



LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL
In dem Rechtsstreit

des Herrn B. C., T. weg 23, P.,

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtssekretär E. C., DGB Rechtsschutz
GmbH, G.-F.-Str. 34 - 38, E.,

g e g e n

die B. H. AG, vertreten durch den Vorstand, L.-X.-Allee, M.,

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte D. - Dr. D. u. a.,
C. str. 11 - 13, L.,

hat die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 10.10.2007
durch die Richterin am Arbeitsgericht Paßlick als Vorsitzende sowie den
ehrenamtlichen Richter Specht und den ehrenamtlichen Richter Eckwert

für R e c h t erkannt:

- I. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Solingen vom 19.04.2007 - 1 Ca 1431/06 lev - wird zurückgewiesen.**
- II. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat der Kläger zu tragen.**
- III. Die Revision wird zugelassen.**

TATBESTAND:

Mit seiner am 14.08.2006 beim Arbeitsgericht Solingen eingegangenen Klage begehrt der Kläger die Feststellung, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht sowie die Verurteilung der Beklagten, ihn als Produktionsarbeiter zu beschäftigen. Hilfsweise begehrt der Kläger Schadensersatz. Die Parteien streiten darüber, ob der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber eines Betriebsteils der Beklagten wirksam widersprochen hat.

Der am 14.04.1957 geborene, geschiedene Kläger war seit dem 01.02.1995 bei der Beklagten als Produktionsarbeiter zu einem monatlichen Bruttogehalt von circa 3.000,00 € beschäftigt.

Der Kläger war schwerpunktmäßig im Geschäftsbereich Consumer Imaging (CI) tätig, 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.

Unter dem Datum vom 14.10.2004 schloss die Beklagte mit dem bei ihr bestehenden Betriebsrat einen Interessenausgleich mit Namensliste ab (Bl. 9 –13 der Akte).

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.

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 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.

Mit Schreiben vom 22.10.2004 wurde auch der Kläger über die geplante Übertragung des Geschäftsbereichs CI informiert. Wegen des Inhalts dieses Schreibens wird auf Blatt 80 - 83 der Akte Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 22.11.2004 kündigte die B. Photo GmbH das Arbeitsverhältnis des Klägers aus betriebsbedingten Gründen zum 31.03.2005. Gegen diese Kündigung hat der Kläger eine Kündigungsschutzklage erhoben, die beim Arbeitsgericht Solingen unter dem Aktenzeichen 2 Ca 2770/04 lev anhängig war.

Mit Schreiben vom 24.03.2005 sprach die B. Photo GmbH vorsorglich eine weitere Kündigung aus, und zwar zum 30.06.2005. Die diesbezügliche Kündigungsschutzklage war beim Arbeitsgericht Solingen unter dem Az 1 Ca 806/05 lev anhängig.

Beide Verfahren wurden im Einverständnis der Beteiligten dem vorliegenden Verfahren beigezogen und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung vom 10.10.2007.

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

Bereits nach der Antragstellung widersprach eine größere Anzahl der Mitarbeiter dem Betriebsübergang wegen fehlerhafter Unterrichtung.

Am 01.08.2005 wurde das Insolvenzverfahren eröffnet.

Ausweislich der beigezogenen Akten nahm der Kläger in beiden Kündigungsschutzverfahren die Kündigungsschutzklage mit Schriftsatz vom 16.08.2005 zurück.

Mit Schreiben vom 05.07.2006 (Bl. 4 - 7 der Akte) widersprach der Kläger wegen unvollständiger bzw. fehlerhafter Informationen im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die B. Photo GmbH, wies darauf hin, dass ihm „mit Schreiben vom 30.03.2005 betriebliche Leistungen für den gesamten Zeitraum bis zum frühestmöglichen Zeitpunkt der Beantragung einer Altersrente zugesagt worden“ seien und forderte die Beklagte auf, die „zugesagten Leistungen in Höhe von brutto 27.402,00 € umgehend zu zahlen“.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, er habe im Juli 2006 dem Betriebsübergang noch widersprechen können, da er bis dahin nicht ausreichend und kor-

rekt über den Betriebsübergang informiert worden sei. So habe die Beklagte in dem Informationsschreiben entgegen ihrer Pflicht nicht auf die Verteilung von Schuld und Haftung zwischen dem bisherigen und dem neuen Arbeitgeber hingewiesen. Da es für die Ausübung des Widerspruchsrechtes keine zeitliche Höchstgrenze gebe und dieses Recht auch nicht verwirken könne, sei sein Arbeitsverhältnis nicht auf die B. Photo GmbH übergegangen, sondern bestehe zur Beklagten fort. Zumindest stehe ihm ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280, 613 a Abs. 5 BGB zu. Nach dem noch mit der Beklagten abgeschlossenen Interessenausgleich und Transfersozialplan vom 14.10.2004 bestehe ein Abfindungsanspruch des Klägers in Höhe von 27.402,00 €. Es sei eine unmittelbare Eigenhaftung oder aber auch eine nach § 613 a Abs. 2 BGB gegeben. Der Schaden bestehe aus dem entgangenen Verdienst und werde hier nur in Höhe des bisher nicht realisierten Abfindungsanspruchs aus dem Sozialplan geltend gemacht.

Der Kläger hat beantragt,

- 1. festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht;**
- 2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger als Produktionsarbeiter zu beschäftigen;**
hilfsweise
- 3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger Schadensersatz in Höhe von 27.402,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 16.08.2006 zu zahlen.**

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, ein Arbeitsverhältnis zum Kläger bestehe nicht mehr, da mangels eines wirksamen Widerspruchs die B. Photo GmbH Arbeitgeberin des Klägers geworden sei. Da die mit Schreiben vom 22.10.2004 erteilten Informationen ausreichend und korrekt gewesen seien, sei die gesetzliche einmonatige Widerspruchsfrist bei Einlegen des Widerspruchs durch den Kläger bereits lange verstrichen gewesen. Zumindest habe der Kläger sein Widerspruchsrecht verwirkt. Er habe über einen langen Zeitraum bei der Erwerberin weitergearbeitet und weder die Stellung des Insolvenzantrages noch die Errichtung einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft zum Anlass genommen, den Widerspruch zu erklären. Angesichts der deutlich früher erklärten Widersprüche anderer Arbeitnehmer habe er eine Entscheidung für oder gegen einen Widerspruch sehr wohl zu einem früheren Zeitpunkt als erst im Sommer 2006 treffen können. Zudem habe er die Kündigung der Erwerberin gegen Zahlung einer Abfindung akzeptiert. Damit habe er gleichzeitig auf die Ausübung des Widerspruchsrechts verzichtet. Schließlich stehe dem Kläger auch deshalb kein Widerspruchsrecht mehr zu, weil er durch die Kündigung der B. Photo GmbH aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden sei. Nach dem rechtlichen Ende eines Arbeitsverhältnisses könne ein Widerspruch nicht mehr eingelegt werden. Sowohl hinsichtlich des Weiterbeschäftigungsanspruchs als auch hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs fehle es an jeglichem substantiierten Vortrag des Klägers.

Das Arbeitsgericht Solingen hat die Klage abgewiesen und dazu ausgeführt, zwischen den Parteien bestehe kein Arbeitsverhältnis, da der Kläger dem

Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht wirksam widersprochen habe. Dabei könne dahinstehen, ob die Beklagte ihre Informationspflicht gemäß § 613 a Abs.5 BGB verletzt habe und die Monatsfrist des § 613 a Abs.6 BGB noch nicht in Gang gesetzt worden sei, denn der Kläger habe sein Widerspruchsrecht verwirkt. Das Zeitmoment sei erfüllt, weil die abgelaufene Zeitspanne von mehr als einem Jahr zwischen dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens und dem Widerspruch die Grenze der einzuräumenden Überlegungsfrist überschreite. Der Kläger habe mit dem Antrag auf Insolvenzeröffnung erkennen können, dass bei der B. Photo GmbH wirtschaftliche Schwierigkeiten bestanden. Ab diesem Zeitpunkt hätte er sich mit der Frage des Widerspruchs und der Rückkehr zur Beklagten beschäftigen können und müssen. Auch das Umstandsmoment sei erfüllt, da der Kläger in Kenntnis der schlechten wirtschaftlichen Entwicklung der Erwerberin die Kündigungsschutzklage zurückgenommen und nach Klagerücknahme noch mehr als zehn Monate gewartet habe, um den Widerspruch auszuüben, obwohl bereits im Zusammenhang mit der Insolvenzeröffnung die ersten Arbeitnehmer Widerspruch gegen den Betriebsübergang erhoben hatten und im Januar 2006 die ersten klagestattgebenden, über die Presse veröffentlichten Urteile ergangen seien. Ein Anspruch auf Zahlung einer Abfindung gemäß § 613 a Abs. 2 BGB stehe dem Kläger nicht zu, weil ein solcher erst nach dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs habe entstehen können. Ein Schadensersatzanspruch scheide aus, weil der Kläger nicht ausreichend dargetan habe, dass er bei fehlerfreier Unterrichtung rechtzeitig einen Widerspruch erklärt hätte. Wegen der weiteren Ausführungen des Arbeitsgerichts wird auf Blatt 97 – 110 der Akte Bezug genommen.

Gegen das dem Kläger am 26.04.2007 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts Solingen hat der Kläger mit einem am 29.05.2007 bei dem Landesarbeitsgericht per Fax und im Original eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 26.07.2007 mit einem am 26.07.2007 per Fax und im Original bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Mit der Berufung macht der Kläger unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Vorbringens weiterhin geltend, das Schreiben vom 22.10.2004 genüge den Anforderungen an ein Unterrichtungsschreiben nicht, weil es keinerlei Hinweis auf die in § 613 a Abs. 2 BGB geregelte Haftungsverteilung enthalte. Da er – der Kläger - die finanzielle Situation der Erwerberin im Einzelnen nicht kenne, könne er nur die generelle Behauptung aufstellen, dass die Beklagte augenscheinlich entgegen ihrer Erklärung ihre Rechtsnachfolgerin nicht mit genügend Kapital ausgestattet habe. Hätte er dies gewusst, hätte er den Betriebsübergang nicht hingenommen. Die gegen die B. Photo GmbH gerichtete Kündigungsschutzklage habe er zurückgenommen, da ihm im Frühsommer 2005 gemäß Sozialplan eine Abfindung angeboten worden sei. Als sich für ihn allmählich herausgestellt habe, dass bei der B. Photo GmbH „nicht mehr viel zu holen war“, habe er den Widerspruch erklärt.

Jedenfalls sei der Hilfsantrag gerechtfertigt, da die Beklagte ausweislich des Schreibens vom 22.10.2004 eine Garantie für die Gewährung möglicher Sozialplanleistungen übernommen habe.

Nach den Angaben des Klägers im Kammertermin vom 10.10.2007 hat er zunächst keinen Widerspruch eingelegt, weil das mit seinen Vertretern so besprochen gewesen sei. Er habe zunächst andere Möglichkeiten versucht.

Der Kläger beantragt,

**das Urteil des Arbeitsgerichts Solingen vom 19.04.2007,
1 Ca 1431/06 lev, abzuändern und gemäß den erstinstanzlichen
Schlussanträgen zu erkennen.**

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil und vertritt unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vortrags weiterhin den Standpunkt, dass das Informationsschreiben über den Betriebsübergang vom 22.10.2004 nicht unvollständig und nicht fehlerhaft gewesen und der Widerspruch des Klägers aus Juli 2006 ungeachtet dessen verspätet, jedenfalls jedoch verwirkt sei. Die Ausübung des Widerspruchsrechts sei insbesondere rechtsmissbräuchlich erfolgt. Sie trägt dazu vor, die Gründe, auf welche sich der Kläger für die Fehlerhaftigkeit des Informationsschreibens und ein darauf begründetes Widerspruchsrecht berufe, seien ihm bereits im Zeitpunkt des Zugangs des Widerspruchsschreibens bekannt gewesen. Der Lauf des Verwirkungsmoments habe damit bereits im November 2004 begonnen. Dem Kläger gehe es gar nicht um die Fortführung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten. Er habe den Widerspruch nur erhoben, weil er den von ihm auch zur Insolvenztabelle angemeldeten Abfindungsanspruch derzeit und letztlich nicht in voller Höhe realisieren könne. Absicht des Klägers sei, das Insolvenzrisiko der Erwerberin auf sie – die Beklagte – abzuwälzen. Der Kläger begehre damit die Einführung eines außerordentlichen Widerspruchsrechts für den Fall der Insolvenz des Betriebserwerbers. Ein solches sei vom Gesetzgeber aber gerade nicht vorgesehen worden. Der geltend gemachte Abfindungsanspruch stehe dem Kläger im Verhältnis zur Beklagten unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Eine „Garantiezusage“ sei dem Schreiben vom 22.10.2004 nicht zu entnehmen. Es sei nicht erfindlich, warum die Beklagte eine Zusage geben sollte für Kündigungen, die ein anderes Unternehmen ausspreche, zumal selbst nach dem Vortrag des Klägers die Sozialplansumme noch nicht festgestanden habe. Hinsichtlich des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs lasse der Vortrag des Klägers nicht erkennen, durch welche Handlung die Beklagte zu welchem Zeitpunkt welche

Rechtspflicht verletzt haben soll. Es fehle jeglicher Vortrag des darlegungs- und beweispflichtigen Klägers hinsichtlich der Erfüllung eines haftungsrechtlichen Tatbestandes, weiterhin aber auch im Hinblick auf das Vorliegen einer haftungsbegründenden Kausalität sowie einer haftungsausfüllenden Kausalität. Es sei noch nicht einmal vorgetragen worden, wieso ein Schaden bestehen solle, obwohl sich der Kläger mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einverstanden erklärt habe, inwieweit eine fehlende Beschäftigung zu einem Schaden führen solle und wonach die behauptete Schadenssumme von 27.402,00 € berechnet worden sei. Der Vortrag des Klägers sei pauschal, unsubstantiiert und daher nicht näher einlassungsfähig.

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) der Kläger ist zulässig.

II.

Die Berufung ist jedoch unbegründet und war demgemäss zurückzuweisen. Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Angriffe des Klägers gegen dieses Urteil vermögen nicht durchzugreifen.

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 des Klägers bejaht.

2.

Zu Recht hat das Arbeitsgericht des weiteren festgestellt, dass zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis mehr besteht, da der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die B. Photo GmbH nicht wirksam gemäß § 613 a Abs.6 BGB widersprochen hat.

Dabei kann dahinstehen, ob die Beklagte den Kläger über den Betriebsteilübergang nicht ordnungsgemäß im Sinne des § 613 a Abs. 5 BGB unterrichtet hat mit der Folge, dass die einmonatige Widerspruchsfrist gemäß § 613 a Abs. 6 BGB nicht in Lauf gesetzt worden ist. In Übereinstimmung mit dem Arbeitsgericht ist auch die Berufungskammer der Auffassung, dass für den Kläger zum Zeitpunkt der Widerspruchserklärung kein Widerspruchsrecht mehr bestand. Diese Beurteilung ergibt sich nach Auffassung der Berufungskammer – neben den Erwägungen des Arbeitsgerichts - auch aus einer analogen Anwendung des Rechtsgedanken des § 144 BGB.

Nach § 144 Abs. 1 BGB ist die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts ausgeschlossen, wenn das 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.

Da es sich bei dem Übergang des Arbeitsverhältnisses im Falle des § 613 a BGB nicht um einen rechtsgeschäftlichen, sondern um einen gesetzlich angeordneten Vertragspartnerwechsel handelt, kommt nur eine analoge Anwendung des § 144 BGB in Betracht. Eine Analogie ist die Übertragung der für einen oder mehrere bestimmte Tatbestände im Gesetz vorgesehenen Regel auf einen anderen, aber rechtsähnlichen Tatbestand (vgl. Palandt, Einl. 40 vor § 1). Die analoge Anwendung einer Norm ist möglich, wenn zur Ausfüllung einer planwidrigen Gesetzeslücke die Rechtsfolge eines gesetzlichen Tatbestands auf einen vergleichbaren, aber im Gesetz nicht geregelten Tatbestand übertragen werden kann. Dabei muss der zu beurteilende Sachverhalt dem gesetzlich geregelten Sachverhalt gleichen, die möglichen Unterschiede dürfen nicht von einer Art sein, dass eine Übertragung der gesetzlichen Wertung ausgeschlossen ist (vgl. BAG, Urteil vom 23.11.2006, 6 AZR 394/06 = ArbuR 2006, 447 m.w.N.).

Die Voraussetzungen der analogen Anwendung der in § 144 BGB vorgesehenen Regelung für die Ausübung des Anfechtungsrechts auf den gesetzlich nicht geregelten Tatbestand der Ausübung des Widerspruchsrechts sind nach Auffassung der Berufungskammer gegeben. Es liegen sowohl eine Gesetzeslücke als auch ein analogiefähiger Tatbestand vor. Durch die Einführung des gesetzlich normierten Widerspruchsrechts ist nachträglich eine Regelungslücke in Bezug auf die Ausübung dieser Rechts entstanden. Das Gesetz sieht keine Folgenregelung für das Widerspruchsrecht für die Fälle vor, in denen die Widerspruchsfrist wegen fehlerhafter Unterrichtung noch nicht läuft. Die Ausübung des Widerspruchsrechts ist der Ausübung des Anfechtungsrechts „rechtsähnlich“. Beide Tatbestände erfordern die Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung des Berechtigten, der – bei der Anfechtung bezogen auf ein

Rechtsgeschäft, beim Widerspruchsrecht bezogen auf einen gesetzlich vorgesehenen Vertragspartnerwechsel – rückwirkende Kraft zukommt. In beiden Fällen bewirkt die Ausübung des Rechts die rückwirkende Vernichtung des bestehenden Vertragsverhältnisses. Es erscheint der Berufungskammer danach gerechtfertigt, im Wege der Einzelanalogie die Rechtsfolge der Bestätigung des Rechtsgeschäfts durch den Anfechtungsberechtigten, nämlich den Ausschluss des Anfechtungsrechts, auf den vergleichbaren Tatbestand der Bestätigung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber durch den Widerspruchsberechtigten mit der Folge des Ausschlusses des Widerspruchsrechts zu übertragen, soweit die Voraussetzungen einer Bestätigung im Sinne des § 144 BGB festgestellt werden können.

Die Bestätigung im Sinne des § 144 BGB betrifft ein gültiges Rechtsgeschäft und ist – anders als die Bestätigung im Sinne des § 141 BGB – keine Neuvernahme des Geschäfts, sondern der Sache nach ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht. Sie ist eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung 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. Jede andere den Umständen nach mögliche Deutung muss ausgeschlossen sein. Eine Bestätigung setzt in der Regel voraus, dass der Bestätigende die Anfechtbarkeit kannte bzw. mit ihr rechnen musste. Die Bestätigung beseitigt das Anfechtungsrecht (vgl. Palandt, § 144 BGB Rdnr. 1,2).

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

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.

Ein aufschiebend bedingtes Rechtsgeschäft ist tatbestandlich vollendet und voll gültig, nur seine Rechtswirkungen sind bis zum Eintritt der Bedingung in der Schwebe. Dieser Tatbestand ist der erforderlichen Gültigkeit des Rechtsgeschäfts bei der Anfechtung „rechtsähnlich“.

Durch die Klagerücknahme gegenüber der B. Photo GmbH in Verbindung mit der eigenen Einlassung des Klägers hat dieser unter Berücksichtigung der Gesamtumstände hinsichtlich seines Widerspruchsrechts eine abschließende Erklärung abgegeben, den Eintritt der Bedingung bewirkt und damit den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Erwerberin bestätigt.

Zwar kommt der Erhebung oder der Nichterhebung einer Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung des Betriebserwerbers nach der Rechtsprechung der erkennenden Berufungskammer in vergleichbaren Verfahren kein Erklärungswert zu, weil der Arbeitnehmer, der sich in einer rechtlich völlig ungeklärten Rechtslage befindet, die sich ihm bietenden

Rechtsmöglichkeiten ergreifen oder es lassen kann. Er hat dabei die sich ergebenden rechtlichen Konsequenzen zu tragen. Erhebt er gegen den Betriebserwerber eine Kündigungsschutzklage und stellt sich später heraus, dass er aufgrund seines Widerspruchs nicht Arbeitnehmer des Erwerbers, sondern des Veräußerers ist, wird er das Kündigungsschutzverfahren verlieren. Erhebt er keine Kündigungsschutzklage und stellt sich später heraus, dass sein Widerspruch unwirksam ist, muss er hinnehmen, dass aufgrund der sodann wirksamen Kündigung des Erwerbers auch zu diesem kein Arbeitsverhältnis mehr besteht. Weder mit der einen noch mit der anderen Variante trifft er eine Entscheidung darüber, zu welcher Partei sein Arbeitsverhältnis bestehen soll.

Anders kann dies nach Auffassung der Berufungskammer unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls bei der Rücknahme einer bereits erhobenen Kündigungsschutzklage zu sehen sein. Dabei kann offen bleiben, ob der Klagerücknahme ansich bereits ein Erklärungswert zukommt. Vorliegend ist jedenfalls unter Berücksichtigung der eigenen Einlassung des Klägers davon auszugehen, dass er den Willen hatte, die Erwerberin als Vertragspartnerin zu akzeptieren, denn er hat die Klage deshalb zurückgenommen, weil die Erwerberin ihm eine Abfindung zugesagt hatte. Durch die Klagerücknahme wollte der Kläger also erreichen, dass die Erwerberin seine Vertragspartnerin bleibt, um die Abfindungszusage geltend machen zu können. Damit hat er den Übergang seines Arbeitsverhältnisses bestätigt.

Nach der eigenen Einlassung des Klägers muss desweiteren davon ausgegangen werden, dass diese in der Klagerücknahme zu sehende Bestätigung des Übergangs seines Arbeitsverhältnisses auch in Kenntnis eines bestehenden Widerspruchsrechts erfolgte. Zumindest hat der Kläger mit der Möglichkeit eines bestehenden Widerspruchsrechts gerechnet, was im Rahmen des § 144 BGB ausreicht, um von einer Bestätigungserklärung auszugehen.

Die Kenntnis des Klägers muss daraus geschlossen werden, dass ihm ausweislich der beigezogenen Akte bereits vor der Klagerücknahme die Insolvenzer-

öffnung der Erwerberin bekannt war. In Übereinstimmung mit dem Arbeitsgericht geht die Berufungskammer davon aus, dass für den Kläger jedenfalls ab dem Zeitpunkt der Insolvenzbeantragung hinreichende Anhaltspunkte dafür vorgelegen haben, dass die Unterrichtung über den Betriebsübergang möglicherweise fehlerhaft gewesen sein könnte. Im Zeitpunkt der Klagerücknahme hatte bereits eine Mehrzahl von Arbeitnehmern dem Betriebsübergang wegen fehlerhafter Unterrichtung widersprochen. Der Kläger hatte zudem gewerkschaftlichen Rechtsrat. Nach seinen eigenen Angaben im Kammertermin hat er zunächst keinen Widerspruch eingelegt, weil das mit seinen Vertretern so besprochen worden war.

Danach muss davon ausgegangen werden, dass der Kläger den Willen hatte, trotz des – möglicherweise – bestehenden Widerspruchsrechts an dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Erwerberin festzuhalten, um in den Genuss der ihm von der Erwerberin zugesagten Abfindung zu gelangen. Ein anderer Grund ist für die Klagerücknahme nicht ersichtlich. Offensichtlich ist der Kläger davon ausgegangen, im Insolvenzverfahren Abfindungsansprüche, die die B. Photo GmbH ihm zugesagt hatte, realisieren zu können. Erst als sich herausstellte, dass diese – jedenfalls nicht in voller Höhe – erfüllt würden, hat sich der Kläger dazu entschlossen, einen Widerspruch zu erklären. Dies ergibt sich aus der eigenen Einlassung des Klägers im Berufungsverfahren, wonach er den Widerspruch nur deshalb erklärt hat, weil er feststellen musste, dass von der Erwerberin „nicht mehr viel zu holen war“. An dieser Erklärung muss der Kläger sich festhalten lassen. Er hat damit zu erkennen gegeben, dass er mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Erwerberin in Kenntnis des bestehenden Widerspruchsrechts einverstanden war, was er durch Rücknahme der Kündigungsschutzklage auch dokumentiert hat. Insbesondere im Hinblick darauf, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Klagerücknahme bereits rechtlich beraten wurde, scheidet eine andere Deutung des Verhaltens des Klägers aus. Andere Gründe für die Klagerücknahme sind nicht ersichtlich und von dem Kläger auch nicht vorgetragen worden. Insbesondere kann nicht angenommen werden, dass der Kläger die Klage etwa deshalb zu-

rückgenommen hat, weil er zur Beklagten zurückkehren wollte, denn hätte der Kläger diesen Willen gehabt, so hätte er zeitnah zur Klagerücknahme auch einen Widerspruch erklärt, was aber gerade nicht erfolgt ist.

Diesem Ergebnis steht die Rückwirkung des Widerspruchs nicht entgegen. Durch die den Übergang des Arbeitsverhältnisses bestätigende Erklärung ist die Erwerberin – wie bereits ausgeführt – rückwirkend in das zunächst aufschiebend bedingt übergegangene Arbeitsverhältnis des Klägers eingetreten. Diese Rechtsfolge konnte der Kläger durch seinen zeitlich erst weit nach der Klagerücknahme ausgeübten Widerspruch nicht mehr rückgängig machen. Zum Zeitpunkt der Widerspruchserklärung war die Erwerberin in das – zu diesem Zeitpunkt bereits beendete - Arbeitsverhältnis rückwirkend eingetreten.

Da die Bestätigungserklärung im Sinne des § 144 BGB formfrei und nicht empfangsbedürftig ist, brauchte sie nicht gegenüber der Beklagten erklärt zu werden. Abgesehen davon dürfte es reichen, wenn die Bestätigung gegenüber dem Erwerber oder dem Veräußerer abgegeben wird. Insofern ist unerheblich, ob die Beklagte von der Klagerücknahme Kenntnis hatte.

3.

Da zwischen den Parteien mangels eines wirksamen Widerspruchs kein Arbeitsverhältnis besteht, hat das Arbeitsgericht zu Recht auch den Weiterbeschäftigungsanspruch abgewiesen

4.

Zu Recht hat das Arbeitsgericht auch den Hilfsantrag des Klägers abgewiesen.

Die für einen Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs.1 BGB erforderlichen Voraussetzungen können nach dem Sachvortrag des Klägers nicht festgestellt werden.

Unterrichtet der Arbeitgeber, fehlerhaft über die Folgen eines Betriebsübergangs, so verletzt er damit nach ganz herrschender Auffassung echte Rechtspflichten, was Schadensersatzansprüche gemäß § 280 Abs. 1 BGB auslösen kann (vgl. dazu schon BAG, Urteil vom 24.05.2005, 8 AZR 398/04, zitiert nach juris). Dabei wird das Verschulden des informierenden Arbeitgebers gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB grundsätzlich vermutet. Allerdings muss der Arbeitnehmer für die Annahme einer haftungsbegründenden Kausalität zwischen Unterrichtungspflichtverstoß und Schaden darlegen und beweisen, dass ihm infolge der unterbliebenen Unterrichtung der geltend gemachte Schaden entstanden ist. Er muss mithin nachweisen, dass er bei ordnungsgemäßer Information über den Widerspruch gemäß § 613 a Abs.6 BGB anders entschieden hätte, als er es tatsächlich getan hat. Da ein derartiger Nachweis im Nachhinein kaum zu führen ist, ist bei Verletzung von Aufklärungs- bzw. Hinweispflichten anerkannt, dass dem Geschädigten durch eine Vermutung „aufklärungsrichtigen“ Verhaltens Beweiserleichterungen zukommen können. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass bei richtiger Information die Eigeninteressen in vernünftiger Weise gewahrt worden wären (vgl. dazu Grau, Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Unterrichtungspflicht bei Betriebsübergang gemäß § 613 a Abs.5 BGB, RdA 2005, 367, 372 ff m.w.N.). Das setzt aber voraus, dass nur eine Handlungsmöglichkeit besteht (so ausdrücklich: BAG, Urteil vom 13.07.2006 – 8 AZR 382/05 – zitiert nach Juris).

Zu Recht hat die Beklagte darauf hingewiesen, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen eines solchen Anspruchs vom Kläger auch in der Berufungsinstanz in keiner Weise substantiiert dargelegt worden sind. Insbesondere kann

nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger im Falle einer ordnungsgemäßen Unterrichtung rechtzeitig einen Widerspruch erklärt hätte. Darauf hat bereits das Arbeitsgericht mit zutreffenden Ausführungen, die die Berufungskammer sich ausdrücklich zu eigen macht, hingewiesen. Im Berufungsverfahren hat der Kläger sich auf die Behauptung beschränkt, dass die Beklagte ihre Rechtsvorgängerin entgegen ihrer Erklärung augenscheinlich nicht mit genügend Kapital ausgestattet habe. Hätte er dies gewusst, hätte er den Betriebsübergang nicht hingenommen. Davon kann schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil der Kläger selbst nach Kenntnis von der wirtschaftlich schlechten Lage der B. Photo GmbH über einen Zeitraum von fast einem Jahr keinen Widerspruch erklärt hat. Da der Kläger sich im Berufungsverfahren mit den Ausführungen des Arbeitsgerichts im Übrigen nicht auseinandergesetzt hat, bedarf es insoweit keiner weiteren Darlegungen.

Eine Zahlungsverpflichtung der Beklagten ergibt sich auch nicht aus § 613 a Abs. 2 BGB. Eine hierauf gestützte Haftung der Beklagten scheidet, worauf das Arbeitsgericht in seiner erstinstanzlichen Entscheidung zu Recht verwiesen hat, bereits deshalb aus, weil der streitbefangene Abfindungsanspruch nicht vor dem am 01.11.2004 eingetretenen Betriebsteilübergang auf die B. Photo GmbH entstanden ist. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass ein Abfindungsanspruch, auch wenn er sich in einem Sozialplan oder in einem Interessenausgleich befindet, mit dem Ausspruch der Kündigung entsteht. Dies jedenfalls dann, wenn als Voraussetzung für die Zahlung eine Kündigung durch den Arbeitgeber vorgesehen ist (vgl. hierzu: BAG, Urteil vom 28.08.1996 – 10 AZR 886/95 – AP Nr. 104 zu § 112 BetrVG 1972; BAG, Urteil vom 13.12.1994 – 3 AZR 357/94 – AP Nr. 6 zu § 4 TVG Rationalisierungsschutz).

Danach war der vom Kläger geltend gemachte Abfindungsanspruch nicht vor dem 01.11.2004, also dem Datum des Betriebsteilübergangs, entstanden, denn die B. Photo GmbH hatte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger am 23.11.2004, also nach dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs, gekündigt. Damit

konnte der Abfindungsanspruch frühestens zu diesem Zeitpunkt entstanden sein.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Unterrichtungsschreiben. Der Auffassung des Klägers, die Beklagte habe im Schreiben vom 22.10.2004 eine Garantie über die Gewährung von möglichen Sozialplanleistungen übernommen, kann die Berufungskammer nicht folgen. Aus dem vom Kläger zitierten Satz „Zur Milderung wirtschaftlicher Nachteile stehen Ihnen die in unserem Sozialplan vorgesehenen Leistungen zu“ ist lediglich ein Hinweis auf den noch von der Beklagten abgeschlossenen Sozialplan zu sehen, nicht aber die rechtsverbindliche Zusage, Abfindungen auch für Kündigungen zu zahlen, die nicht von ihr, sondern von der Erwerberin ausgesprochen worden sind.

Die Berufung des Klägers war mithin zurückzuweisen.

III.

Die Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsmittels waren gemäß §§ 64 Abs.6 ArbGG, 97 Abs.1 ZPO dem Kläger aufzugeben.

IV.

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.

RECHTSMITTELBELEHRUNG:

Gegen dieses Urteil kann von dem Kläger

REVISION

eingelegt werden.

Für die Beklagte ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss

innerhalb einer Notfrist von einem Monat

nach der Zustellung dieses Urteils schriftlich beim

Bundesarbeitsgericht,
Hugo-Preuß-Platz 1,
99084 Erfurt,
Fax: (0361) 2636 - 2000

eingelegt werden.

Die Revision ist gleichzeitig oder

innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils

schriftlich zu begründen.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Paßlick

Specht

Eckwert