

LAG Düsseldorf  
18.08.2008  
17 Sa 1546/07

**Betriebsübergang -Unterrichtung gemäß § 613 a Abs. 5 BGB - fristgerechter Widerspruch gemäß § 613 a Abs. 6 BGB - Verwirkung - Annahmeverzug**

- 1.) Nur eine ordnungsgemäße Unterrichtung setzt die Widerspruchsfrist nach § 613 a Abs. 6 BGB in Gang.
- 2.) Eine Unterrichtung über einen geplanten Betriebsübergang ist nicht ordnungsgemäß, wenn sie nicht hinreichend über die rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs für die Arbeitnehmer informiert (§ 613 a Abs. 5 Nr. 3 BGB).
- 3.) Auch über das Recht zum Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses ist als rechtliche Folge nach § 613 a Abs. 5 Nr. 3 BGB zu informieren.
- 4.) Die Verwirkung des Widerspruchsrechts setzt voraus, dass der Verpflichtete darauf vertrauen durfte, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr ausüben. Das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf Seiten des Verpflichteten muss dabei das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass dem Verpflichteten die Erfüllung des Ausspruchs nicht mehr zuzumuten ist.
- 5.) Der Betriebsveräußerer kann für den Zeitraum ab Zugang des Widerspruchs in Annahmeverzug geraten.
- 6.) Teilweise parallel zu den Entscheidungen des LAG Düsseldorf vom 18.08.08 17 Sa 2112/07 und 17 Sa 2150/07.

**BGB § 613 a Abs. 5**  
**BGB § 613 a Abs. 6**  
**BGB § 615**  
**BGB § 242**

Arbeitsgericht Solingen, 5 Ca 292/07 lev

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichtes Solingen vom 04.09.2007 - 5 Ca 292/07 lev - zu Ziffer 1. teilweise abgeändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2219,51 € brutto (Arbeitsentgelt Januar 2006) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld in Höhe von 808,96,- € netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.02.2006 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits 1. Instanz haben der Kläger zu 44% und die Beklagte zu 56% zu tragen. Die Kosten des Berufungsverfahrens haben der Kläger zu 43% und die Beklagte 57% zu tragen.

Die Revision wird für beide Parteien zugelassen.

## **Tatbestand**

Die Parteien streiten über Zahlungsansprüche, die sich aus einem nachträglichen Widerspruch gegen einen vollzogenen Betriebsübergang ergeben.

Der am 11.05.1953 geborene Kläger ist seit dem 01.08.1970 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin zu einem Bruttomonatsgehalt von zuletzt 4.597,00 € zuzüglich einer Auslagenersatzung für die Kontoführung in Höhe von 2,30 € (gesamt: 4.589,30 € brutto) beschäftigt. Er war zuletzt dem Bereich

"Consumer Imaging" (CI) zugeordnet. Mit Schreiben vom 22.10.2004 informierte die Beklagte den Kläger und die weiteren betroffenen Kolleginnen und Kollegen über die geplante Übertragung des Geschäftsbereiches CI auf die neu gegründete B. Photo Germany GmbH. In einem zweiten Schritt sollte diese Gesellschaft in die parallel gegründete B. Photo GmbH eingebracht werden. (Bezüglich der Einzelheiten dieses Schreibens wird auf Bl. 14 ff. d.A. verwiesen).

Der Kläger widersprach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zunächst nicht.

Am 25.05.2005 stellte die B. Photo GmbH beim Amtsgericht Köln den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen Zahlungsunfähigkeit. Unter dem 01.08.2005 wurde das Insolvenzverfahren eröffnet und Herr Rechtsanwalt S. zum Insolvenzverwalter bestellt. In der Folge widersprachen zahlreiche Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse auf die B. Photo GmbH übergegangen waren, dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses von der B. H. AG auf die B. Photo GmbH und führten entsprechende Rechtsstreitigkeiten vor dem Arbeitsgericht Solingen.

Die B. Photo Germany GmbH stellte im Oktober 2005 einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Daraufhin wies der Kläger die Beklagte mit Schreiben vom 14.11.2005 darauf hin, dass er die mit Schreiben vom 22.10.2004 mitgeteilten Informationen für unzutreffend halte und forderte die Beklagte auf, eine vollständige und wahrheitsgemäße Information über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs zu erteilen. Dem kam die Beklagte nicht nach. Am 22.12.2005 wurde aufgrund des Antrags von Oktober 2005 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der B. Photo Germany GmbH eröffnet (Aktenzeichen: 71 IN 590/05 Amtsgericht Köln). Am 28.12.2005 wurde die Masseunzulänglichkeit angezeigt.

Mit Schreiben vom 28.12.2006 kündigte der Insolvenzverwalter der B. Photo Germany GmbH das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis zum 31.03.2006. Gegen diese Kündigung erhob der Kläger Kündigungsschutzklage, die vor dem Arbeitsgericht Solingen verhandelt wird.

Mit Schreiben vom 16.01.2006 widersprach der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die B. Photo Germany GmbH und bot seine Arbeitsleistung gegenüber der Beklagten ausdrücklich an (vgl. Bl. 21 d.A.).

Durch Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 18.01.2007 - 5 (10) Sa 1067/06 - wurde unter Aufhebung der Entscheidung der ersten Instanz festgestellt, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht. Gegen diese Entscheidung wurde von der Beklagten die Revision eingelegt.

Mit seiner am 22. Februar 2007 beim Arbeitsgericht Solingen eingegangenen Klage hat der Kläger die Vergütung für die Zeit von Oktober 2005 bis Dezember 2006 abzüglich des bezogenen Insolvenzgeldes, des gezahlten Arbeitslosengeldes und des gezahlten Überbrückungsgeldes begehrt. Zusätzlich hat er die Sondervergütungen 2005 und 2006 gemäß seines AT-Vertrages geltend gemacht. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass zwischen ihm und der Beklagten ein Arbeitsverhältnis bestehe. Die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613 a Abs. 6 BGB sei aufgrund der unzureichenden und fehlerhaften Information seitens der Beklagten im Schreiben vom 22.10.2004 nicht in Gang gesetzt worden, sodass er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses noch im Januar 2006 habe widersprechen können. Die Information der Beklagten sei unvollständig, weil sie ihn

nicht über die Haftungsfragen und das Nachhaftungssystem des § 613 a Abs. 5 BGB informiert habe. Darüber hinaus sei er nicht richtig über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Betriebsübergangs informiert worden. Unabhängig davon habe es die Beklagte versäumt, ihn über die Haftungsverteilung des § 613 a Abs. 2 BGB zu unterrichten. Auch die wirtschaftliche Situation der B. Photo Germany GmbH sei völlig falsch dargestellt worden. Aufgrund der fehlerhaften Information habe die Frist des § 613 a Abs. 5 BGB nicht zu laufen begonnen, sodass es ihm noch möglich gewesen sei, mit Schreiben vom 16.01.2006 den Widerspruch zu erklären, der auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurückwirke. Insbesondere sei der nachträgliche Widerspruch auch nicht verwirkt.

Die Beklagte schulde aufgrund der ex-tunc-Wirkung des Widerspruchs auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs am 01.11.2004 auch die Auszahlung der Monatsentgelte ab Oktober 2005. Eines tatsächlichen Arbeitsangebotes habe es nicht bedurft, da die ex-tunc-Wirkung des Widerspruchs nur dadurch in die Tat umgesetzt werden könne, dass von einem aufschiebend bedingten Übergang des Arbeitsverhältnisses ausgegangen werde, welches erst mit endgültigem Ablauf der Widerspruchsfrist auf den Erwerber übergehe. Im Übrigen ergebe sich ein entsprechender Anspruch im Wege des Schadensersatzes.

Insofern könne er die monatliche Bruttovergütung von 4.589,50 € abzüglich des vom 01.10.2005 bis zum 21.12.2005 erhaltenen Insolvenzgeldes, des vom 01.01. bis 30.06.2006 bezogenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 50,56 € netto täglich sowie des vom 01.07. bis 31.12.2006 erhaltenen Überbrückungsgeldes gegenüber der Beklagten geltend machen. Sonstige Einkünfte, die anzurechnen wären, habe er nicht erzielt.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 4.589,30 brutto (Arbeitsentgelt Oktober 2005) abzüglich bezogenem Insolvenzgeld in Höhe von 3.047,95 € netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. November 2005 zu zahlen,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 4.589,30 brutto (Arbeitsentgelt November 2005) abzüglich bezogenem Insolvenzgeld in Höhe von 3.451,61 € netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Dezember 2005 zu zahlen,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 6.116,00 € brutto (Sondervergütung 2005) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2006 zu zahlen,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 4.589,30 brutto (Arbeitsentgelt Dezember 2005) abzüglich bezogenem Insolvenzgeld in Höhe von 2.134,27 € netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2006 zu zahlen,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 4.589,30 brutto (Arbeitsentgelt Januar 2006) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld in Höhe von 1.516,80 € netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Februar 2006 zu zahlen,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 4.589,30 brutto (Arbeitsentgelt Februar 2006) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld in Höhe von 1.516,80 € netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. März 2006 zu zahlen,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 4.589,30 brutto (Arbeitsentgelt März 2006) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld in Höhe von 1.516,80 € netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. April 2006 zu zahlen,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 4.589,30 brutto (Arbeitsentgelt April 2006) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld in Höhe von 1.516,80 € netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Mai 2006 zu zahlen,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 4.589,30 brutto (Arbeitsentgelt Mai 2006) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld in Höhe von 1.516,80 € netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juni 2006 zu zahlen,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 4.589,30 brutto (Arbeitsentgelt Juni 2006) sowie weitere 613,50 € (Urlaubsgeld gemäß Tarif) abzüglich bezogenem Arbeitslosengeld in Höhe von 1.516,80 € netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juli 2006 zu zahlen,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 4.589,30 brutto (Arbeitsentgelt Juli 2006) abzüglich bezogenem Überbrückungsgeld in Höhe von 2.570,98 € netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. August 2006 zu zahlen,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 4.589,30 brutto (Arbeitsentgelt August 2006) abzüglich bezogenem Überbrückungsgeld in Höhe von 2.570,98 € netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. September 2006 zu zahlen,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 4.589,30 brutto (Arbeitsentgelt September 2006) abzüglich bezogenem Überbrückungsgeld in Höhe von 2.570,98 € netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Oktober 2006 zu zahlen,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 4.589,30 brutto (Arbeitsentgelt Oktober 2006) abzüglich bezogenem Überbrückungsgeld in Höhe von 2.570,98 € netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. November 2006 zu zahlen,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 4.589,30 brutto (Arbeitsentgelt November 2006) abzüglich bezogenem Überbrückungsgeld in Höhe von 2.570,98 € netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Dezember 2006 zu zahlen,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 4.589,30 brutto (Arbeitsentgelt Dezember 2006) abzüglich bezogenem Überbrückungsgeld in Höhe von 2.570,98 € netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2007 zu zahlen,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 6.116,00 € brutto (Sondervergütung 2006 gemäß AT-Vertrag) nebst Zinsen hieraus in

Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Januar 2007 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, dass zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis bestehe. Dem Kläger stehe kein Widerspruchsrecht zu. Das Informationsschreiben vom 22.10.2004 sei inhaltlich zutreffend und vollständig, sodass die Widerspruchsfrist im November 2004 abgelaufen sei. Sämtliche in diesem Schreiben enthaltenen Angaben seien richtig und vollständig gewesen. Die Folge sei, dass der Kläger seinen Widerspruch noch innerhalb der Monatsfrist des § 613 a Abs. 6 BGB hätte erklären können und die Ausübung des Widerspruchsrechts zum 16.01.2006 verspätet gewesen sei. Darüber hinaus sei das Widerspruchsrecht des Klägers verwirkt. Sowohl das Zeitmoment (mehr als ein Jahr nach dem Betriebsübergang) als auch das Umstandsmoment (widerspruchslose Weiterarbeit beim Betriebserwerber) seien erfüllt.

Selbst wenn der Kläger dem Betriebsübergang jedoch wirksam widersprochen haben sollte, sei die Beklagte erst mit Zugang des Widerspruchs in Annahmeverzug geraten, da sie erst zu diesem Zeitpunkt Kenntnis davon erlangen konnte, dass der Kläger seine Arbeitsleistung der Beklagten andienen wollte. Bis zu diesem Zeitpunkt sei trotz der ex-tunc-Wirkung des Widerspruchs von dem Bestehen eines faktischen Arbeitsverhältnisses zu dem Betriebserwerber auszugehen. Zudem habe der Kläger kein Arbeitsangebot gegenüber der Beklagten, sondern nur gegenüber dem Betriebserwerber erbracht. Der Kläger könne auch nicht den Grundsatz der Vermutung des aufklärungsgerechten Verhaltens für sich beanspruchen, da bei ordnungsgemäßer Unterrichtung eine Entscheidung sowohl für als auch gegen einen Widerspruch denkbar gewesen wäre, zumal der Kläger bei Ausübung des Widerspruchs eine betriebsbedingte Kündigung ohne Anspruch auf Zahlung einer Abfindung erhalten hätte. Insoweit scheidet auch ein Schadensersatzanspruch in der entsprechenden Höhe aus, da der Kläger nicht darlegen könne, dass er im Falle der ordnungsgemäßen Unterrichtung rechtzeitig widersprochen hätte und der geltend gemachte Schaden nicht eingetreten wäre.

Mit Urteil vom 04.09.2007 hat die 5. Kammer des Arbeitsgerichts Solingen - 5 Ca 292/07 lev - der Klage stattgegeben und mit Beschluss vom 06.11.2007 über den Tatbestandsberichtigungsantrag des Klägers entschieden. Das Arbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

Zwischen den Parteien bestehe ein Arbeitsverhältnis. Insofern schließe sich die 5. Kammer des Arbeitsgerichts Solingen der Entscheidung des LAG Düsseldorf vom 18.01.2007 ausdrücklich an. Die Beklagte habe den Kläger im Informationsschreiben vom 22.10.2004 nicht ausreichend über die rechtlichen Folgen des Betriebsübergangs im Sinne des § 613 a Abs. 5 Nr. 3 BGB informiert. Zu den rechtlichen Folgen würden sowohl die sich unmittelbar aus dem Betriebsübergang als solchem ergebenden Rechtsfolgen als auch der Hinweis auf den Eintritt des Übernehmers in die Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis gehören. Jedenfalls sei durch die am 22.10.2004 erfolgte Unterrichtung des Klägers der Gang der Widerspruchsfrist nicht in Gang gesetzt worden. Das Widerspruchsrecht des Klägers sei auch nicht verwirkt, da zumindest das Umstandsmoment nicht erfüllt sei.

Angesichts des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses könne der Kläger die Vergütung ab Zugang des Widerspruchsschreibens unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges gemäß § 615 BGB verlangen. Gemäß § 295 BGB genüge ein wörtliches Angebot, da die Beklagte die Entgegennahme der Leistung mit Schreiben vom 22.10.2004 abgelehnt habe. Der Kläger habe mit seinem Widerspruchsschreiben vom 16.01.2006 ausdrücklich seine Arbeitskraft angeboten. Insofern könne er die Monatsvergütung unter Berücksichtigung der anzurechnenden Leistungen ab dem Zugang dieses Schreibens verlangen.

Darüber hinaus stünden dem Kläger keine Annahmeverzugslohnansprüche für die Zeit vor Zugang des Widerspruchsschreibens am 16.01.2006 zu, da es für diese Zeit zumindest an einem wörtlichen Angebot gemäß § 295 BGB zur Erbringung der Arbeitsleistung durch den Kläger fehle. Das

Arbeitsangebot sei auch nicht gemäß § 162 BGB entbehrlich, da der Kläger nicht habe darlegen und beweisen können, dass er im Falle einer ordnungsgemäßen Unterrichtung dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses innerhalb der Frist des § 613 a Abs. 6 BGB widersprochen hätte. Vielmehr wäre auch bei einer ordnungsgemäßen Unterrichtung eine unverzügliche Entscheidung des Klägers sowohl für als auch gegen den Widerspruch denkbar gewesen. Aus den gleichen Gründen würden dem Kläger auch keine Schadenersatzansprüche für die vor dem Zugang des Widerspruchsschreibens geltend gemachten Zahlungsansprüche zustehen.

Die Beklagte hat gegen das ihr am 10.09.2007 zugestellte Urteil mit einem am 18.09.2007 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit einem am 06.11.2007 beim Landesarbeitsgericht Düsseldorf eingegangenen Schriftsatz begründet.

Der Kläger hat gegen das ihm am 11.09.2007 zugestellte Urteil mit einem am 14.09.2007 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit einem am 09.11.2007 eingegangenen Schriftsatz begründet.

Die Beklagte wiederholt umfänglich ihren Sachvortrag aus dem ersten Rechtszug und unterstreicht ihre Rechtsauffassung, dass zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis bestehe, da das Informationsschreiben über den Betriebsübergang vom 22.10.2004 weder unvollständig noch fehlerhaft gewesen sei und der Widerspruch des Klägers vom 16. Januar 2006 ungeachtet dessen verspätet jedenfalls jedoch verwirkt sei. Bezüglich der Anspruchshöhe müsse für den Monat Februar 2007 ein Betrag in Höhe von 20 Tagessätzen a 50,56 € in Abzug gebracht werden, da der Kläger ab dem 09.02.2007 Arbeitslosengeld bezogen habe.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Solingen vom 04.09.2007, Az.: 5 Ca 292/07 lev, abzuändern und die Klage abzuweisen

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Solingen vom 04. September 2007, 5 Ca 292/07 lev, zugestellt am 11. September 2007, die Beklagte zur Zahlung weiterer € 4.589,30 brutto (Arbeitsentgelt Oktober 2005) abzüglich bezogenem Insolvenzgeld in Höhe von € 3.047,95 netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01. November 2005 zu verurteilen,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Solingen vom 04. September 2007, 5 Ca 292/07 lev, zugestellt am 11. September 2007, die Beklagte zur Zahlung weiterer € 4.589,30 brutto (Arbeitsentgelt November 2005) abzüglich bezogenem Insolvenzgeld in Höhe von € 3.051,61 netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01. Dezember 2005 zu verurteilen,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Solingen vom 04. September 2007, 5 Ca 292/07 lev, zugestellt am 11. September 2007, die Beklagte zur Zahlung weiterer € 6.116,00 brutto (Sondervergütung 2005) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01. Januar 2006 zu verurteilen,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Solingen vom 04. September 2007, 5 Ca 292/07 lev, zugestellt am 11. September 2007, die Beklagte zur Zahlung weiterer € 4.589,30 brutto (Arbeitsentgelt November 2005) abzüglich bezo-

genem Insolvenzgeld in Höhe von € 3.051,61 netto nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01. Januar 2006 zu verurteilen,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Solingen vom 04. September 2007, 5 Ca 292/07 lev, zugestellt am 11. September 2007, die Beklagte zur Zahlung weiterer € 2.960,84 brutto (restliches Arbeitsentgelt Januar 2006) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01. Februar 2006 zu verurteilen,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Solingen vom 04. September 2007, 5 Ca 292/07 lev, zugestellt am 11. September 2007, die Beklagte zur Zahlung weiterer € 336,04 brutto (restliche Sondervergütung 2006 gemäß AT-Vertrag) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01. Januar 2007 zu verurteilen,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt das erstinstanzliche Urteil hinsichtlich der Ausführungen zum Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien und vertritt weiterhin die Rechtsauffassung, dass er durch das Unterrichtungsschreiben der Beklagten vom 22.10.2004 nicht ordnungsgemäß über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des bevorstehenden Betriebsübergangs informiert worden sei. Insofern sei er berechtigt gewesen, dem Betriebsübergang mit Schreiben vom 16.01.2006 zu widersprechen, sodass die Beklagte die ordnungsgemäße Abwicklung des Anstellungsvertrages schulde, zu der auch die Zahlung des Annahmeverzugslohns gehöre.

Ebenso sei die Beklagte verpflichtet, die für die Zeit vor Zugang des Widerspruchsschreibens geltend gemachten Zahlungsansprüche zu erfüllen, da sein Leistungsangebot aufgrund der nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung gemäß § 162 BGB entbehrlich gewesen sei. Die nicht ordnungsgemäße Unterrichtung durch den Arbeitgeber beinhalte ein treuwidriges Verhalten gemäß § 162 BGB. Dieses treuwidrige Verhalten der Beklagten sei allein ursächlich dafür gewesen, dass er seinerzeit dem bevorstehenden Übergang seines Anstellungsverhältnisses nicht widersprochen habe. Darüber hinaus habe er - wenn auch nachträglich - dem Übergang seines Anstellungsverhältnisses widersprochen. Damit sei die vorliegende Fallkonstellation anders zu beurteilen, als die Fallkonstellation, in welcher die Arbeitnehmer kein nachträgliches Widerspruchsrecht ausgeübt hätten und nunmehr Schadensersatzansprüche gegenüber der Veräußerergesellschaft geltend machen. Darüber hinaus habe das Arbeitsgericht nicht ausgeführt, wie von seiner Seite der Nachweis geführt werden könne, dass er im Oktober 2004 dem bevorstehenden Übergang seines Anstellungsvertragsverhältnisses widersprochen hätte, wenn er ordnungsgemäß unterrichtet worden wäre. Eine solche Beweisführung sei ihm tatsächlich nicht möglich. Die Auffassung des Arbeitsgerichtes würde zudem bedeuten, dass die Veräußerergesellschaft nie zum Ausgleich der Entgelt-differenzen verpflichtet wäre, die für den Zeitraum zwischen Durchführung des Betriebsübergangs und der Ausübung des nachträglichen Widerspruchsrechtes auflaufen würden. Ebenso wenig würden sich dann Schadensersatzansprüche gemäß § 280 ff. BGB i.V.m. § 613 a Abs. 5 BGB ergeben. Damit wäre die ex-tunc-Wirkung des nachträglichen Widerspruchsrechtes abgeschafft.

Selbst wenn man jedoch die Auffassung des Arbeitsgerichtes teilen würde, dass ihm keine vertraglichen Ansprüche für den Zeitraum vor Zugang des Widerspruchsschreibens zustünden, so seien seine Zahlungsansprüche unter dem Aspekt eines Schadensersatzanspruches nach § 280 i.V.m. § 613 a Abs. 5 BGB begründet. Darüber hinaus hätte es das Arbeitsgericht auch unterlassen, seinen Tatsachenvortrag zu einer etwaigen Haftung der Beklagten nach § 826 BGB bzw. unter dem Aspekt eines existenzvernichtenden Eingriffs zu beurteilen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen ergänzend Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

### **A.**

Die Berufung beider Parteien ist zulässig.

Sie ist nach Maßgabe der §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. § 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie ist auch statthaft im Sinne des § 64 Abs. 1, 2 ArbGG.

### **B.**

Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. Die Beklagte vermochte mit den Angriffen der Berufung nicht zu einer Abänderung der angefochtenen Entscheidung zu gelangen. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch in Höhe der erstinstanzlich ausgeurteilten Vergütung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis.

#### **I.**

Zwischen den Parteien besteht ein Arbeitsverhältnis.

1. Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf hat in seiner Entscheidung vom 18.01.2007 - 5 (10) Sa 1067/06 - festgestellt, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht. Dem schließt sich die Kammer - entsprechend den Ausführungen des Arbeitsgerichtes - an.

a) Der Kläger hat dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 16. Januar 2006 formgerecht gemäß § 613 a Abs. 6 Satz 1 BGB widersprochen.

Gemäß § 613 a Abs. 6 Satz 1 BGB kann der Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach Abs. 5 schriftlich widersprechen. Dabei setzt nur eine ordnungsgemäße Unterrichtung die Widerspruchsfrist in Gang. Weder durch eine unterbliebene noch durch eine nicht ordnungsgemäße Unterrichtung wird diese Frist ausgelöst (BAG 20.03.2008 - 8 AZR 1016/06 -; BAG 13.07.2006 - 8 AZR 305/05 - AP BGB § 613 a Nr. 312; 24.05.2005 - 8 AZR 398/04 - AP BGB § 613 a Nr. 284). Dies ergibt sich zum Einen aus dem Wortlaut des § 613 a Abs. 6 BGB, wonach der Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats "nach Zugang der Unterrichtung nach Abs. 5" widersprechen kann. Zum Anderen ergibt sich dies auch zwingend aus Sinn und Zweck der Unterrichtungspflicht, die in § 613 a Abs. 5 BGB geregelt ist. Danach haben Veräußerer und/oder Erwerber den Arbeitnehmer so zu informieren, dass dieser sich über die Person des Übernehmers und über die in § 613 a Abs. 5 BGB genannten Umstände ein Bild machen kann. Er soll durch die Unterrichtung eine ausreichende Wissensgrundlage für die Ausübung oder Nichtausübung seines Widerspruchsrechts erhalten (BT-Drucksache 14/7760 Seite 19; BAG, 20.03.2008 - 8 AZR 1016/06 -). Der Inhalt der Unterrichtung richtet sich nach dem Kenntnisstand des Veräußerers und Erwerbers zum Zeitpunkt der Unterrichtung.

b) Der Widerspruch des Klägers mit Schreiben vom 16.01.2006 war nicht verspätet, weil die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 22.10.2004 nicht ordnungsgemäß über die rechtlichen Folgen des Betriebsüberganges gemäß § 613 a Abs. 5 Nr.3 BGB unterrichtet hat. Das BAG hat im Urteil vom 20.03.2008 - 8 AZR 1016/06 - für das in diesem Bereich fast gleich lautende Schreiben der B. H. NV & Co. KG vom 22. Oktober 2004 folgendes ausgeführt:

"Zu den rechtlichen Folgen gehören zunächst die sich unmittelbar dem Betriebsübergang als solchem ergebenden Rechtsfolgen. Dies erfordert einen Hinweis auf den Eintritt des Übernehmers in die Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis (§ 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB), auf die Gesamtschuldnerschaft des Übernehmers und des Veräußerers nach § 613 a Abs. 2 BGB und grundsätzlich auch, wenn Kündigungen sich abzeichnen, auf die Kündigungs-



rechtliche Situation. Zu den beim Übernehmer geltenden Rechten und Pflichten gehört weiter die Anwendbarkeit tariflicher Normen und die Frage, inwieweit beim Veräußerer geltende Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durch beim Erwerber geltende Tarifverträge abgelöst werden (BAG 13.07.2006 - 8 AZR 304/05 - BAGE 1190,91 = AP BGB § 613 a Nr.312 = EzA BGB 2002 § 613 a Nr. 56, zu II 1 b ff (1) der Gründe; vgl. auch BT-Drucks. 14/7760 Seite 19).

Nach Inkrafttreten des § 613 a Abs. 5 und 6 BGB müssen die Hinweise auf die Rechtsfolgen präzise sein und dürfen keine juristischen Fehler enthalten (BAG 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - a.a.O., zu II 1 b ff (1) der Gründe). Es genügt nicht mehr, wie von der früheren Rechtsprechung gefordert, dass die Belehrung über die rechtlichen Folgen nur "im Kernrichtig" ist und lediglich eine "ausreichende" Unterrichtung erfolgen muss (BAG 22.04.1993 - 2 AZR 313/92 - AP BGB § 613 a Nr. 102 = EzABGB § 613 a Nr. 112).

In dem Unterrichtungsschreiben vom 22. Oktober 2004 wurde nicht hinreichend dargestellt, dass nach § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB der neue Betriebsinhaber in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen kraft Gesetzes eintritt. Ebenso wurde nicht auf das Haftungssystem nach § 613 a Abs. 2 BGB hingewiesen, demzufolge der bisherige Arbeitgeber gesamtschuldnerisch mit dem neuen Inhaber nur für Verpflichtungen nach § 613 a Abs. 1 BGB haftet, soweit sie vor dem Zeitpunkt des Übergangs entstanden sind und vor Ablauf von einem Jahr nach dem Übergang fällig werden.

Zwar heißt es in dem Unterrichtungsschreiben auf Seite 1, 2. Absatz, für die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter, die dem Geschäftsbereich CI zugeordnet seien, führe die Übertragung zu einem automatischen Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse. Ferner erfolgt auf Seite 1, vorletzter Absatz, der Hinweis, das Arbeitsverhältnis des Klägers sei dem Geschäftsbereich CI zugeordnet und werde deshalb übergehen. Auf Seite 2 wird unter Ziffer 3 ausgeführt, mit dem Übergang des Geschäftsbereiches trete die B. Photo GmbH in die bestehenden unveränderten Arbeitsverhältnisse ein und schließlich würden, entsprechend einer Überleitungsvereinbarung zwischen der Beklagten, dem Gesamtbetriebsrat, den örtlichen Betriebsräten und der B. GmbH vom 24. September 2004, die bei der B. AG verbrachten und/oder von ihr anerkannten Dienstjahre als Dienstzeit bei der B. GmbH anerkannt.

Auf den gesetzlichen Eintritt der B. GmbH in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB wird nicht hingewiesen. Der Verweis auf die Überleitungsvereinbarung, nach der die bisher erbrachten Dienstjahre von der B. GmbH "anerkannt" werden sollten, lässt im Gegenteil und entgegen § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB den Eindruck entstehen, es bedürfe erst einer solchen vereinbarungsgemäßen Anerkennung durch den Betriebsübernehmer.

Auch eine Darstellung der begrenzten gesamtschuldnerischen Nachhaftung gemäß § 613 a Abs. 2 BGB fehlt in dem Informationsschreiben. Die Ausführungen zum Austausch des Vertragspartners besagen noch nichts über die Verteilung der Haftung infolge des Betriebsübergangs. Der Hinweis, dass die Arbeitsverhältnisse "automatisch übergangen", sei in § 613 a BGB geregelt, "dessen Bestimmungen auf den Übergang zwingend anwendbar seien", stellt weder den Eintritt der B. GmbH in die Rechte und Pflichten der im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse korrekt dar noch genügt er als Hinweis auf das Haftungssystem nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB. Aus dem Zusammenspiel dieser Regelungen ergibt sich das gesetzliche Haftungssystem beim Betriebsübergang, über das vollständig zu informieren ist. Nur dadurch wird

der Arbeitnehmer in die Lage versetzt, gegebenenfalls näheren Rat einzuholen, wer in welchem Umfang für welche seiner Ansprüche haftet."

Darüber hinaus ist der Kläger im Unterrichtungsschreiben vom 22. Oktober 2004 zum Teil nicht zutreffend über die Folgen eines Widerspruchs nach § 613 a Abs. 6 BGB unterrichtet worden. Das BAG hat im vorgenannten Urteil zu dem Unterrichtungsschreiben der B. H. NV & Co.KG, das zu dem hiesigen an dieser Stelle wortgleich ist, ausgeführt:

"Auch über das Recht zum Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses ist als rechtliche Folge nach § 613 a Abs. 5 Nr. 3 BGB zu informieren. Wie der Widerspruch nach § 613 a Abs. 6 BGB auszuüben ist, muss ebenfalls erläutert werden: auf die Schriftform ist hinzuweisen, auf die Frist und darauf, dass neuer wie alter Arbeitgeber als Adressaten in Betracht kommen (ebenso Grau Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang gem. § 613 a Abs. 5 und 6 BGB Seite 173 ff.; Schielke MDR 2007, 1052, 1055; APS/Steffan 3. Aufl. § 613 a BGB Rn. 210; Worzalla NZA 2002, 353, 355; a.A. Bauer/v. Steinau-Steinrück ZIP 2002, 457, 463; Jaeger

ZIP 2004, 433, 442; MünchKommBGB/Müller-Glücke 4. Aufl., § 613 a Rn.109; Willemsen/Lembke NJW 2002, 1159, 1163). Nicht nur der Übergang des Arbeitsverhältnisses, sondern auch das Recht, dem zu widersprechen, ist eine Rechtsfolge des Betriebsübergangs im Sinne des § 613 a Abs. 5 Nr. 3 BGB. Wenn der Sinn der Unterrichtungspflicht darin besteht, den betroffenen Arbeitnehmern eine ausreichende Wissensgrundlage für die Ausübung oder Nichtausübung ihres Widerspruchsrechts zu verschaffen (BT-Drucks.14/7760 Seite 19), wäre es paradox, das Recht zum Widerspruch von der Informationspflicht auszunehmen. Die systematische Stellung des Widerspruchsrechts gemäß § 613 a Abs. 6 BGB nach der Unterrichtungspflicht, die in Abs. 5 derselben Vorschrift geregelt ist, bedeutet nicht, dass das Widerspruchsrecht von der Unterrichtungspflicht ausgenommen sein sollte, vielmehr folgt der Gesetzesaufbau lediglich der üblichen chronologischen Reihenfolge. Nach dem Zweck der Unterrichtung kann zudem über mittelbare Folgen im Falle eines Widerspruchs zu informieren sein (BAG 13.07.2006 - 8 AZR 303/05 - BAGE 119, 81 = AP BGB § 613 a Nr. 311 = EzA BGB 2002 § 613 a Nr. 55, Rn. 26, zu II 2 b bb (1) der Gründe).

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

Eine Anrechnung der möglichen Einkünfte beim Betriebserwerber nach § 615 Satz 2 BGB auf die Ansprüche auf Grund Annahmeverzugs des bisherigen Betriebsinhabers erfolgt nur dann, wenn dem Arbeitnehmer ein Vorwurf daraus ge-

macht werden kann, dass er während des Annahmeverzuges trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert (BAG 19.03.1998 - 8 AZR 139/97 - BAGE 88, 196, 204 = AP BAG § 613 a Nr. 177 = EzA BGB § 613 a Nr. 163). Dies setzt zumindest die sichere Kenntnis des Arbeitnehmers voraus, dass er unabhängig von seinem Widerspruch vom Betriebserwerber beschäftigt werden würde. Zwar ist ein böswilliges Unterlassen des Erwerbs beim neuen Betriebsinhaber im Sinne des § 615 Satz 2 BGB nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil das Widerspruchsrecht zulässigerweise ausgeübt wurde. Umgekehrt begründet aber allein ein zulässigerweise ausgeübter Widerspruch noch nicht ein böswilliges Unterlassen im Sinne von § 615 Satz 2 BGB (vgl. BAG 19.03.1998 - 8 AZR 139/97 - a.a.O., zu II 2 a der Gründe)."

Durch diese Ausführungen des BAG steht somit bereits höchstrichterlich fest, dass auch das Informationsschreiben der Beklagten vom 22. Oktober 2004 den Anforderungen des § 613 a Abs. 5 und Abs. 6 BGB nicht entspricht.

Weitere Anforderungen an die rechtswirksame Ausübung des Widerspruchsrechts sieht das Gesetz nicht vor. Insbesondere verlangt es keine Kausalität zwischen der fehlerhaften Information und dem nicht ausgeübten Widerspruchsrecht (BAG 14.12.2006 - 8 AZR 763/05 - AP BGB § 613 a Nr. 318). Das Widerspruchsrecht ist von Gesetzes wegen nicht an eine Begründung gebunden (BAG 31.05.2007 - 2 AZR 276/06 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 94). Dies gilt auch dann, wenn es bei einer nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung erst nachträglich ausgeübt wird. Es bedarf keiner Darlegung durch die betroffenen Arbeitnehmer, im Falle einer ordnungsgemäßen Unterrichtung hätten sie innerhalb der in Gang gesetzten Monatsfrist nach § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB widersprochen.

c) Entgegen der Auffassung der Beklagten hat der Kläger sein Recht, den Widerspruch zu erklären, nicht verwirkt.

Auch wenn das Widerspruchsrecht nach § 613 a Abs. 6 Satz 1 BGB schon von Gesetz wegen an eine Frist gebunden ist, schließt dies die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Verwirkung nicht aus (BAG 20.03.2008 - 8 AZR 1016/06 -; BAG 14.12.2006 - 8 AZR 763/05 - a.a.O.). Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung mit der die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen wird. Sie dient dem Vertrauensschutz des Schuldners. Ein solches Vertrauen kann sich bilden, wenn der Gläubiger längere Zeit seine Rechte nicht geltend macht (BAG 14. 12.2006 - 8 AZR 763/05 - a.a.O.). Dabei muss der Berechtigte unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erwecken, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, sodass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (BAG 28.05.2002 - 9 AZR 145/01 - EzA BGB § 242 Verwirkung Nr. 2; BAG 25.04. 2001 - 5 AZR 497/99 - AP BGB § 242 Verwirkung Nr. 46). Das Erfordernis dieses Vertrauensschutzes auf Seiten des Verpflichteten muss das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, das dem Verpflichteten die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist (BAG 14.12.2006 - 8 AZR 763/05 - a.a.O.; Urteil vom 13.07.2006 - 8 AZR 382/05 - a.a.O.). Hierbei müssen sowohl das Zeitmoment als auch das Umstandsmoment gegeben sein. Das Zeitmoment bemisst den Zeitraum, in welchem die möglichen, die Verwirkung begründenden Vertrauensumstände, gesetzt werden. Dieses beginnt grundsätzlich einen Monat nach einer Unterrichtung über den Betriebsübergang in Textform, wenn diese auch unvollständig oder fehlerhaft war. Dadurch gibt der Arbeitgeber zu erkennen, dass er mit der Unterrichtung die Monatsfrist für den Widerspruch in Gang setzen will und danach die Erklärung von Widersprüchen nicht mehr erwartet (BAG 20.03.2008- 8 AZR 1016/06 -). Das Umstandsmoment ist erfüllt, wenn der Verpflichtete sich aufgrund des Verhaltens des Berechtigten darauf einrichten durfte, dieser werde seine vermeintlichen Rechte nicht mehr geltend machen (Palandt/Heinrichs, 67.Aufl. § 242 Rn. 95).

Vorliegend waren nach dem fiktiven Ablauf der Widerspruchsfrist nach der fehlerhaften Unterrichtung bis zur Erklärung des Widerspruchs mehr als 13 Monate vergangen. Da es im vorliegenden

Fall aber am Umstandsmoment fehlt, kann hier unentschieden bleiben, ob damit bereits das Zeitmoment für die Verwirkung erfüllt würde. Das Umstandsmoment ergibt sich nicht daraus, dass der Kläger seine Arbeit bei der B. Photo Germany GmbH aufgenommen hat. Die Nichtausübung des Widerspruchs führt im Regelfall dazu, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Betriebsübernehmer fortgesetzt wird. Wenn der Gesetzgeber auf die Festlegung von Höchstgrenzen für die Geltendmachung des Widerspruchs bei fehlender oder unrichtiger Information verzichtet, kann allein die Aufnahme der Arbeit beim Übernehmer und Fortsetzung der Tätigkeit über mehrere Monate nicht das Umstandsmoment erfüllen. Darüber hinaus hat der Kläger mit Ausnahme der Weiterarbeit bei der B. Photo Germany GmbH keine Umstände gesetzt, die das Vertrauen der Beklagten in eine Nichtausübung seines Widerspruchsrechts hätten rechtfertigen können. Er hat insbesondere nicht selbst über eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses disponiert, in dem er beispielsweise einen Aufhebungsvertrag mit der B. Photo Germany GmbH geschlossen oder eine von dieser nach dem Betriebsübergang erklärte Kündigung hingenommen hätte. Damit ist das Widerspruchsrecht des Klägers nicht verwirkt.

d) Der Widerspruch wirkt auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes (vgl. BAG, 13.07.2006 - 8 AZR 382/05 - a.a.O. n.w.N.) .

Damit ist durch die wirksame Ausübung des Widerspruchs das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht auf die B. Photo Germany GmbH übergegangen, so dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht.

## C.

Die Berufung des Klägers ist teilweise begründet.

### I.

Angesichts des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien hat der Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf Vergütung ab Zugang des Widerspruchsschreibens vom 16.01.2006 unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges gemäß § 615 Satz 1 BGB.

1. Für den Annahmeverzug gelten auch im Arbeitsverhältnis die Bestimmungen der §§ 293 ff. BGB. Danach muss der Arbeitnehmer in der Regel die geschuldete Leistung tatsächlich anbieten. Die Leistung muss so, wie sie geschuldet wird, am rechten Ort, zur rechten Zeit und in der rechten Weise angeboten werden.

Seiner Rechtsnatur nach ist das tatsächliche Angebot ein Realakt. Die Vorschriften über die Willenserklärungen sind nicht anwendbar, insbesondere nicht die über den Zugang gemäß § 130 BGB (vgl. ErfK-Preis, 8. Aufl., § 615 BGB Rdn. 17). Nach § 295 BGB genügt ein wörtliches Angebot, wenn der Arbeitgeber erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Arbeitgebers erforderlich ist. Ist für die vom Arbeitgeber vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, bedarf es ausnahmsweise überhaupt keines Angebotes des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitgeber die Handlung nicht rechtzeitig vornimmt (§ 296 BGB). Gemäß § 297 2. Alt. BGB kommt der Arbeitgeber im Falle des § 296 BGB allerdings nicht in Verzug, wenn der Arbeitnehmer zu der für die Handlung des Arbeitgebers bestimmten Zeit außerstande ist, die Leistung zu bewirken. Unmöglichkeit der Leistung und Unvermögen des Arbeitnehmers schließen den Annahmeverzug mithin grundsätzlich aus. Da der Arbeitgeber in der Regel nicht erkennen kann, wann er in diesem Fall dem Arbeitnehmer Arbeit zuzuweisen hat, muss der Arbeitnehmer ihn zumindest auffordern, ihm Arbeit zuzuweisen. Eines Leistungsangebotes des Arbeitnehmers bedarf es danach in allen Fällen, in denen der Arbeitgeber nicht erkennen kann, ob und von welchem Zeitpunkt an der Arbeitnehmer leistungsbereit und leistungswillig ist. Der Annahmeverzug endet, wenn der Gläubiger der Arbeitsleistung diese als Erfüllung aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis annimmt bzw. die Mitwirkungshandlung vornimmt (vgl. ErfK-Preis, 8. Aufl., § 615 BGB Rdn. 97 m.w.N.).

2. Ein tatsächliches Angebot im Sinne des § 294 BGB ist durch den Kläger unstreitig nur der Erwerberin gegenüber erfolgt. Da der Kläger seine Arbeitsleistung ausschließlich bei der Erwerberin erbracht hat, konnte die Beklagte vor Zugang des Widerspruchsschreibens nicht erkennen, dass der Kläger das Arbeitsverhältnis mit ihr fortsetzen wollte und daher ihr gegenüber leistungsbereit und leistungswillig war. Sie war danach auch nicht dazu in der Lage, ihrer Mitwirkungshandlung, nämlich Zuweisung eines Arbeitsplatzes, nachzukommen, um damit einen eingetretenen Annahmeverzug zu beenden.

Das wörtliche Angebot des Klägers im Schreiben vom 16.01.2008 gemäß § 295 BGB ist zur Begründung des Annahmeverzuges im vorliegenden Fall ausreichend, da die Beklagte die Entgegennahme der Leistung durch den Kläger mit Schreiben vom 22.10.2004 abgelehnt hat. In diesem Schreiben hat sie darauf hingewiesen, dass im Falle des Widerspruchs eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nicht mehr bestehe. Die Beklagte verhält sich widersprüchlich, wenn sie sich nunmehr auf ein fehlendes Arbeitsangebot des Klägers beruft, obwohl sie nach ihrem eigenen Vortrag die Arbeitskraft des Klägers mangels einer bestehenden Beschäftigungsmöglichkeit nicht annehmen konnte und dies auch dem Kläger gegenüber erklärt hat. Auch die Einwendungen der Beklagten, dass sie den Kläger gegebenenfalls noch während der Kündigungsfrist, der für den Fall des Widerspruchs auszusprechenden betriebsbedingten Kündigung, hätte beschäftigen können, greifen nicht durch. Die Beklagte hätte sich zur Begründung ihrer betriebsbedingten Kündigung darauf berufen, dass sie keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Kläger mehr habe, da sein Arbeitsplatz auf die Erwerberin übergegangen sei. Insoweit hätte die Beklagte auch für die Zeit der Kündigungsfrist keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr für den Kläger, da der Betriebsübergang zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits durchgeführt und der Arbeitsplatz des Klägers auf die Erwerberin übergegangen war. Insofern führen auch die jetzigen Einwendungen der Beklagten nicht dazu, dass der Kläger seine Arbeitsleistung tatsächlich hätte anbieten müssen.

Der Kläger hat somit einen Anspruch auf sein Bruttomonatsgehalt unter Berücksichtigung des Arbeitslosengeldes ab Zugang des Widerspruchsschreibens vom 16.01.2006. Das Bruttomonatsgehalt des Klägers in Höhe von 4.589,30 € ist zwischen den Parteien unstreitig. Für den Monat Januar steht dem Kläger somit ein anteiliges Bruttomonatsgehalt in Höhe von 2.219, 51 € brutto zu. Der Kläger hat zu Recht eingewandt, dass das Arbeitsgericht ihm das gesamte für den Monat Januar 2006 gezahlte Arbeitslosengeld in Abzug gebracht hat, obwohl dieses nur für die Zeit vom 01. Januar bis 16. Januar 2006 hätte in Abzug gebracht werden dürfen. Die Anrechnung des bezogenen Arbeitslosengeldes ergibt sich aus § 615 Satz 2 BGB, der eine bestehende Annahmeverzugslage voraussetzt, die erst ab dem 16. Januar 2006 anzunehmen ist. Das Arbeitslosengeld war daher nur in Höhe von 808,96 € netto (50,56 € x 16 Tage) in Abzug zu bringen. Ansonsten hätte der Kläger für die Zeit vom 01. bis zum 16. Januar 2006 weder Arbeitslosengeld noch Annahmeverzugslohn bezogen.

## II.

Im Übrigen ist die Berufung des Klägers unbegründet.

Das Arbeitsgericht hat unter Darlegung der unterschiedlichen Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung zutreffend ausgeführt, dass die Beklagte erst mit Zugang des Widerspruchsschreibens in Annahmeverzug geraten ist.

1. Die Frage, ob der Veräußerer für den Zeitraum zwischen dem Stichtag der Betriebsübernahme und dem Zugang des rückwirkenden Widerspruchs in Annahmeverzug geraten kann, wird in Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt (vgl. dazu einerseits - Annahmeverzug bejahend - Franzen RdA 2002, 258, Seite 271, andererseits - verneinend - Worzalla, NZA 2002, 358, Rieble, NZA 2004, 7; Grau a.a.O., 380; LAG L., Urteil vom 11.06.2004 - 12 Sa 374/04 - ZIP 2005, 591). Da der Widerspruch des Arbeitnehmers zur ex-tunc-Wirkung führt, fallen in den Fällen der vorliegenden Art die tatsächliche Arbeitsleistung und das Arbeitsverhältnis als Rechtsgrundlage auseinander.

a) Franzen (a.a.O.) lässt unter Hinweis darauf, dass es sich bei dem Angebot im Sinne von § 294 BGB um einen Realakt handelt, auf den die Vorschriften der Willenserklärung nicht anwendbar sind, das Arbeitsangebot des Arbeitnehmers gegenüber dem Betriebserwerber ausreichen. Erscheine der Arbeitnehmer nach Betriebsübergang an seinem Arbeitsplatz und erbringe er - mit oder ohne Kenntnis über den neuen Betriebsinhaber - die geschuldete Arbeitsleistung, könne darin ein tatsächliches Angebot gegenüber dem bisherigen Betriebsinhaber erblickt werden, sofern dieser wegen der späteren Ausübung des Widerspruchsrechts Arbeitgeber bleibe. Ein tatsächliches Angebot könne - wie z.B. bei der Leiharbeit - durchaus einem Dritten gegenüber erbracht werden, wenn diesem gegenüber die Leistung nach der vertraglichen Abrede erbracht werden müsse. Vor Erklärung des Widerspruchs sei das Arbeitsverhältnis zunächst auf den Erwerber übergegangen, so dass die Arbeitsleistung vertraglich ihm gegenüber erbracht werden müsse, obwohl er wegen des später erklärten, rückwirkenden Widerspruchs niemals Gläubiger der Arbeitsleistung geworden sei. In solchen Fällen werde der Annahmeverzug nicht aufgrund der Entgegennahme der Arbeitsleistung durch den Erwerber ausgeschlossen, denn der Annahmeverzug des Arbeitgebers werde nur dann beendet, wenn dieser die Arbeitsleistung als Erfüllung aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis entgegennahme. Zwischen Betriebserwerber und widersprechendem Arbeitnehmer habe - wie sich aber erst später herausstellte - von Anfang nur ein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis bestanden. Die Entgegennahme der Arbeitsleistung auf einer solchen Grundlage genüge jedoch nicht. Der Arbeitnehmer müsse sich auf seine Annahmeverzugsansprüche gegen den Veräußerer allerdings die Vergütung, die er beim Betriebserwerber erhalten habe, gemäß § 615 Satz 2 BGB anrechnen lassen.

b) Nach der Auffassung von Annuß (vgl. Staudinger/Annuß BGB, § 613 a Rn. 186) rückt der Erwerber bis zum Widerspruch bzw. bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist auch nicht vorübergehend in die Stellung des Arbeitgebers ein. Dieses Ziel könne auch nicht dadurch erreicht werden, dass der Widerspruchserklärung ex-tunc-Wirkung beigelegt werde, 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 fortbestehe. Dieser könne die betroffenen Arbeitnehmer allerdings konkludent anweisen, auf ihrem bisherigen Arbeitsplatz und damit im Rahmen der nunmehr vom Erwerber getragenen Betriebsorganisation tätig zu werden. Dies verstoße nicht gegen grundrechtliche Wertungen, da dem Arbeitnehmer kein neuer Vertragspartner aufgezwungen werde. Auch erscheine dies vom Weisungsrecht des Arbeitgebers gedeckt, da es der hergebrachten Auffassung entspreche, dass die zu leistende Arbeit im Wesentlichen von dem Betrieb und nicht von der Person des Betriebsinhabers bestimmt werde. Allerdings könnten einer solchen Zuweisung die Bestimmungen des AÜG entgegenstehen.

c) Demgegenüber wird eingewandt (vgl. Grau a.a.O., Seite 380 ff.), es fehle bereits an einem nach § 294 BGB notwendigen Angebot der Arbeitsleistung am richtigen Ort (d.h. dem Betriebssitz des Veräußerers, nicht des Erwerbers, wenn der Arbeitnehmer zunächst für den neuen Betriebsinhaber an seinem bisherigen Arbeitsplatz gearbeitet habe). Die geschuldete Arbeitsleistung sei dann gerade nicht dem Arbeitgeber, sondern dem Betriebserwerber angetragen worden, der widerspruchsbedingt nie Arbeitsvertragspartner gewesen sei. Die Auffassung von Franzen, wonach ein Angebot im Sinne von § 294 BGB auch einem Dritten gegenüber erbracht werden könne, überzeuge nicht, denn in diesem Fall müsse konsequenterweise auch berücksichtigt werden, dass der neue Betriebsinhaber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers vor dessen Widerspruch ja auch tatsächlich entgegengenommen habe. Im Übrigen scheide ein Annahmeverzug des Veräußerers aus, weil dem Arbeitnehmer unter dem Gesichtspunkt des absoluten Fixschuldcharakters der Arbeitspflicht eine Leistungserbringung (neben der Arbeit für den Betriebserwerber) unmöglich wäre. Es verbleibe also dabei, dass der Veräußerer nicht in Annahmeverzug gerate, wenn der Arbeitnehmer vor Zugang der Widerspruchserklärung bewusst oder unbewusst für den Erwerber in dem übertragenen Betrieb oder Betriebsteil Dienste geleistet habe.

d) Weiter wird gegen diese Auffassungen von Franzen und Annuß eingewandt, dass es für die Zeit bis zur Ausübung des Widerspruchs an einer Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers im Sinne des § 297 BGB fehle (vgl. Arbeitsgericht Köln vom 24.08.2006, 1 Ca 477/06). Die Leistungsbereit-

schaft sei eine vom Leistungsangebot unabhängige Voraussetzung, die während des gesamten Verzugszeitraumes vorliegen müsse (BAG, 13.07.2005, 5 AZR 578/04, NZA 2005, 1348; BAG 19.05.2004 - 5 AZR 434/03 - AP Nr. 108 zu § 615 BGB).

e) Das Bundesarbeitsgericht hat im Urteil vom 13.07.2006 (8 AZR 382/05, AP Nr. 1 zu § 613 a BGB Widerspruch) ausdrücklich festgestellt, dass im laufenden Arbeitsverhältnis eine Entbehrlichkeit des Angebotes gemäß § 296 BGB grundsätzlich nicht anzunehmen sei. Zwar weist das Bundesarbeitsgericht im vorgenannten Urteil darauf hin, dass das Angebot bei einer nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung gemäß § 162 BGB entbehrlich sein könne, wenn die unterbliebene oder fehlerhafte Unterrichtung zur verspäteten Ausübung des Widerspruchs und zum Unterlassen eines Angebotes führe. Die nicht ordnungsgemäße Unterrichtung könne nämlich ein treuwidriges Verhalten des Veräußerers gemäß § 162 BGB beinhalten. Führe dieses treuwidrige Verhalten zur verspäteten Ausübung des Widerspruchs gegenüber dem Veräußerer oder zum Unterlassen des Angebotes gegenüber diesem, könne die Erklärung des Angebotes entbehrlich sein. In einem solchen Fall sei allerdings die Ursächlichkeit der treuwidrigen Handlung für den Bedingungseintritt vom Arbeitnehmer darzulegen und zu beweisen.

f) Das LAG Düsseldorf hat sich im Urteil vom 15.11.2006 (7 (18) Sa 287/06) den Auffassungen von Franzen und Annuß angeschlossen und ausgeführt, dass sich der bisherige Arbeitgeber bei wirksamem Widerspruch die tatsächlich eingetretenen Gegebenheiten in dem zunächst zum Erwerber ohne Rechtsgrund "gelebtem" Arbeitsverhältnis, also auch ein tatsächliches Arbeitsangebot des Arbeitnehmers, zurechnen lassen müsse mit der Folge, dass dem Arbeitnehmer die Annahmeverzugslohnansprüche auch ohne wörtliches Angebot gegenüber dem Veräußerer zustünden.

Die 17. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf schließt sich stattdessen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes an. Das Bundesarbeitsgericht hat klargestellt, dass der Arbeitnehmer für einen Anspruch aus § 615 BGB ein tatsächliches oder zumindest wörtliches Angebot gegenüber dem Arbeitgeber abgeben muss und nur unter bestimmten Voraussetzungen die Entbehrlichkeit eines solchen Angebotes angenommen werden kann. Diese Voraussetzungen für einen Anspruch aus § 615 BGB hat das Bundesarbeitsgericht auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes aufgestellt, dass der Widerspruch des Arbeitnehmers auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurückwirkt.

g) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze stehen dem Kläger bis zur Abgabe des wörtlichen Angebotes gemäß § 295 BGB im Widerspruchsschreiben vom 16.01.2006 keine Annahmeverzugslohnansprüche zu.

Unstreitig hat der Kläger gegenüber der Beklagten vor seinem Widerspruchsschreiben vom 16.01.2006 weder ein tatsächliches noch ein wörtliches Arbeitsangebot abgegeben. Ebenso wenig war das Angebot des Klägers entbehrlich. Die Kammer geht hierbei von der Prämisse aus, dass die nicht ordnungsgemäße Unterrichtung der Beklagten ein treuwidriges Verhalten gemäß § 162 BGB darstellt. Der Kläger konnte aber nicht darlegen, dass die nicht ordnungsgemäße Unterrichtung der Beklagten im Schreiben vom 22.10.2004 zur verspäteten Ausübung seines Widerspruchs gegenüber der Beklagten und zum Unterlassen des Angebotes dieser gegenüber geführt hat. Der Kläger hat keinen Sachverhalt vorgetragen, aus dem hätte entnommen werden können, dass er bei einer ordnungsgemäßen Information über den Betriebsübergang diesem unverzüglich widersprochen hätte. Der Kläger hat lediglich die Behauptung aufgestellt, er hätte im Falle einer ordnungsgemäßen Unterrichtung von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht. Der Kläger hat aber nicht dargelegt, warum er den Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung ohne Anspruch auf Zahlung einer Abfindung in Kauf genommen hätte, statt sein Arbeitsverhältnis mit der Erwerberin fortzusetzen. Für den Kläger wäre auch bei einer ordnungsgemäßen Unterrichtung durch die Beklagte nicht absehbar gewesen, ob oder wann sein Arbeitsverhältnis mit der Erwerberin beendet sein würde. Die Beklagte hätte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger noch im Dezember 2004 mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Quartalsende, d.h. zum 30.06.2005 betriebsbedingt kündigen können, ohne dass der Kläger auf die Zahlung einer Abfindung einen Anspruch gehabt hätte. Warum hätte der Kläger diese Handlungsalternative wählen sollen? Statt-

dessen spricht mehr für die vom Kläger auch tatsächlich bevorzugte Variante, dem Betriebsübergang auf die Erwerberin nicht zu widersprechen und darauf zu hoffen, dass das Arbeitsverhältnis mit dieser auch in den Folgejahren bzw. zumindest über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus unverändert fortbesteht. Für die Darlegung der Ursächlichkeit zwischen der nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung und der verspäteten Ausübung des Widerspruchs reicht es bei diesen Handlungsalternativen nicht aus, allein die Behauptung aufzustellen, man hätte widersprochen. Hier kann der Kläger auch nicht mit dem Argument gehört werden, dass ihm die Darlegung der Ursächlichkeit tatsächlich nicht möglich sei. Zum Einen ist es in der Rechtsordnung so vorgesehen, dass derjenige, der eine ihm günstige Tatsache nicht darlegen und beweisen kann, den geltend gemachten Anspruch nicht zugesprochen bekommt. Zum Anderen hätte es ja durchaus sein können, dass der Kläger gemeinsam mit seinen Arbeitskollegen nach Zugang des Informationsschreibens das Für und Wider eines Widerspruchs besprochen hat, sodass er heute unter Benennung von Zeugen darlegen könnte, welche Argumente von ihm und seinen Kollegen zum Zeitpunkt des Informationsschreibens gegeneinander abgewägt worden sind. Insofern ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Kläger seiner Darlegungs- und Beweislast nicht nachkommen kann.

Aufgrund der oben dargestellten Handlungsalternativen ist aber davon auszugehen, dass der Kläger sich bewusst gegen einen Widerspruch entschieden hat und er damit auch die Ursächlichkeit des fehlerhaften Informationsschreibens für die verspätete Ausübung des Widerspruchs gegenüber der Beklagten und dem Unterlassen des Angebotes dieser gegenüber nicht darlegen und beweisen kann.

2. Dem Kläger können die Vergütungsansprüche bis zur Ausübung des Widerspruches auch nicht Schadensersatzansprüche gemäß §§ 280, 613 a Abs. 5 BGB zugesprochen werden.

Zwar ist die Unterrichtungspflicht nach § 613 a Abs. 5 BGB von der Beklagten verletzt worden. Bei der Unterrichtungspflicht gemäß § 613 a Abs. 5 BGB handelt es sich um eine echte Rechtspflicht (BAG 31.01.2008 - 8 AZR 1116/06 BB 2008, 1342; BAG 13.07.2006 - 8 AZR 382/05 - a.a.O.; BAG 24.05.2005 - 8 AZR 398/04 - a.a.O., MünchKomm BGB/Müller-Glögge, § 613 a Rdn. 123, 114; Hauck NZA Sonderbeilage 18/2004, 1725; Willemsen/Lemke NJW 2002, 1159, 1164). Ebenso wird das Verschulden der Beklagten gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet.

Der Arbeitnehmer muss aber auch für einen Schadensersatzanspruch vortragen und beweisen, dass die unterbliebene Unterrichtung ursächlich für die verspätete Ausübung des Widerspruchs ist. Bei rechtzeitiger und ordnungsgemäßer Unterrichtung müsste der Arbeitnehmer gemäß § 613 a Abs. 6 BGB dem Übergang des Arbeitsverhältnisses rechtzeitig widersprochen haben und der geltend gemachte Schaden nicht eingetreten sein. Dafür trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast (BAG 13.07.2006 - 8 AZR 382/05 - a.a.O.). Bei Verletzung von Aufklärungspflichten kann zwar eine Vermutung bestehen, dass sich der Geschädigte aufklärungsgerecht verhalten hätte (BGH 05.07.1973 - VII ZR 12/73 - BGHZ 61, 118; Palandt/Heinrichs 67.Aufl. § 280 Rdn. 39 m.w.N.). Dies setzt aber voraus, dass nur eine Handlungsmöglichkeit besteht. Im vorliegenden Fall kann sich der Kläger nicht auf die Vermutung berufen, er hätte sich aufklärungsgerecht verhalten, da er - wie oben dargelegt - nicht nur eine Handlungsmöglichkeit, sondern zwei zumindest gleichwertige Handlungsalternativen hatte.

3. Dem Kläger steht der geltend gemachte Schadensersatzanspruch auch nicht nach den Grundsätzen des existenzvernichtenden Eingriffs oder nach § 826 BGB zu.

a) Hinsichtlich der konzernrechtlichen Ausfallhaftung nach den Grundsätzen des existenzgefährdenden Eingriffs ist darauf hinzuweisen, dass der Bundesgerichtshof eine derartige Ausfallhaftung bislang lediglich gegenüber den Gesellschaftern der Gesellschaft bejaht hat, wenn ein Gesellschafter beim Zugriff auf das Vermögen oder bei einer Vereitelung von Geschäftschancen der Gesellschaft keine angemessene Rücksicht auf deren eigene Belange genommen hat (BGH 17.09.2001 - II ZR 178/99 - ZIP 2001, 1874ff).

Die Beklagte ist aber gerade nicht Gesellschafterin der B. Photo Germany GmbH.



Diese Bedenken können allerdings dahingestellt bleiben. Denn darüber hinaus scheidet ein Anspruch wegen "existenzvernichtenden Eingriffs" in den Fällen aus, in denen über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. In diesen Fällen kann nur der Insolvenzverwalter im Interesse anderer Gläubiger die Ansprüche gegen die Gesellschafter auf Ausgleich der Eingriffsfolgen geltend machen. Anderenfalls würde zumindest mittelbar der das Insolvenzverfahren beherrschende Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger verletzt. Es stünde ein Wettlauf der Gesellschaftsgläubiger zu befürchten, die ohne Rücksicht auf die Verteilungsgrundsätze des Insolvenzverfahrens ihre Forderungen gegen die Insolvenzschuldnerin durch Inanspruchnahme der Gesellschafter zu realisieren versuchten (vgl. BAG 14.12.2004 - 1 AZR 504/03 - NZA 2005, 818; BGH 24. 06.2002, II ZR 300/00, BGHZ 151, 181; Altmeyers, ZIP 2002, 1553).

b) Gleiches gilt für die Ansprüche aus § 826 BGB. Auch eine Inanspruchnahme aufgrund dieser Vorschrift ist durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens dem Insolvenzverwalter vorbehalten und für die einzelnen Gläubiger gesperrt (vgl. BAG, 14.12.2004 - 1 AZR 504/03 - a.a.O.).

#### **D.**

Die Kosten des Rechtsstreits waren gemäß §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 92 Abs. 1 ZPO im Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens im erstinstanzlichen und zweitinstanzlichen Verfahren zu teilen.

Die Revision war gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zuzulassen, da entscheidungserhebliche Rechtsfragen vorliegen, die grundsätzliche Bedeutung haben und im vorliegenden Fall von einer Entscheidung einer anderen Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf abgewichen wird.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

...