren. 5

Über die Betriebsübergangsplanungen wurden die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter am 19.08.2004 und am 21.09.2004 auf Informationsveranstaltungen informiert. Mittels einer Power-Point–Präsentation wurden am 21.09.2004 verschiedene Charts präsentiert. Zur Liquidität wurde folgender Chart präsentiert: 6

"A startet mit ausreichender Liquidität 7

Bereits am ersten Tag stehen dem Unternehmen Barmittel von mehr als € 70 Mio. für das Geschäft zur Verfügung 8

Des Weiteren besteht eine Kreditlinie von zunächst € 50 Mio., die bei Bedarf deutlich erhöht werden kann 9

Verbindlichkeiten gegenüber A - und Banken von insgesamt ca. € 160 Mio. können ausschließlich durch übernommene Forderungen aus Leasing (ca. € 185 Mio.) getilgt werden 10

Ein Geschäftsausbau kann aus "Bordmitteln" finanziert werden." 11

12

Zur Bilanz wurde unter der Überschrift "A startet mit einer sehr soliden Bilanz" folgender Chart präsentiert:

"A startet mit einer sehr soliden Bilanz

Erwartete Eckpunkte zum 01.11.2004 (Mio €):

Hohes Umlaufvermögen

Vorräte: 187

Forderungen aus Lieferungen und Leistungen: 208

Forderungen aus Leasing: 185

Barmittel: 72

Überschaubare Verbindlichkeiten, im wesentlichen

Pensionen: 99

A und Banken: 160

Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen: 35

Eigenkapital von mehr als 300"

Zu den Namensrechten stand in einem weiteren Chart zu lesen:

"Namensrechte und Zugriff auf wichtige Technologien sind gesichert

Namensrechte sind kostenfrei dauerhaft bei A

A als Firmenname

A Markenzeichen inklusive Rhombus für Film Produkte

A – XXXX als Bezeichnung für Tochtergesellschaften oder Produktgruppen (derzeitige und neue Produkte, auch bestimmte Handelsprodukte)

Alles registrierten Warenzeichen von C"

Mit Schreiben vom 22.10.2004 wurde der Kläger wie alle anderen Mitarbeiter auch über den geplanten Betriebsübergang zum 01.11.2004 unterrichtet. In dem Unterrichtungsschreiben hieß es u. a. :

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

Zur finanziellen Situation wurde in dem Unterrichtungsschreiben u. a. ausgeführt:

"Das Unternehmen wird mit einem guten Eigenkapital ausgestattet und verfügt über hohe Liquidität, um unerwartete auftretende Risiken bewältigen, in neue Geschäfte investieren und

Marktchancen besser nutzen zu können."

Im Mai 2005 stellte die A Insolvenzantrag. In dem daraufhin erstellten Gutachten des Fachanwalts für Insolvenzrecht Dr. R wurde zur Liquiditätsplanung u. a. folgendes aufgeführt: 36

Die ursprüngliche Planung der Liquidität ersten Grades (Kassenbestand, Bankguthaben, nicht ausgeschöpfte Kreditlinie) bestand bei Abschluss des Kaufvertrages im August 2004 aus drei Säulen: 37

der Bereitstellung von Darlehen durch die Gesellschafter der A in Höhe von 20,0 Mio 38

dem Verkauf von Forderungen aus Lieferungen und Leistungen weltweit an einen Factor 39

der Einräumung einer freien Kreditlinie bei der D im Umfang von € 50,0 Mio 40

Die bereits von A mit der D vorverhandelte und von der Bank auch in Aussicht gestellte Kreditlinie von € 50,0 Mio ist zum Closing nicht in Anspruch genommen worden. Der Hintergrund für diese Vorgehensweise lag nach den Angaben der A und deren Gesellschafter darin, dass die A zu diesem Zeitpunkt keine weitere Belastung eingehen wollte. Die Schuldnerin hat dem angabegemäß schließlich zugestimmt, weil die überarbeiteten Planungen des Mittelzuflusses zeigten, dass die verbleibende Liquiditätsausstattung ausreichend schien. Die A hingegen behauptet, die Aufgabe der Kreditlinie bei der D sei von der A entschieden und gegen den ausdrücklichen Ratschlag der A umgesetzt worden. Einzelheiten werde ich erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufklären können. Schließlich erwies sich die zweite Säule der Liquiditätsplanung als nicht so "stabil" wie angenommen: Ursprünglich sollte – so die Schilderung von Herrn Dr. E – die Firma F als Factor fungieren. Sie hatte die Möglichkeit, aufgrund weltweit vorhandener Standorte sämtliche Forderungen der Schuldnerin anzukaufen. Kurz vor Vertragsabschluss ist die Firma F durch die K ausgetauscht worden. Diese bot zwar bessere Konditionen an und hatte wegen Vorerfahrungen auch bessere technische Möglichkeiten, sie soll im Gegensatz zur Firma F aber nur einen Teil der Kundenforderungen aufgekauft haben können. Dadurch ist für die Schuldnerin ein erheblicher Teil der Vorfinanzierungsmöglichkeit weggefallen. Tatsächlich hat (gruppenweit betrachtet) im Mai 2005 eine Veräußerungsmöglichkeit für Forderungen aus Lieferungen und Leistungen an die K lediglich in einer Größenordnung von rd. € 20,0 Mio bestanden, während die Liquiditätsplanung der Schuldnerin für diesen Zeitpunkt bereits eine Vorfinanzierungsmöglichkeit von € 43,3 Mio vorgesehen hatte. Daraus ergab sich eine Deckungslücke, die zu schließen der Schuldnerin nicht gelungen ist." 41

Zu den die Insolvenz auslösenden Umständen hieß es, dass die A seinerzeit nicht in der Lage gewesen sei, auf dem allgemeinen Kreditmarkt ihre Liquiditätslücke zu decken. Hinsichtlich der Verantwortlichkeit dafür hieß es in dem Gutachten von Dr. R : 42

"Dafür ist verantwortlich, dass weder zum damaligen Zeitpunkt noch zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Gutachtens eine "Eröffnungsbilanz" per Ausgliederung am 01.11.2004 noch ein Jahresabschluss zum 31.12.2004 vorlag bzw. vorliegt. Zwar verfügt die A über durchaus beachtliche Vermögenswerte, die eine Kreditaufnahme in der erforderlichen Höhe erlaubt hätten, doch war die Geschäftsleitung der Meinung, ein Kredit sei wegen des nicht vorhandenen Rechnungswesens auf dem Markt nicht zu erlangen." 43

In den von Herrn J gezeichneten Bericht zur Gläubigerversammlung am 11.10.2005 wurde zur Vorgeschichte u. a. folgendes ausgeführt: 44

45

"A prüfte bereits 2003 Möglichkeiten, sich von der inzwischen im freien Fall befindlichen, defizitären Photosparte zu trennen. Das Ergebnis interner Untersuchungen war, dass selbst nach Restrukturierungsmaßnahmen keine Aussicht mehr bestand, künftige Schließungskosten für die Photosparte aus deren Erträgen bezahlen zu können. Zentrale Größe waren hierbei die Kosten des Personalabbaus. Eine nachfolgende Vorstandsvorlage ermittelte für die Photosparte Schließungskosten von 480 MEUR, Pensionsverpflichtungen noch nicht eingerechnet.

Vor diesem Hintergrund schien es vorzugswürdig, die Photosparte zu veräußern. Nach einem Bieterprozess erhielt die Finanzinvestorin N den Zuschlag, die das "Höchstgebot" von 2 MEUR abgegeben hatte. Strategische Investoren, die einen offen negativen Kaufpreis, also eine Zuzahlung von A für die Durchführung unabdingbarer Sanierungsmaßnahmen, forderten, kamen nicht zum Zuge. Dabei liegt es auf der Hand, dass ein strategischer Investor, der Synergie-Effekte nutzen kann, eher in der Lage war, die Photosparte wieder in die Gewinnzone zu bringen, als ein reiner Finanzinvestor mit im Verhältnis zu der gestellten Aufgabe bescheidener finanzieller Ausstattung." 46

Im Oktober 2005 wurde auch für die A Insolvenzantrag gestellt; der Beklagte zu 1) wurde alsdann zum Insolvenzverwalter der A berufen und das Insolvenzverfahren am 22.12.2005 eröffnet. 47

Zuvor hatte der Kläger mit Schreiben vom 10.11.2005 gerügt, dass die Lage des Unternehmens offensichtlich sehr viel schlechter sei, als dies in den Informationen zum Betriebsübergang angegeben worden sei. Der Kläger wies in jenem Schreiben darauf hin, dass nach seiner Auffassung die Unterrichtung anlässlich des Betriebsübergangs nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprochen habe, verlangte weitere Informationen und teilte mit, er werde eine Entscheidung darüber, ob er dem Betriebsübergang widersprechen werde, nach Eingang der weiteren von ihm geforderten Informationen treffen. 48

Der Beklagte zu 1) kündigte mit Schreiben vom 28.12.2005 zum 31.03.2006. Hiergegen richtete sich die Kündigungsschutzklage des Klägers, die am 18.01.2006 bei Gericht einging. 49

Mit Schreiben vom 16.01.2006 widersprach der Kläger dem Betriebsübergang. 50

Nach Anhörung des Betriebsrats der A am 16.02.2006 kündigte die Beklagte zu 2) das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger vorsorglich durch Schreiben vom 25.02.2006 zum 30.09.2006. 51

Hiergegen richtete sich die Klageerweiterung des Klägers, die bei Gericht am 01.03.2006 einging. 52

Mit der Klage verlangte der Kläger von der Beklagten zu 2) weiter die Zahlung von Spesen für September 2005, die Erstattung von Beiträgen zu einer privaten Kranken- und Pflegeversicherung für den September 2005 und die Vergütung für den Zeitraum von Dezember 2005 bis Juli 2006. Dabei ließ sich der Kläger anrechnen, dass er ab Juni 2006 eine deutlich schlechter bezahlte anderweitige Beschäftigung gefunden hatte. 53

Der Kläger hat beantragt, 54

1. festzustellen, dass zwischen ihm und der Beklagten zu 2) ein Arbeitsverhältnis besteht, welches auch durch die Kündigung der Beklagten zu 2) vom 25.02.2006 nicht endet, sondern über den 31.09.2006 hinaus ungekündigt fortbesteht; 55

2. h i l f s w e i s e 56

festzustellen, dass das zwischen ihm und dem Beklagten zu 1) bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung des Beklagten zu 1) vom 28.12.2005 nicht endet, sondern über den 31.05.2006 hinaus ungekündigt fortbesteht; 57

3. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn EUR 194,89 Ersatz für von ihm im September 2005 verauslagte Spesen zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.05.2006 zu zahlen; 58

4. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn EUR 549,90 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.05.2006 zu zahlen; 59

5. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn als Vergütung für den Monat Dezember 2005 EUR 4.325,46 brutto abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangenes Insolvenzgeld in Höhe von EUR 2.951,47 abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangenes Arbeitslosengeld in Höhe von EUR 192,36 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2006 zu zahlen; 60

6. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn als Vergütung für den Monat Januar 2006 EUR 4.325,46 brutto abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangenes Arbeitslosengeld in Höhe von EUR 1.923,60 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2006 zu zahlen; 61

7. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn als Vergütung für den Monat Februar 2006 EUR 4.325,46 brutto abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangenes Arbeitslosengeld in Höhe von EUR 1.923,60 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.03.2006 zu zahlen; 62

8. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn als Vergütung für den Monat März 2006 EUR 4.325,46 brutto abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangenes Arbeitslosengeld in Höhe von EUR 1.923,60 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2006 zu zahlen; 63

9. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn als Vergütung für den Monat April 2006 EUR 4.325,46 brutto abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangenes Arbeitslosengeld in Höhe von EUR 1.923,60 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2006 zu zahlen; 64

10. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn als Vergütung für den Monat Mai 2006 EUR 4.325,46 brutto abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangenes Arbeitslosengeld in Höhe von 1.923,60 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2006 zu zahlen; 65

11. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn als Vergütung für den Monat Juni 2006 EUR 1.424,16 brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2006 zu zahlen; 66

12. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn als Vergütung für den Monat Juli 2006 EUR 623,86 brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2006 zu zahlen; 67

Das Arbeitsgericht hat durch Urteil vom 24.08.2006 festgestellt, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2) bis zum Ablauf der Kündigungsfrist ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Das Arbeitsgericht hat die Beklagte zu 2) verurteilt, die geltend gemachte Vergütung für die zweite Monatshälfte Januar sowie die Monate Februar, März, April, Mai, Juni und Juli 2006 nebst Zinsen an den Kläger zu zahlen. Im Übrigen hat das Arbeitsgericht die Klage des Klägers abgewiesen. Zur Begründung hat das Arbeitsgericht ausgeführt, der Kläger habe rechtzeitig dem Betriebsübergang widersprochen. Die von der Beklagten zu 2) vorgenommene Information sei nicht ordnungsgemäß gewesen, sodass die 6 – monatige Widerspruchsfrist nicht zu laufen begonnen habe. Das Widerspruchsrecht sei auch nicht verwirkt. Das Arbeitsverhältnis zu der Beklagten zu 2) sei erst durch die vorsorgliche Kündigung zum 30.09.2006 beendet worden. Hingegen sei die von dem Beklagten zu 1) erklärte Kündigung ins Leere gegangen, weil der Beklagte zu 1) wegen des Widerspruchs des Klägers gegen den Betriebsübergang nicht Arbeitgeber gewesen sei. Unbegründet sei die Zahlungsklage des Klägers, soweit er von der Beklagten zu 2) Zahlungen verlange, die aus der Zeit vor Ausübung seines Widerspruchsrechts resultierten. Hingegen habe der Kläger ab Ausübung seines Widerspruchsrechts, also ab Mitte Januar 2006 bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf die vertragsgemäße Vergütung. 68

Gegen dieses Urteil haben sowohl der Kläger als auch die Beklagte zu 2) Berufung eingelegt. 69

Der Kläger erstrebt mit seiner Berufung die Erweiterung des arbeitsgerichtlichen Urteils dahingehend, dass der uneingeschränkte Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu der Beklagten zu 2) festgestellt wird. Er verfolgt ferner mit der Berufung die Zahlungsansprüche weiter, die durch das Urteil des Arbeitsgerichts abgewiesen worden sind und hat klageerweiternd in der Berufungsinstanz auch die Vergütung für die Monate Oktober, November 2006, Dezember 2006 und Januar 2007 geltend gemacht. 70

Die Beklagte zu 2) erstrebt mit ihrer Berufung die vollständige Abweisung der Klage. 71

Der Kläger trägt vor, die Beklagte zu 2) habe ihre Informationspflichten gemäß § 613 a BGB nicht ordnungsgemäß erfüllt. Der Kläger verweist insoweit auf die diesbezüglichen Ausführungen des Arbeitsgerichts. Er macht darüber hinaus geltend, dass die Beklagte zu 2) insbesondere über die finanzielle Situation der Betriebsübernehmerin unzutreffend informiert haben. Da die Beklagte zu 2) ihre Informationspflichten nicht ordnungsgemäß erfüllt habe, habe die Widerspruchsfrist für den Kläger nicht zu laufen begonnen mit der Konsequenz, dass der Widerspruch des Klägers gegen den Betriebsübergang rechtzeitig gewesen sei. Der Widerspruch verstoße auch nicht gegen Treu und Glauben und sei nicht verwirkt. 72

Die Kündigung der Beklagten zu 2) vom 25.02.2006 hält der Kläger für rechtsunwirksam, da die Beklagte zu 2) gegen § 102 BetrVG verstoßen habe. Die Beklagte zu 2) schulde zudem die geltend gemachten Vergütungsansprüche aus Annahmeverzug. Insoweit sei zu beachten, dass der Widerspruch des Arbeitnehmers zurückwirke. Zudem würden die Ansprüche auch als Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB geschuldet. Ein Widerspruch wäre für den Kläger auch günstiger gewesen, weil er dadurch einen Abfindungsanspruch von etwa 60.000,00 € aufgrund des für die Beklagte zu 2) geltenden Rahmensozialplans habe erhalten können. 73

Vorsorglich macht der Kläger geltend, dass auch die Kündigung des Beklagten zu 1) vom 28.12.2005 rechtsunwirksam sei. Der Kläger bezweifelt zudem, dass der Betrieb der Insolvenzschuldnerin tatsächlich stillgelegt worden sei. 74

75

Der Kläger beantragt, unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten zu 2) und unter teilweiser Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Köln vom 24.08.2006 – 1 Ca 476/06 –

1. festzustellen, dass zwischen ihm und der Beklagten zu 2) ein Arbeitsverhältnis besteht, welches auch durch die Kündigung der Beklagten zu 2) vom 25.02.2006 nicht endet, sondern über den 31.09.2006 hinaus ungekündigt fortbesteht; 76

2. h i l f s w e i s e 77
3. festzustellen, dass das zwischen ihm und dem Beklagten zu 1) bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung des Beklagten zu 1) vom 28.12.2005 nicht endet, sondern über den 31.05.2006 hinaus ungekündigt fortbesteht;

1. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn EUR 194,89 Ersatz für von ihm im September 2005 verauslagte Spesen zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.05.2006 zu zahlen; 78

2. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn EUR 549,90 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.05.2006 zu zahlen; 79

3. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn als Vergütung für den Monat Dezember 2005 EUR 4.325,46 brutto abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangenes Insolvenzgeld in Höhe von EUR 2.951,47 abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangenes Arbeitslosengeld in Höhe von EUR 192,36 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2006 zu zahlen; 80

4. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn als Vergütung für den Monat Januar 2006 EUR 4.325,46 brutto abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangenes Arbeitslosengeld in Höhe von EUR 1.923,60 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2006 zu zahlen; 81

5. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn als Vergütung für den Monat Februar 2006 EUR 4.325,46 brutto abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangenes Arbeitslosengeld in Höhe von EUR 1.923,60 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.03.2006 zu zahlen; 82

6. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn als Vergütung für den Monat März 2006 EUR 4.325,46 brutto abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangenes Arbeitslosengeld in Höhe von EUR 1.923,60 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2006 zu zahlen; 83

7. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn als Vergütung für den Monat April 2006 EUR 4.325,46 brutto abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangenes Arbeitslosengeld in Höhe von EUR 1.923,60 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.05.2006 zu zahlen; 84

8. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn als Vergütung für den Monat Mai 2006 EUR 4.325,46 brutto abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangenes Arbeitslosengeld in Höhe von 1.923,60 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.06.2006 zu zahlen; 85

9. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn als Vergütung für den Monat Juni 2006 EUR 1.424,16 brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz 86

seit dem 01.07.2006 zu zahlen;

10. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an ihn als Vergütung für den Monat Juli 2006 EUR 623,86 brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2006 zu zahlen; 87

Im Wege der Klageerweiterung in der Berufungsinstanz beantragt der Kläger ferner 88

13. Die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an den Kläger als Vergütung für den Monat Oktober 2006 € 1.831,95 brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.11.2006 zu zahlen 89

14. Die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an den Kläger als Vergütung für den Monat November 2006 € 1.796,48 brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.12.2006 zu zahlen. 90

15. Die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an den Kläger als Vergütung für den Monat Dezember 2006 € 1.570,96 brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2007 zu zahlen. 91

16. Die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an den Kläger als Vergütung für den Monat Januar 2007 € 1.755,33 brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2007 zu zahlen. 92

Der Beklagte zu 1) beantragt, 93

die Berufung des Klägers, soweit sie sich auf den Hilfsantrag bezieht, kostenpflichtig zurückzuweisen. 94

Die Beklagte zu 2) beantragt, 95

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Köln vom 24.08.2006 – 1 Ca 476/06 – die Klage insgesamt auch hinsichtlich der in der Berufungsinstanz gestellten Klageerweiterungsanträge abzuweisen. 96

Der Beklagte zu 1) trägt vor, für eine Klage gegen den Beklagten zu 1) bestehe kein Rechtsschutzbedürfnis. Der Betrieb der Insolvenzschuldnerin sei zudem stillgelegt, sämtliche Arbeitsverhältnisse seien gekündigt. Es bestehe Masseunzulänglichkeit. Bereits im Gutachten des vorläufigen Insolvenzverwalters sei darauf hingewiesen worden, dass eine Fortführung nicht in Betracht gekommen sei. Die Insolvenzschuldnerin sei auch nie Inhaber von Markenrechten gewesen. 97

Die Beklagte zu 2) trägt vor, dass Informationsschreiben der Beklagten zu 2) vom 22.10.2004 sei ausreichend, weil es die Mindestanforderungen erfülle. Daher sei die Widerspruchsfrist in Gang gesetzt worden und abgelaufen. 98

Abgesehen hiervon habe der Kläger sein Widerrufsrecht auch verwirkt. Eine Pflicht zur Information über Details der finanziellen Ausstattung des Betriebserwerbers habe nicht bestanden. Die Angaben seien richtig und vollständig gewesen. Deshalb sei der Widerspruch des Klägers verspätet. 99

100

Selbst wenn man die Informationen der Beklagten zu 2) als nicht ausreichend ansehe, sei es nicht angemessen, daraus ein zeitlich unbegrenztes Widerrufsrecht abzuleiten. Ein zeitlich unbegrenztes Widerspruchsrecht widerspräche Treu und Glauben und den Anforderungen der Rechtssicherheit. Zumindest müsse eine Höchstfrist von 6 Monaten in Anlehnung an § 5 Abs. 3 KSchG gelten. Im vorliegenden Fall habe der Kläger das Widerspruchsrecht zudem verwirkt. Als Umstandsmoment sei die Abkehr vom bisherigen Arbeitgeber anzusehen. Die vom Kläger geltend gemachten Zahlungsansprüche seien unbegründet. Es habe keine Leistungsbereitschaft bestanden. Der Kläger könne auch nicht geltend machen, dass bei Ausübung des Widerspruchs ein Abfindungsanspruch bestanden habe. Denn die Betriebspartner hätten einen solchen für den vorliegenden Fall gerade ausgeschlossen.

Wegen weiterer Einzelheiten des umfangreichen Parteivorbringens wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. 101

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e : 102

Das Urteil des Arbeitsgerichts hat Bestand. Die Berufung der Beklagten zu 2) ist unbegründet. Auch die Berufung des Klägers unbegründet. Schließlich hat der Kläger keinen Erfolg mit der in der Berufungsinstanz eingereichten Klageerweiterung. 103

I. Sowohl die Berufung der Beklagten zu 2) als auch die Berufung des Klägers sind zulässig. Der Kläger hat gegen das ihm am 27.10.2006 zugestellte Urteil am 10.11.2006 Berufung eingelegt und diese am 19.12.2006 begründen lassen, sodass die Frist für die Einlegung der Berufung und die Frist für die Begründung der Berufung gewahrt sind. Gleiches gilt für die Berufung der Beklagten zu 2), die gegen das ihr am 26.10.2006 zugestellte Urteil am 02.11.2006 Berufung eingelegt hat und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist auf den 27.01.2007 am 23.01.2007 begründet hat. 104

II. In der Sache hatte die Berufung der Beklagten zu 2) keinen Erfolg. Auch die Berufung des Klägers war nicht erfolgreich. 105

1. Zu Recht hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass aufgrund des Widerspruchs des Klägers gegen den Betriebsübergang das Arbeitsverhältnis des Klägers zu der Beklagten zu 2) bis in das Jahr 2006 fortbestanden hat und erst durch die ordentliche Kündigung der Beklagten zu 2) vom 25.02.2006 beendet werden konnte. 106

a) Der vom Kläger mit Schreiben vom 16.01.2006 erklärte Widerspruch gegen den Betriebsübergang ist rechtswirksam und nicht verfristet. Auf die Monatsfrist des § 613 a Abs. 6 S. 1 BGB kann sich die Beklagte zu 2) unter Hinweis auf das Informationsschreiben vom 22.10.2004 nicht berufen. Denn nach zutreffender höchstrichterlicher Rechtsprechung beginnt die einmonatige Widerspruchsfrist nur zu laufen, wenn der Arbeitgeber eine vollständige Unterrichtung gemäß § 613 a Abs. 5 BGB vorgenommen hat. 107

Durch eine unterbliebene oder nicht ordnungsgemäße Unterrichtung wird die Widerspruchsfrist des § 613 a Abs. 6 nicht ausgelöst (siehe BAG, Urteil vom 13.07.2006 – 8 AZR 305/05 – NZA 2006, Seite 1268; BAG, Urteil vom 13.07.2006 – 8 AZR 303/05 – NJW 2007, Seite 244). 108

Entscheidend dafür ist der Zweck des gesetzlichen Informationsanspruchs in § 613 a Abs. 5 BGB. Die erteilten Informationen sollen den Arbeitnehmer in die Lage versetzen, ausreichende Entscheidungsgrundlagen dafür zu haben, ob das Widerspruchsrecht ausgeübt wird oder nicht. Deshalb ist es folgerichtig, den Beginn des Laufs der Widerspruchsfrist daran 109

zu knüpfen, dass eine ordnungsgemäße Unterrichtung erfolgt ist. Sowohl dann, wenn überhaupt keine Unterrichtung erfolgt ist als auch dann, wenn sie nicht ordnungsgemäß erfolgt ist, fehlt es dem Arbeitnehmer an den notwendigen Entscheidungsgrundlagen für seine Entscheidung, ob er von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch macht oder nicht. Nur eine ordnungsgemäße und vollständige Erfüllung der Unterrichtungspflichten des § 613 a Abs. 5 BGB führt daher zum Beginn des Laufs der Widerspruchsfrist des § 613 a Abs. 6 S. 1 BGB.

b) Zu Recht hat das Arbeitsgericht im vorliegend Fall festgestellt, dass die Beklagte zu 2) die ihr diesbezüglich obliegenden Unterrichtungspflichten nicht ordnungsgemäß erfüllt hat, sodass die Widerspruchsfrist des § 613 a Abs. 6 BGB nicht zu laufen beginnen konnte. Die dem Kläger erteilte Information vom 22.10.2004 ist bereits deshalb fehlerhaft, weil die Beklagte zu 2) über die Haftungsfragen nicht entsprechend dem Gesetzeswortlaut des § 613 a Abs. 2 BGB informiert hat. Zutreffend hat das Arbeitsgericht diesen Unwirksamkeitsgrund herausgearbeitet. Auf die diesbezüglichen Ausführungen des Arbeitsgerichts im erstinstanzlichen Urteil wird daher in vollem Umfang Bezug genommen. Der Unwirksamkeitsgrund wird bestätigt durch das Urteil des BAG vom 14.12.2006 (Az. 8 AZR 763/05, DB 2007, 976), in dem das Bundesarbeitsgericht bekräftigt hat, dass eine fehlerhafte Unterrichtung über die Haftungsverteilung gegen § 613 a Absatz 5 BGB verstößt und die Widerspruchsfrist nicht auslöst. 110

Auch aus weiteren Gründen ist die dem Kläger erteilte Information nicht ordnungsgemäß, sondern unzutreffend. 111

Die Beklagte zu 2) hat in dem Informationsschreiben vom 22.10.2004 den Eindruck erweckt, als finde ein Betriebsübergang auf ein solventes und für die Zukunft gut gerüstetes, mit mehr als ausreichendem Eigenkapital ausgestattetes Unternehmen statt. 112

Zwar wird in der Literatur mit unterschiedlicher Akzentsetzung darüber debattiert, ob zur Pflicht zur Unterrichtung über die wirtschaftlichen Folgen des Betriebsübergangs auch gehört, über die Solvenz des Betriebserwerbers etwas zu sagen (siehe Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, Kommentar 2. Auflage, § 613 a Rz. 333 ff. ; ErfK zum Arbeitsrecht, 7. Auflage, § 613 a Rz. 84 ff. ; Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht 2. Auflage § 613 a BGB Rz. 213 ff.). 113

Es besteht aber weitgehend Einigkeit, dass über ein laufendes oder unmittelbar bevorstehendes Insolvenzverfahren beim Betriebserwerber zu unterrichten ist, weil sich der Umfang der Unterrichtung am Zweck der Unterrichtung, nämlich der Schaffung einer Entscheidungsgrundlage für die sachgerechte Ausübung des Widerspruchsrechts orientieren muss. 114

Unabhängig vom Umfang der Unterrichtungsverpflichtung ist aber festzuhalten, dass jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber sich entschließt, Informationen zur wirtschaftlichen Lage des Erwerbers zu geben, diese in tatsächlicher Hinsicht zutreffend sein müssen. Dabei richtet sich der Inhalt der Unterrichtung nach dem Kenntnisstand des Veräußerers und des Erwerbers zum Zeitpunkt der Unterrichtung (Urteil vom 13.07.2006 – 8 AZR 305/05, NZA 2006, Seite 1268 ff., 1270). 115

Hier ist festzustellen, dass die dem Kläger am 22.10.2004 zur wirtschaftlichen Lage der Betriebserwerberin erteilten Informationen im klaren Widerspruch zu den zu diesem Zeitpunkt bestehenden objektiven Fakten standen. 116

117

In dem Unterrichtungsschreiben vom 22.10.2004 heißt es, dass die A das Vermögen des abgebenden Unternehmens übernommen habe. Hierzu gehörten insbesondere Produktionsanlagen, Markenzeichen, Patente und technologisches Know-how, Vorräte und Forderungen. Zur wirtschaftlichen Lage hieß es zusammenfassend, dass die Betriebserwerberin mit einem guten Eigenkapital ausgestattet sei und über hohe Liquidität verfüge, um unerwartet auftretende Risiken bewältigen zu können, in neue Geschäfte investieren und Markchancen besser nutzen zu können.

Bei diesen Aussagen handelt es sich nicht, wie die Beklagte zu 2) geltend machen will, um unverbindliche Wertungen. Denn diese Aussagen sind vor dem Hintergrund des Empfängerhorizontes der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auszulegen, den die Beklagte zu 2) durch ihre vorherigen Aussagen zu diesem Thema, insbesondere auf den Mitarbeiterversammlungen am 19.08. und am 21.09.2004 geprägt hatte. 118

In den bei diesen Veranstaltungen vorgelegten Charts hatte die Beklagte zu 2) ausgeführt, dass der Betriebserwerberin bereits am ersten Tag Barmittel von mehr als 70 Millionen Euro zur Verfügung stehen würde, des weiteren eine Kreditlinie von zunächst 50 Millionen Euro die bei Bedarf deutlich erhöht werden könne. Verbindlichkeiten könnten ausschließlich durch übernommene Forderungen aus Leasing getilgt werden. Zudem seien als Vermögensbestandteile die Namensrechte und die Markenzeichen sowie alle registrierten Warenzeichen dauerhaft bei der Betriebserwerberin. Die Aussage in dem Unterrichtungsschreiben vom 22.10.2004 mussten die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Beklagten zu 2) daher als zusammenfassende Unterstreichung und Bekräftigung dieser zuvor gemachten Angaben verstehen. Danach hätte die Summe aus Barmitteln und Kreditlinie als verfügbare Liquidität bei mehr als 120 Millionen Euro gelegen. 119

Demgegenüber wären die Verbindlichkeiten durch übernommenen Forderungen aus Leasing getilgt gewesen. Die Betriebserwerberin hätte zudem über vermögenswerte Namens- und Markenrechte verfügt. 120

Tatsächlich war all dies zum Zeitpunkt der Unterrichtung am 22.10.2004 nicht mehr zutreffend. 121

Nach dem Gutachten im Insolvenzverfahren der A bestand schon die ursprüngliche Planung der Liquidität bei Abschluss des Kaufvertrages im August 2004 aus drei Säulen, nämlich der Bereitstellung von Darlehen durch die Gesellschafter der A in Höhe von 20 Millionen Euro, dem Verkauf von Forderungen aus Lieferungen und Leistungen weltweit an eine Factor und aus der Einräumung einer freien Kreditlinie bei der D im Umfang von 50 Millionen. Aus der Liquiditätsplanung bezüglich des Verkaufs von Forderungen aus Lieferung und Leistungen war eine Vorfinanzierungsmöglichkeit in Höhe von 43,3 Millionen Euro vorgesehen. 122

Bereits diese in der ursprünglichen Liquiditätsplanung enthaltenen Zahlen lassen sich nicht mit den den Beschäftigten genannten Zahlen in Übereinstimmung bringen. Denn aus Gesellschafterdarlehen und Darlehen bei der Dresdner Bank resultierte nur ein Liquiditätsvolumen von insgesamt 70 Millionen Euro (20 Millionen Euro + 50 Millionen Euro). An Barmitteln standen nicht 72 Millionen zur Verfügung, wie es in einem Chart hieß, sondern wenn man das Gesellschafterdarlehen zugrunde legt, lediglich 20 Millionen Euro. Die Liquidität bestand also insgesamt aus maximal 70 Millionen Euro. 123

Dass tatsächlich nur maximal 70 Millionen Euro als Liquidität verfügbar war, hat die Beklagte zu 2) im übrigen durch ihre Aufstellung im Schriftsatz vom 1.6.2006 bestätigt. 124

125

Demgegenüber hatte die Beklagte zu 2) in den den Beschäftigten vorgelegten Charts angegeben, dass die Betriebserwerberin 70 Millionen Barmittel und zusätzlich eine Kreditlinie von 50 Millionen Euro habe, die bei Bedarf noch deutlich erhöht werden könne, also mehr als 120 Millionen Euro.

In Wahrheit war also nur etwas mehr als die Hälfte des Betrages an Liquidität verfügbar, der den Beschäftigten vermittelt worden war und an den sie aufgrund der Bekräftigung der guten Liquiditätslage in dem Unterrichtungsschreiben vom 22.10.2004 glauben konnten. 126

Aus dem Verkauf von Forderungen aus Lieferungen und Leistungen folgte nach dem Insolvenzgutachten nur eine Vorfinanzierungsmöglichkeit in Höhe von 43,3 Millionen Euro. Millionen. Die übernommenen und realisierbaren Forderungen waren hingegen in den Charts mit 185 Millionen Euro angegeben. Es kommt hinzu, dass kurz vor Vertragsabschluss nach dem Insolvenzgutachten die Firma Fortis als Factor durch die KBC-Bank ersetzt wurde, wodurch sich die Vorfinanzierungsmöglichkeiten von 43,3 Millionen Euro auf 20 Millionen Euro drastisch reduzierten. 127

Es kommt ferner hinzu, was auch der Beklagte zu 1) unterstrichen hat, dass weder die Betriebserwerberin noch die A jemals Inhaberin der vermögensrelevanten Namens- und Markenrechte war; insoweit bestanden lediglich Nutzungsrechte, nicht aber, was für die Liquidität und auch die Eigenkapitalausstattung viel bedeutsamer gewesen wäre, Eigentums- und Verwertungsrechte. 128

Während also in dem Unterrichtungsschreiben vom 22.10.2004 der Eindruck erweckt wurde, die Betriebserwerberin verfüge über eine solch gute Liquidität, dass sie auch gegen unvorhergesehene Verschlechterungen bestens gewappnet sei und über glänzende Zukunftsaussichten verfüge, war die reale Lage deutlich schlechter. 129

Die erteilten Informationen stimmten damit mit der Wirklichkeit nicht überein. In diesem Zusammenhang ist der Vortrag der Beklagten zu 2) unerheblich, die Informationen seien im Zusammenwirken mit Betriebsrat und Gesamtbetriebsrat erstellt worden. Unzutreffende Angaben können nicht dadurch richtig werden oder geheilt werden, dass Dritte daran mitgewirkt hätten. 130

Die Bedeutsamkeit der den Arbeitnehmern in wirtschaftlicher Hinsicht erteilten Informationen folgt auch daraus, dass ausweislich des Berichts zur Gläubigerversammlung am 11.10.2005 A bereits seit 2003 Möglichkeiten geprüft hatte, sich – wie es wörtlich heißt - von der "im freien Fall befindlichen defizitären Fotosparte" zu trennen. 131

In dem Bericht heißt es , dass das Ergebnis interner Untersuchungen gewesen sei, das selbst nach Restrukturierungsmaßnahmen keine Aussicht mehr bestehe, künftige Schließungskosten für die Fotosparte aus deren Erträgen bezahlen zu können. Die zentrale Größe sei hierbei der Kostenumfang des Personalabbaus gewesen. Eine nachfolgende Vorstandsvorlage habe für die Fotosparte Schließungskosten von 480 Millionen Euro errechnet, Pensionsverpflichtungen noch nicht eingerechnet. 132

Diese berechneten Schließungskosten resultierten insbesondere aus den Abfindungszahlungen aus dem Rahmensozialplan, die sich bei unmittelbarer Schließung der Photosparte ergeben hätten. Vor diesem Hintergrund ist es erklärlich, dass ein Betriebsübergang gegenüber einer Betriebsschließung aus Arbeitgebersicht vorzuziehen war. Es musste daher das Interesse der Beklagten zu 2) sein, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Photosparte von der Ausübung ihres Widerspruchsrechts bei 133

Betriebsübergang abzuhalten. Dabei kann dahingestellt bleiben, worauf sich die Beklagte zu 2) beruft, ob die von der Beklagten zu 2) mit dem Betriebsrat geschlossene Überleitungsvereinbarung, die Sozialplanansprüche ausschließt, einer rechtlichen Überprüfung standhält. Der Betriebsübergang hätte jedenfalls tatsächlich nicht realisiert werden können, wenn eine Vielzahl von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern dem Betriebsübergang bereits im Jahre 2004 widersprochen hätten. Dann wäre nicht auszuschließen gewesen, dass aufgrund einer Vielzahl von Widersprüchen die Beklagte zu 2) eine Vielzahl von betriebsbedingten Kündigungen hätte aussprechen müssen, die ihrerseits eine Sozialplanpflicht ausgelöst hätten.

Insgesamt bleibt damit festzuhalten, dass die dem Kläger anlässlich des Betriebsübergangs am 22.10.2004 erteilten Informationen aus mehreren Gründen unvollständig und unzutreffend waren. 134

c) Der Widerspruch des Klägers ist nicht deshalb verspätet, weil er innerhalb von 6 Monaten in analoger Anwendung des § 5 Abs. 3 KSchG hätte erhoben werden müssen. Eine analoge Anwendung des § 5 Abs. 3 KSchG kommt bereits angesichts der Geschichte des Gesetzgebungsverfahrens nicht in Betracht. 135

Der Gesetzgeber hat die Aufnahme einer festen Frist im Gesetzgebungsverfahren abgelehnt, indem ein entsprechender im Gesetzgebungsverfahren gestellter Änderungsantrag mit Mehrheit zurückgewiesen worden ist. Angesichts dieser klaren gesetzgeberischen Entscheidung kann nicht durch Auslegung das Gegenteil des gesetzgeberischen Willens hergestellt werden. 136

Dabei ist erheblich, aus welchen Gründen dies geschehen ist und in welcher Detailschärfe der Änderungsvorschlag beraten worden ist. Es fehlt jedenfalls, wie bereits das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt hat, an einer planwidrigen Regelungslücke, da der Gesetzgeber bewusst die Entscheidung getroffen hat, von einer zeitlichen Höchstgrenze abzusehen. Dem steht auch der Aspekt der Rechtssicherheit nicht entgegen. Wer die Früchte der kurzen Widerspruchsfrist des § 613 a Abs. 6 Satz 1 BGB in Anspruch nehmen will, muss nach der gesetzgeberischen Entscheidung seinerseits seine Unterrichtungspflichten ausreichend vollständig und wahrheitsgemäß erfüllen. 137

Wer dies nicht tut, oder wer durch unzureichende oder falsche oder unterlassene Information die gesetzliche Unterrichtungspflicht nicht einhält, kann nicht damit rechnen, nach einer etwas längeren Frist doch die Vorteile des Verfalls des Widerspruchsrechts in Anspruch nehmen zu können. 138

Dies ist auch angesichts des Schutzzwecks des § 613 a BGB gerechtfertigt. Denn durch den Betriebsübergang zwingt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer einen neuen Vertragspartner auf, von dem der Arbeitnehmer nicht wissen kann, ob er solvent und zukunftsfähig ist. 139

Vor diesem Hintergrund hat eine wahrheitsgemäße und umfassende Unterrichtung des Arbeitnehmers entscheidende Bedeutung für die sachgerechte Entscheidung über die Ausübung des Widerspruchsrechts. 140

d) Der Kläger hat das Recht, dem Betriebsübergang zu widersprechen, nicht verwirkt. Weder das Zeitmoment noch das Umstandsmoment sind erfüllt. 141

Angesichts der Umstände des vorliegenden Einzelfalls fehlt es bereits an einem ausreichenden Zeitmoment. Angesichts der unzutreffenden Informationen, die die Beklagte 142

zu 2) in ihrem Informationsschreiben vom 22.10.2004 erteilt hatte, liegt ein ausreichendes Zeitmoment nicht vor, zumal die Beklagte zu 2) auch nach dem Schreiben vom 22.10.2004 keinerlei Anstrengungen unternommen hat, die Unterrichtungsdefizite zu korrigieren. Auch die regelmäßige Verjährungsfrist, die eine Anhalt für das Zeitmoment zu geben vermag, ist bei weitem noch nicht erreicht.

Es fehlt darüber hinaus an einem für die Verwirkung erforderlichen Umstandsmoment. Allein die Weiterarbeit beim Betriebserwerber vermag ein solches Umstandsmoment nicht zu begründen. 143

Aus der Weiterarbeit bei einem Betriebserwerber allein kann das Umstandsmoment nicht abgeleitet werden. Der Berechtigte muss vielmehr unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erwecken, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle. Erst nach einer solchen längeren Untätigkeit kann Verwirkung in Betracht kommen. Deshalb hat das Bundesarbeitsgericht auch keine Verwirkung angenommen, wenn der Widerspruch fast ein Jahr nach Betriebsübergang erklärt wird, (vgl. BAG Urteil vom 13.07.2006 – 8 AZR 382/05, NZA 2006, Seite 1406 ff.). 144

Im vorliegenden Fall ist festzuhalten, dass die Beklagte zu 2) ihre unzutreffenden Angaben weder im Jahre 2004 noch im Jahre 2005 korrigiert hat. Auf der anderen Seite hat der Kläger etwa ein Jahr nach Betriebsübergang mit Schreiben vom 10.11.2005 auf die Widersprüche zwischen erteilter Information und realer Lage hingewiesen und sich die Entscheidung über den Widerspruch gegen den Betriebsübergang vorbehalten. Spätestens ab diesem Zeitpunkt lag keine Untätigkeit des Klägers mehr vor und die Beklagte zu 2) konnte nicht darauf vertrauen, dass der Kläger von seinem Widerspruchsrecht keinen Gebrauch mehr machen würde. Die Beklagte zu 2) kann auch keinen Vorteil daraus ziehen, dass sie auf dieses Schreiben des Klägers nicht reagiert hat. Da die Beklagte zu 2) dieses Schreiben des Klägers nicht zum Anlass genommen hat, in rechtskonformer Weise die Unterrichtungspflicht jedenfalls nachträglich vollständig zu erfüllen, konnte sie kein schutzwürdiges Vertrauen dahingehend gewinnen, der Kläger werde von seinem Widerspruchsrecht keinen Gebrauch mehr machen. 145

Darin liegt auch ein relevanter Unterschied zu dem vom LAG München (Urteil vom 12.10.2006 – 2 Sa 990/05 – BB 2007, Seite 502) entschiedenen Fall, in dem sich der dortige Arbeitnehmer zunächst auch gerichtlich darauf berufen hatte, er habe nur ein Arbeitsverhältnis zum Betriebserwerber. 146

Ein Umstandsmoment kann auch nicht daraus hergeleitet werden, dass der Kläger nicht die Anträge auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bezüglich der A und bezüglich der Betriebserwerberin bzw. die entsprechenden gerichtlichen Insolvenzeröffnungsbeschlüsse noch nicht für einen Widerspruch gegen den Betriebsübergang genutzt hat. Aus der Untätigkeit nach Stellung des Insolvenzantrages für die A , die Produktionsgesellschaft, im Mai 2005 kann ein entsprechendes Umstandsmoment nicht abgeleitet werden, weil der Kläger zu diesem Zeitpunkt die Hoffnung noch nicht aufgeben musste, dass eine Sanierung der Produktionsgesellschaft gelingen könnte und jedenfalls die Einstellung der Produktion nicht unmittelbar bevorstand. 147

Darin konnte sich der Kläger bestärkt fühlen durch die Tatsache, dass die Vertriebsgesellschaft, bei der er arbeitete, zunächst nach wie vor solvent war, weiterhin arbeitete und die Vertriebsmitarbeiterinnen und Mitarbeiter weiterhin bis in den Dezember 2005 hinein beschäftigte und bezahlte. Dies galt selbst nach dem Zeitpunkt, in dem die Betriebsübernehmerin im Oktober 2005 Insolvenzantrag stellte. Zudem hat der Kläger 148

jedenfalls wenige Wochen nach dem sein damaliger Arbeitgeber, Insolvenzantrag im Oktober 2005 stellte, mit Schreiben vom 10.11.2005 weitere Informationen verlangt und sich dem Widerspruch gegen den Betriebsübergang vorbehalten.

Damit ist das Umstandsmoment nicht erfüllt. 149

Der Widerspruch gegen den Betriebsübergang ist daher nicht verwirkt. 150

Folglich bestand im Jahre 2006 ein Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten zu 2) und dem Kläger. 151

e) Dieses Arbeitsverhältnis ist erst durch die Kündigung der Beklagten vom 25.02.2006 aufgelöst worden. 152

Die Kündigung ist nicht aufgrund des § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG rechtsunwirksam. Dem Einwand des Klägers, der Betriebsrat sei nicht ordnungsgemäß darüber informiert worden, dass der Kläger mit anderen Arbeitnehmern, die in anderen Geschäftszweigen der Beklagten arbeiteten vergleichbar sei, vermag die Kammer nicht zu folgen. 153

Die Beklagte zu 2) hatte den Betriebsrat im Einzelnen in der Betriebsratsanhörung vom 16.02.2006 darüber unterrichtet, dass und warum ein geeigneter Arbeitsplatz für den Kläger nicht vorhanden sei. Insbesondere war im Einzelnen dargelegt und begründet worden, warum die Tätigkeit des Klägers nicht mit Tätigkeiten in anderen Geschäftsbereichen der Beklagten zu 2), insbesondere im Bereich Healthcare und graphische Systeme, vergleichbar sei. 154

Diesbezüglich mag der Kläger anderer Auffassung sein. Im Rahmen der Informationspflicht an den Betriebsrat ist es jedoch ausreichend, wenn der Arbeitgeber seine fachliche Einschätzung der Vergleichbarkeit im Einzelnen darlegt. Auch insoweit erweist sich das erstinstanzliche Urteil als zutreffend. Auf die diesbezüglichen Ausführungen wird verwiesen. 155

Ein ausreichender betriebsbedingter Kündigungsgrund liegt vor, weil die Beklagte zu 2) über keine Arbeitsplätze mehr verfügt, die der Kläger ausfüllen könnte. 156

Das Arbeitsverhältnis endete daher zum Ablauf der Kündigungsfrist. 157

2. Zu Recht hat das Arbeitsgericht den hilfsweise gestellten Antrag des Klägers bezüglich der von dem Beklagten zu 1) ausgesprochenen Kündigung, soweit er überhaupt zur Entscheidung angefallen ist, abgewiesen. Denn zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung war der Beklagte zu 1) in Folge der Ausübung des Widerspruchsrechts gegen den Betriebsübergang nicht Arbeitgeber. Auf die diesbezüglichen zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts wird Bezug genommen. 158

3: Zu Recht hat das Arbeitsgericht ferner die vom Kläger geltend gemachten Zahlungsansprüche bestehend aus rückständigen Spesenansprüchen, Erstattung von Versicherungsbeiträgen sowie dem restlichen Gehalt für Dezember 2005 und für Januar 2006 bis zum 16.01.2006 abgewiesen. Hinsichtlich der geltend gemachten Spesen ist festzustellen, dass es sich hierbei um Ersatz für Aufwendungen handelt, die der Kläger für die Insolvenzschuldnerin erbracht hat. Ein solcher Anspruch folgt ohnehin nicht aus § 615 BGB sondern aus § 662 BGB. Dieser Aufwendungsersatzanspruch richtet sich gegen denjenigen, dem die Aufwendungen zu Gute gekommen sind, also die Insolvenzschuldnerin. Es ist nicht ersichtlich, aufgrund welcher Anspruchsgrundlage dieser gegen den Beklagten zu 1) zu richtende Anspruch sich nunmehr gegen die Beklagte zu 2) richten sollte. Der Anspruch kann auch nicht aus § 280 BGB abgeleitet werden. Zutreffend weist das Arbeitsgericht darauf hin, 159

dass hier nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Kläger bei von Anfang an ordnungsgemäßer Information auf jeden Fall sofort von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht hätte. Gegen eine solche Annahme spricht indiziell auch, dass der Kläger, als die ersten Anzeichen einer finanziellen Schieflage der Produktionsgesellschaft deutlich wurden, insbesondere ab Insolvenzantragstellung für die Produktionsgesellschaft im Mai 2005, der Kläger dem Betriebsübergang noch nicht widersprochen hat sondern – offenbar auf eine Sanierung hoffend – von einem Widerspruch noch abgesehen hat.

Aus diesen Gründen kann auch kein Anspruch auf Erstattung von Versicherungsbeiträgen bestehen. 160

Auch Gehaltsansprüche bezüglich der restlichen Dezembervergütung sowie hinsichtlich der Vergütung bis zum Widerspruch gegen den Betriebsübergang am 16.01.2006 bestehe nicht. Zwar ist die nach § 615 BGB erforderliche Voraussetzung, dass zwischen den Parteien in dem fraglichen Zeitraum ein Arbeitsverhältnis bestand, erfüllt, da der Widerspruch auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurückwirkt (vgl. BAG Urteil vom 13.07.2006 – 8 AZR 382/05 -, NZA 2006, Seite 1406 ff.). 161

Es fehlt aber am nach § 297 BGB erforderlichen Leistungsvermögen. Denn der Kläger hat bis zu seiner Freistellung, die erst durch das Kündigungsschreiben des Beklagten zu 1) am 28.12.2005 erfolgte, in Vollzeit Arbeitsleistungen für den Beklagten zu 1) bzw. die Insolvenzschuldnerin erbracht. Es war ihm daher nicht möglich, gleichzeitig ein weiteres Arbeitsverhältnis in Vollzeit bei der Beklagten zu 2) auszuüben. In Annahmeverzug konnte die Beklagte zu 2) erst geraten, nach dem der Kläger ihr den Wegfall dieser subjektiven Unmöglichkeit, die Arbeitsleistung zu erbringen, mitgeteilt hatte. Dies geschah durch den Widerspruch gegen den Betriebsübergang vom 16.01.2006. Bis einschließlich 16.01.2006 bestand daher kein Anspruch des Klägers gegen die Beklagten zu 2), auch nicht aus § 280 BGB aus dem bereits genannten Grund, weil selbst bei vollständiger Information nicht von einem sofortigen Widerspruch des Klägers auszugehen wäre. 162

Daher kann der Kläger weder rückständige Spesen oder Erstattung von Versicherungsbeiträgen verlangen noch die restliche Vergütung für Dezember 2005 und auch nicht die Vergütung für die Zeit bis einschließlich 16.01.2006. 163

4. Zu Recht hat das Arbeitsgericht den Kläger hingegen die Vergütungsansprüche für die geltend gemachte Zeit ab 17.01.2006 bis zum 31.07.2006 zugesprochen. Der Anspruch folgt aus § 615 BGB. Über die Ausübung des Widerspruchs rechts hinaus bedurfte es diesbezüglich, wie das Arbeitsgericht mit Recht hervorgehoben hat, keines weiteren wörtlichen oder tatsächlichen Angebots der Arbeitsleistung. Die Beklagte hatte dem Kläger durch ihr Verhalten schon vor Ausübung des Widerspruchsrechts, insbesondere durch die Nichtreaktion auf das Schreiben vom 10.11.2005 zu erkennen gegeben, dass sie nicht bereit sein würde, den Kläger weiter zu beschäftigen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch in der bereits am 18.01.2006 bei Gericht eingegangenen und gegen die Beklagte zu 2) gerichtete Klage durch das Begehren, festzustellen, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2) ein Arbeitsverhältnis bestand, ein Arbeitsangebot enthalten war. Die Situation ist insoweit vergleichbar der Erhebung einer Kündigungsschutzklage. 164

Zutreffend hat daher das Arbeitsgericht dem Kläger die Vergütungsansprüche ab dem 17.01.2006 zugesprochen. Dabei irrt die Beklagte zu 2), wenn sie in diesem Zusammenhang meint, dass Arbeitsgericht habe als Vergütungsbeginn frühestens den 17.01.2006 zugrunde legen müssen, tatsächlich aber den 16.01.2006 zugrunde gelegt. Bis einschließlich 16.01.2006 lagen im Kalendermonat Januar 2006 11 Arbeitstage. 11 weitere Arbeitstage 165

lagen in der Zeit vom 17.01. bis zum 31.01.2006. Angesichts dessen ist es nicht zu beanstanden, wenn das Arbeitsgericht als Vergütungsanspruch für den Monat Januar 2006 ab dem 17.01.2006 genau die Hälfte der monatlichen Vergütung zugrunde gelegt hat.

Auf eine tarifvertragliche Verfallfrist vermag sich die Beklagte zu 2) nicht berufen. Abgesehen davon, dass trotz des diesbezüglichen Bestreitens des Klägers hierzu im Detail nichts vorgetragen ist, muss darauf hingewiesen werden, dass es sich bei der von der Beklagten zu 2) geltend gemachten Verfallfrist um eine sogenannte einstufige Verfallfrist handelt, die lediglich die schriftliche Geltendmachung verlangt. Diesbezüglich ist aber anerkannt, dass bei einstufigen Verfallfristen die Bestandsschutzklage zugleich die Geltendmachung der davon abhängigen Vergütungsansprüche umfasst (siehe BAG, Urteil vom 07.11.1991 – 2 AZR 34/91 – NZA 92, 521). 166

Die Vergütungsansprüche für die Zeit vom 17.01. bis zum 31.07.2006 stehen dem Kläger daher zu. 167

Substantiierte Einwendungen hiergegen der Höhe nach hat die Beklagte zu 2) nicht erhoben. Die Beklagte zu 2) kann insoweit insbesondere nicht mit dem Vortrag gehört werden, sie könne die Angaben des Klägers zur Vergütungshöhe nur pauschal bestreiten, weil sie nicht mehr in Besitz der Personalunterlagen sei. Es ist der Beklagten zu 2) ohne Weiteres zumutbar, sich diese Unterlagen bei dem Beklagten zu 1) zu verschaffen bzw. dort Einsicht zu nehmen. Der Umstand, dass damit Aufwand verbunden ist, rechtfertigt es nicht, die Substantiierungsanforderungen herabzusetzen. Zutreffend hat sich der Kläger zudem das erhaltene Arbeitslosengeld sowie den erhaltenen Zwischenverdienst anrechnen lassen. 168

5. Keinen Anspruch hatte der Kläger hingegen auf die Ansprüche die mit der Klageerweiterung in der Berufungsinstanz geltend gemacht wurden, und die die Vergütung für die Monate Oktober, November und Dezember 2006 und Januar 2007 betraf. 169

In der Sache mussten diese mit der Klageerweiterung verfolgten Ansprüche zurückgewiesen werden. Denn das Arbeitsverhältnis endete aufgrund der ausgesprochenen betriebsbedingten Kündigung vom 25.02.2006 am 30.09.2006. Infolgedessen konnte kein Anspruch des Klägers auf die Vergütung für die Monate Oktober, November und Dezember 2006 und Januar 2007 bestehen. 170

III. Insgesamt hatte die Berufung der Beklagten zu 2) keinen Erfolg. Auch die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg. 171
IV. Daher war auch an der erstinstanzlichen Kostenverteilung gemäß § 92 Abs. 1 ZPO festzuhalten.

Die Kammer hat die Revision zugelassen, da der Rechtsstreit wegen der Mehrzahl gleich oder ähnlich gelagerter Fälle grundsätzliche Bedeutung hat. 172

RECHTSMITTELBELEHRUNG 173

Gegen dieses Urteil kann von der klägerischen Partei sowie von der Beklagten zu 2) 174

R E V I S I O N 175

eingelegt werden. 176

Die Revision muss 177

innerhalb einer Notfrist* von einem Monat

schriftlich beim

Bundesarbeitsgericht

Hugo-Preuß-Platz 1

99084 Erfurt

Fax: (0361) 2636 - 2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionsschrift muss von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

(Dr. Griese) (Moritz) (Ramscheid)

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE