

BUNDEARBEITSGERICHT



8 AZR 734/08
8 Sa 1157/07
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. Mai 2010

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte, Revisionsklägerin und
Revisionsbeklagte,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter, Berufungskläger, Revisionsbeklagter und
Revisionskläger,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen
Verhandlung vom 20. Mai 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundes-
arbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger

sowie die ehrenamtliche Richterin Döring und den ehrenamtlichen Richter von Schuckmann für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Beklagten und des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 19. August 2008 - 8 Sa 1157/07 - in Ziffer 2 und 3 aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des gesamten Rechtsstreits, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 19. August 2008 - 8 Sa 1157/07 - zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen nach dem Widerspruch des Klägers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses weiterhin ein Arbeitsverhältnis besteht und über Zahlungsansprüche des Klägers. 1

Der Kläger war seit dem 1. Juli 1996 bei der Beklagten im Bereich des Personalwesens beschäftigt. Zum 1. Juli 2005 wurde er in das Geschäftsgebiet „Com MD (Mobile Devices)“ versetzt und war dort „Leiter Arbeitsrecht“. Sein zuletzt bei der Beklagten verdientes monatliches Grundgehalt betrug 6.493,00 Euro brutto. 2

Der Kläger war Mitglied des sog. „Carve-Out-Projektteams Personal“, das im Zuge der Ausgliederung des Geschäftsbereiches Com MD gegründet worden war. Zu den Aufgaben dieses Teams gehörte ua. die Erstellung eines Informationsschreibens an die Mitarbeiter des Geschäftsbereiches Com MD über den geplanten Betriebsübergang. Im Teilprojekt Human Resources (HR) war der Kläger Mitglied verschiedener Teilprojekte und dabei deren Leitern 3

unterstellt, die wiederum ihrerseits verschiedenen Vorgesetzten zu berichten hatten. Der Kläger hat sowohl an der Formulierung als auch an der inhaltlichen Gestaltung des von der Beklagten zum Betriebsübergang allgemein versandten Informationsschreibens mitgewirkt. Bei den Akten befindet sich ein von der Beklagten vorgelegter E-Mail-Schriftverkehr; danach gehörte es zu den Aufgaben des Klägers, das Informationsschreiben sprachlich zu überarbeiten und zu verbessern. Der Kläger war aber nicht derjenige, der das Informationsschreiben letztendlich freigab.

Aufgrund eines Vertrages vom 6. Juni 2005 mit der BenQ Corporation (*Sitz in Taiwan*) übertrug die Beklagte mit Wirkung vom 30. September 2005 die Vermögensgegenstände dieses Geschäftsbereiches in Deutschland im Wege der Einzelrechtsübertragung („*Asset Deal*“) auf die BenQ Mobile GmbH & Co. OHG (*im Folgenden: BenQ Mobile OHG*). Diese Gesellschaft wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 30. August 2005 gegründet. Gesellschafter waren die BenQ Mobile Management GmbH und die BenQ Wireless GmbH. Am 16. September 2005 wurde die BenQ Mobile OHG in das Handelsregister beim Amtsgericht München eingetragen. Die beiden Gesellschafter der BenQ Mobile OHG verfügten über ein Stammkapital von jeweils 25.000,00 Euro. Im Zusammenhang mit der Übertragung der Vermögensgegenstände von der Beklagten auf die BenQ Mobile OHG zahlte die Beklagte an die BenQ Corporation einen dreistelligen Millionenbetrag.

Die Beklagte informierte mit dem ua. durch die Mitarbeit des Klägers entstandenen Informationsschreiben vom 29. August 2005 die Mitarbeiter des Geschäftsbereiches „Com MD“ über die „Übertragung der Aktivitäten“ dieses „Geschäftsgebietes“. Auch der Kläger wurde unter dem 29. August 2005 informiert, allerdings mit einem in den Einzelheiten leicht abgewandelten Unterrichtungsschreiben. Dieses lautet:

„Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses

Sehr geehrter Herr ...

wie Ihnen bereits durch verschiedene Mitarbeiterinformationen bekannt ist, werden unsere Aktivitäten des Geschäftsgebietes Com MD (Mobile Devices) zum

01.10.2005 in die BenQ Mobile GmbH & Co. OHG (im Folgenden: BenQ Mobile) übertragen.

BenQ ist ein weltweit führender Anbieter von Consumer-Electronic-Produkten, wie beispielsweise LCD-Bildschirmen, Notebook-Computern, Kameras und Scannern. Und im Handygeschäft wird BenQ Mobile, auch dank Ihrer Hilfe, in den nächsten Jahren zu einem führenden globalen Anbieter.

In seinem asiatischen Heimatmarkt zählt BenQ schon heute zu den am schnellsten wachsenden Anbietern im Handysegment. Durch den Zusammenschluss mit Siemens kann BenQ seine ehrgeizigen internationalen Expansionspläne umsetzen. Siemens bietet BenQ eine globale Organisation mit führenden Marktpositionen in West- und Osteuropa sowie im Wachstumsmarkt Lateinamerika. Zudem erhält BenQ durch den Kauf einen starken, weltweit bekannten Markennamen, Mobiltelefon-technologie und Softwarekompetenz sowie globalen Zugang zu der breiten Kundenbasis von Siemens. Daneben bekommt BenQ einen auf drei Kontinenten hervorragend etablierten Fertigungsverbund von Siemens.

Die Übertragung des Geschäftsgebietes erfolgt auf Grund eines Kaufvertrags im Wege der Einzelrechtsnachfolge auf BenQ Mobile. Mit diesem Betriebsübergang wird gem. § 613a BGB BenQ Mobile Ihr neuer Arbeitgeber, der in alle Rechte und Pflichten Ihres Arbeitsverhältnisses mit der Siemens AG eintritt. Es wird also anlässlich des Betriebsübergangs - sofern nicht in den beigefügten Regelungen anderes entschieden wurde - unverändert mit BenQ Mobile fortgeführt.

Die Höhe und Zusammensetzung des bisherigen Jahreszieleinkommens bleibt anlässlich des Betriebsübergangs unverändert. Im Einzelnen gelten für Sie die beiliegenden Regelungen für den Übergang der Vertragsgruppen OFK/DIRK.

BenQ Mobile haftet ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs unbeschränkt für alle, auch rückständigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis.

Zusätzlich haftet die Siemens AG für solche Verpflichtungen, die vor dem Betriebsübergang entstanden sind und spätestens ein Jahr danach fällig werden; soweit sie nach dem 1.10.2005 fällig werden, haftet sie nur zeitanteilig.

Eine Kündigung wegen des Betriebsübergangs ist gesetzlich gem. § 613a Abs. 4 BGB ausgeschlossen; das Recht

zu Kündigungen aus anderen Gründen bleibt unberührt.

Dem Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses auf BenQ Mobile können Sie nach § 613 a Abs. 6 BGB schriftlich widersprechen. Ihr Widerspruch hätte zur Folge, dass Ihr Arbeitsverhältnis nicht auf BenQ Mobile übergeht. Wir möchten Sie jedoch bitten, von diesem Recht nur nach sorgfältiger Abwägung Gebrauch zu machen, denn Ihr Widerspruch sichert Ihnen keinen Arbeitsplatz bei der Siemens AG, da die Com MD - Aktivitäten vollständig auf BenQ Mobile übertragen werden und damit eine Beschäftigungsmöglichkeit bei der Siemens AG entfallen ist.

Sollten Sie trotz dieser Überlegungen dennoch widersprechen wollen, bitten wir darum, Ihren etwaigen Widerspruch unverzüglich, jedoch spätestens innerhalb von 1 Monat nach Zugang dieses Schreibens schriftlich an

Herrn R B, Com HR CG, M
oder
Herrn Dr. V E, M
zu richten.

Für Fragen steht Ihnen Ihre Personalorganisation gerne zur Verfügung.

Wir würden uns freuen, wenn Sie mit gleichem Arbeitseinsatz und hoher Motivation Ihre Arbeit bei BenQ Mobile weiterführen und wünschen Ihnen weiterhin viel Erfolg.

...“

Der Kläger widersprach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die BenQ Mobile OHG zunächst nicht und arbeitete für diese ab dem 1. Oktober 2005 weiter. Im Januar 2006 erhielt er Handlungsvollmacht. Im Rahmen seiner Tätigkeit in der Abteilung HR schloss er als Vertreter der Betriebserwerberin mehrere Betriebsvereinbarungen/Gesamtbetriebsvereinbarungen mit dem Betriebsrat und dem Gesamtbetriebsrat ab.

6

Nach Antrag vom 29. September 2006 wurde zum 1. Januar 2007 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der BenQ Mobile OHG eröffnet. Für Oktober 2006 bis Dezember 2006 erhielt der Kläger Insolvenzgeld iHv. 14.416,20 Euro netto. Er widersprach gegenüber der Beklagten mit Schreiben vom 17. November 2006 dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die

7

BenQ Mobile OHG. Dabei stellte er der Beklagten ausdrücklich seine Arbeitskraft zur Verfügung und verlangte seine Weiterbeschäftigung.

Der Kläger meint, er sei auch noch im November 2006 berechtigt gewesen, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu widersprechen, weil die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB durch die Unterrichtung der Beklagten über den Betriebsübergang nicht in Gang gesetzt worden sei. Diese Unterrichtung habe nicht den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB entsprochen.

8

Wegen des infolge seines Widerspruchs fortbestehenden Arbeitsverhältnisses zur Beklagten hafte diese unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges - hilfsweise des Schadensersatzes - auch für die Vergütungsansprüche des Klägers in der Zeit vom 1. Oktober 2005 bis 31. Dezember 2006. Unter Berücksichtigung des Grundgehalts, von Gehaltserhöhungen nach den Bedingungen des EFA-Gehaltssystems, der variablen Vergütung sowie des Bonus für das Geschäftsjahr 2005/2006 (*durchschnittliche Zielerreichung 177,40 %*) ergebe sich ein Gesamtvergütungsanspruch des Klägers iHv. 160.749,75 Euro brutto. Davon sei das von der BenQ Mobile OHG bezogene Gehalt iHv. 79.440,00 Euro brutto abzuziehen, sodass noch Restgehaltsansprüche iHv. 81.309,75 Euro brutto bestünden. Gegen diese sei das erhaltene Insolvenzgeld iHv. 14.416,20 Euro netto zu verrechnen.

9

Der Kläger hat beantragt,

10

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch den Betriebsübergang des Geschäftsgebietes Com MD auf die BenQ Mobile GmbH & Co. OHG zum 1. Oktober 2005 beendet worden ist, sondern aufgrund des Widerspruchs des Klägers über diesen Zeitpunkt hinaus mit der Beklagten fortbesteht,
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 81.309,75 Euro brutto abzüglich 14.416,20 Euro netto nebst Zinsen aus 66.893,55 Euro iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. Februar 2007 zu zahlen.

Zur Begründung ihres Antrages auf Klageabweisung hat die Beklagte die Ansicht vertreten, den Kläger mit Schreiben vom 29. August 2005 ordnungsgemäß nach § 613a Abs. 5 BGB über den beabsichtigten Betriebsübergang unterrichtet zu haben. Daher sei sein Widerspruch wegen Ablaufs der einmonatigen Widerspruchsfrist verspätet. Außerdem sei das Recht des Klägers zum Widerspruch verwirkt. Darüber hinaus stelle sich gerade der vom Kläger erhobene Widerspruch als treuwidrig dar, da er an der Erarbeitung des fehlerhaften Informationsschreibens selbst beteiligt gewesen sei. Ansprüche aus Annahmeverzug bestünden schon dem Grunde nach nicht, da der Kläger seine Arbeitskraft nicht bei der Beklagten angeboten habe, jedenfalls nicht vor Zugang seines Widerspruchsschreibens. Die Gehaltsentwicklung des Klägers bei der BenQ Mobile OHG sei für etwaige Annahmeverzugsansprüche nicht maßgeblich. Eine Gehaltserhöhung zum 1. Oktober 2006 habe dem Kläger bei der Beklagten nicht zugestanden. Ebenso habe er keinen Bonusanspruch für das Geschäftsjahr 2005/2006; ein solcher sei jedenfalls nicht auf der Grundlage einer „Zielerreichung“ iHv. 177,40 % zu berechnen.

11

Das Arbeitsgericht hat dem Feststellungsantrag stattgegeben, die Zahlungsklage jedoch abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht die Beklagte verurteilt, Annahmeverzugslohn für die Zeit ab Zugang des Widerspruchsschreibens bis 31. Dezember 2006 zu zahlen. Im Übrigen blieben die Berufungen beider Parteien ohne Erfolg. Mit seiner Revision will der Kläger auch die restlichen Zahlungsansprüche durchsetzen, wogegen die Revision der Beklagten auf die Abweisung der Klage insgesamt abzielt.

12

Entscheidungsgründe

Die zulässigen Revisionen der Parteien sind zum Teil begründet. Das Urteil des Berufungsgerichts ist zum Teil aufzuheben und der Rechtsstreit insoweit an das Landesarbeitsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

13

Die Revision der Beklagten ist im Übrigen unbegründet. Aufgrund des Widerspruchs des Klägers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses besteht zwischen den Parteien auch ab dem 1. Oktober 2005 ein Arbeitsverhältnis. Sein Recht zum Widerspruch hat der Kläger weder verwirkt noch stellt sich sein Widerspruch nach allgemeinen Grundsätzen als treuwidrig dar. Die Revision des Klägers ist daher begründet. Nach der neueren Rechtsprechung des Senats kann sein Widerspruch auf Annahmeverzugslohn ab dem 1. Oktober 2005 nicht mehr mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung abgewiesen werden. Die Höhe der Ansprüche des Klägers ist vom Berufungsgericht noch zu ermitteln. 14

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: 15

Das Informationsschreiben der Beklagten vom 29. August 2005 erfülle nicht die Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB. Es fehlten Informationen über den „negativen Kaufpreis“ und zur Abspaltung erheblichen Betriebsvermögens. Daher habe der Kläger auch noch im November 2006 dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Betriebserwerberin widersprechen können. Der Kläger habe sein Recht zum Widerspruch nicht verwirkt, da es jedenfalls am Umstandsmoment fehle. Die bloße Weiterarbeit stelle keinen ausreichenden Umstand dar. Dass der Kläger von der Betriebserwerberin Handlungsvollmacht erhalten und Betriebsvereinbarungen abgeschlossen habe, gehöre zu den üblichen Bestandteilen der Funktion, die der Kläger auszufüllen habe. Ein unzulässiger kollektiver Massenwiderspruch liege nicht vor. Auch durch eine Mitwirkung des Klägers an der Erstellung des fehlerhaften Informationsschreibens ergebe sich nicht, dass der Kläger sich nur treuwidrig auf eben diese Fehler berufen könne. Der Kläger sei weder in verantwortlicher Position an der Erstellung und Freigabe des Informationsschreibens beteiligt gewesen noch habe er auch nur fahrlässige Unkenntnis von der Fehlerhaftigkeit des Schreibens gehabt. Dies ergebe sich aus seiner Position innerhalb des Carve-Out-Teams. Zudem sei der Kläger erst zum 1. Juli 2005 zu Com MD gewechselt, die entscheidenden Verträge von Siemens mit BenQ seien aber 16

schon am 6. Juni 2005 geschlossen worden. Der Kläger habe also weder den Informationsstand der Beklagten gehabt noch habe diese konkret vorgetragen, was er habe erfragen müssen.

Ab dem Zugang seines Widerspruchsschreibens bei der Beklagten könne der Kläger Zahlungsansprüche unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges gegen sie geltend machen. Denn im Widerspruchsschreiben habe er seine Arbeitskraft wörtlich angeboten, was ausreiche, da die Beklagte im Informationsschreiben die Leistung des Klägers ab 1. Oktober 2005 bereits abgelehnt habe. Die Beklagte habe die geltend gemachten Gehaltsansprüche der Höhe nach nicht substantiiert bestritten. Da somit von der Geltung des EFA-Gehaltssystems sowohl bei der Beklagten als auch bei der Betriebsrwerberin auszugehen sei, habe der Kläger die Höhe des Anspruchs für die Zeit vom 22. November 2006 bis zum 31. Dezember 2006 nachvollziehbar dargestellt. In Ermangelung eines wörtlichen Angebotes stünden dem Kläger jedoch für die Zeit vor dem Zugang seines Widerspruchsschreibens Annahmeverzugslohnansprüche nicht zu. 17

B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand. 18

I. Die Revision der Beklagten ist im Wesentlichen nicht begründet. 19

1. Die Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers aufgrund seines Widerspruchs nicht zum 1. Oktober 2005 auf die BenQ Mobile OHG übergegangen ist, sondern mit der Beklagten über diesen Zeitpunkt hinaus fortbesteht, ist begründet. 20

a) In einer Reihe von gleichgelagerten Fällen hat der Senat entschieden, dass das Unterrichtungsschreiben der Beklagten vom 29. August 2005 über den beabsichtigten Betriebsteilübergang auf BenQ Mobile OHG den Anforderungen des § 613a Abs. 5 BGB nicht genügt (*23. Juli 2009 - 8 AZR 538/08 - AP BGB § 613a Unterrichtung Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 114*). 21

- b) Die unzulängliche Unterrichtung durch die Beklagte hatte die einmonatige Widerspruchsfrist für den Kläger (§ 613a Abs. 6 Satz 1 BGB) nicht in Lauf gesetzt (st. Rspr., vgl. Senat 22. Januar 2009 - 8 AZR 808/07 - mwN, AP BGB § 613a Unterrichtung Nr. 4 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 105). 22
- c) Der Kläger hat sein Recht zum Widerspruch im Zeitpunkt seiner Ausübung am 17. November 2006 nicht verwirkt. 23
- aa) Die Beurteilung der Frage, ob ein Recht verwirkt ist, obliegt grundsätzlich den Tatsachengerichten, die den ihnen zur Begründung des Verwirkungseinwandes vorgetragene Sachverhalt eigenverantwortlich zu würdigen haben (vgl. BAG 17. Januar 2007 - 7 AZR 23/06 - EzAÜG AÜG § 10 Fiktion Nr. 116). Das Berufungsurteil ist vom Revisionsgericht jedoch darauf zu überprüfen, ob das Tatsachengericht die von der Rechtsprechung entwickelten rechtlichen Voraussetzungen der Verwirkung beachtet sowie alle erheblichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat und ob die Bewertung dieser Gesichtspunkte von den getroffenen tatsächlichen Feststellungen getragen wird (BAG 12. Dezember 2006 - 9 AZR 747/06 - mwN, EzA BGB 2002 § 242 Verwirkung Nr. 1). 24
- bb) Es kann dahinstehen, ob bei der Erklärung des Widerspruchs am 17. November 2006 das Zeitmoment bereits erfüllt war. Jedenfalls fehlt es am Umstandsmoment, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei erkannt hat. 25
- Könnte allein die widerspruchslose Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebserwerber ein Umstandsmoment für die Verwirkung darstellen, so würde das Ziel, falsch unterrichteten Arbeitnehmern das Widerspruchsrecht zu erhalten, unterlaufen (Senat 24. Juli 2008 - 8 AZR 755/07 - Rn. 43, AP BGB § 613a Nr. 349 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 94). Davon ist rechtsfehlerfrei auch das Landesarbeitsgericht im Falle des Klägers ausgegangen. Bei der Beklagten war der Kläger vor seinem Wechsel zu Com MD am 1. Juli 2005 Personalleiter im Bereich ICM und Com. Bei Com MD war er Leiter Arbeitsrecht. Dass er als solcher von der Betriebserwerberin Handlungsvollmacht bekam und am Abschluss von Betriebsvereinbarungen oder Gesamt- 26

betriebsvereinbarungen beteiligt war, entspricht seiner Funktion, wie schon das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei erkannt hat.

2. Dass das Landesarbeitsgericht den Widerspruch des Klägers nicht nach allgemeinen Grundsätzen als treuwidrig befunden hat, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. 27

a) Die Auffassung der Beklagten, der Kläger könne sich nicht ohne Verstoß gegen § 242 BGB auf die Fehler des Informationsschreibens berufen, an dessen Erstellung er „maßgeblich“ beteiligt gewesen sei, vermag nicht zu überzeugen. Es ist bereits nach dem Vorbringen der Beklagten unklar, welchen Anteil der Kläger an der Erarbeitung des Informationsschreibens gehabt haben soll. Einerseits soll es zu seinen Aufgaben gehört haben, das Informationsschreiben „sprachlich“ zu überarbeiten und zu verbessern. Andererseits soll er sich in einer „beratenden Funktion“ befunden und dadurch auch „eine Verantwortung“ gehabt haben. „Ebenso wenig wie ein Rechtsanwalt gegenüber seinen Mandanten“ soll er sich nunmehr gegenüber der Beklagten nicht darauf berufen können, nicht über die nötigen Informationen verfügt zu haben. Diese hätte er erfragen müssen. 28

b) Demgegenüber hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler den Tatsachenstoff dahingehend gewürdigt, dass dem Kläger nur wenig Verantwortung für das Informationsschreiben vom 29. August 2005 zukommt. 29

Zu Recht haben die Berufsrichter auf das Organigramm zur Projektstruktur verwiesen, aus dem sich ergibt, dass „HR“ nur ein Teilprojekt der BenQ-Überleitung war, die wesentlichen wirtschaftlichen Absprachen schon vor dem Wechsel des Klägers nach Com MD getroffen worden waren und dass der Kläger innerhalb des Teilprojekts HR nur auf der vierten und damit letzten Ebene tätig war. Aus dem von der Beklagten vorgelegten E-Mail-Schriftverkehr ergibt sich zudem, dass der Kläger für den „unternehmerischen Hintergrund“ auf eine Pressemitteilung zurückgreifen musste und sich dafür ausgesprochen hat, „reinen Wein“ einzuschenken. 30

Unstrittig ist der Kläger Arbeitnehmer und als solcher an die Weisungen der Beklagten gebunden. Für die Freigabe des Informationsschreibens war er nicht verantwortlich. Die Beklagte hat weder allgemein noch im Einzelnen substantiiert vorgetragen, dass der Kläger bei der Mitarbeit an den Informationsschreiben oder bei durch ihn erarbeiteten einzelnen Formulierungen gegen Weisungen der Beklagten oder seiner Vorgesetzten verstoßen hätte. Nur bei einer derartigen Schlechtleistung wäre aber eine Treuwidrigkeit des Widerspruchs des Klägers in Betracht zu ziehen, weil er sich dann auf Fehler beriefe, die er selbst zuvor gemacht hätte. Anhaltspunkte dafür sind jedoch dem Vorbringen der Beklagten nicht zu entnehmen, wie das Landesarbeitsgericht festgestellt hat und wogegen die Revision keine Verfahrensrügen erhoben hat. 31

3. Der auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurückwirkende Widerspruch führt dazu, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien über den 1. Oktober 2005 hinaus unverändert fortbesteht (*st. Rspr. des Senats, vgl. 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - Rn. 41 mwN, BAGE 119, 91 = AP BGB § 613a Nr. 312 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 56*). Ein unzulässiger Massenwiderspruch liegt ebenso wenig vor wie eine Veranlassung, dem Europäischen Gerichtshof Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen (*Senat 23. Juli 2009 - 8 AZR 538/08 - AP BGB § 613a Unterrichtung Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 114*). 32

II. Die Revision des Klägers ist begründet. Wegen Annahmeverzuges kann der Kläger ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs Zahlungsansprüche geltend machen (*§ 615 Satz 1 BGB*). Über deren Höhe wird das Landesarbeitsgericht zu befinden haben. 33

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gerät der Arbeitgeber sowohl bei einer ordentlichen als auch bei einer außerordentlichen Kündigung mit Beginn des Tages in Annahmeverzug, an dem das Arbeitsverhältnis nach dem Inhalt der Kündigung enden soll, soweit der Arbeitnehmer leistungsfähig und leistungsbereit ist. Der Arbeitgeber kommt bei einer Verweigerung der Weiterbeschäftigung seiner Pflicht zur Zuweisung der Arbeit und zur Bereithaltung eines funktionsfähigen Arbeitsplatzes nicht nach. Dies ist aber 34

eine gemäß § 296 BGB nach dem Kalender bestimmte Mitwirkungshandlung, weil der Zeitpunkt durch den Ablauf der Kündigungsfrist bzw. den Zugang der Kündigung aus wichtigem Grund festgelegt ist (*BAG 9. August 1984 - 2 AZR 374/83 - BAGE 46, 234 = AP BGB § 615 Nr. 34 = EzA BGB § 615 Nr. 43; 21. März 1985 - 2 AZR 201/84 - AP BGB § 615 Nr. 35 = EzA BGB § 615 Nr. 44*).

Diese Rechtsprechung ist auf den Streitfall übertragbar. Erklärt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vor dem Betriebsübergang, dass eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit wegen des Wegfalles seines Arbeitsplatzes nicht mehr gegeben ist, so macht er damit deutlich, der ihm obliegenden Mitwirkungshandlung nicht nachkommen zu wollen. Er gerät damit in Annahmeverzug, ohne dass es noch eines Angebotes der Arbeitsleistung von Seiten des Arbeitnehmers bedürfte (*Senat 27. November 2008 - 8 AZR 1021/06 -; 24. Juli 2008 - 8 AZR 1020/06 -*). Vorliegend hatte die Beklagte bereits in ihrem Unterrichtungsschreiben an den Kläger vom 29. August 2005 erklärt, dass „die Com MD - Aktivitäten vollständig auf BenQ Mobile übertragen werden und damit eine Beschäftigungsmöglichkeit bei der Siemens AG entfallen ist“. Sie befand sich damit ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs in Annahmeverzug, eines Angebotes der Arbeitskraft durch den Kläger bedurfte es nicht.

35

Die gesetzlichen Regelungen des Annahmeverzuges gehen davon aus, dass durch die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers bei einem anderen Arbeitgeber nicht zwangsläufig ein Unvermögen des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung iSd. § 297 BGB eintritt, welches den Annahmeverzug ausschließt. So bestimmt § 615 Satz 2 BGB, dass sich der Dienstverpflichtete den Wert desjenigen anrechnen lassen muss, was er durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt. Diese Regelung führt auch dazu, Doppelansprüche des Arbeitnehmers gegen den Betriebsveräußerer und den Betriebserwerber, für welchen der Arbeitnehmer vorübergehend eine Arbeitsleistung erbracht hat, auszuschließen.

36

Für die auf die Zeit ab Zugang des Widerspruchsschreibens vom 17. November 2006 bezogenen Zahlungsansprüche ergibt sich der Annahme-

37

verzug der Beklagten aus § 295 Satz 1 BGB, da ihr der Kläger seine Arbeitsleistung in diesem Schreiben ausdrücklich angeboten hatte und die Beklagte der ihr gemäß § 295 Satz 1 2. Alt. BGB obliegenden Mitwirkungshandlung, dem Kläger nach Zugang seines Schreibens einen neuen Arbeitsplatz innerhalb der von ihr geleiteten Unternehmensorganisation zuzuweisen, nicht nachgekommen ist.

2. Die Revision der Beklagten ist allerdings insoweit erfolgreich, als das Landesarbeitsgericht mit der gegebenen Begründung nicht die Höhe des Annahmeverzugslohnes des Klägers für die Zeit vom 22. November 2006 bis 31. Dezember 2006 auf 8.872,79 Euro brutto im Ausgangswert festsetzen durfte. Auch wenn die Beklagte die Anwendung des EFA-Gehaltssystems bei der Betriebserwerberin nicht bestritten hat, ergeben sich daraus nicht unstrittig die vom Kläger zugrunde gelegten Gehaltssteigerungen, die das Landesarbeitsgericht insoweit übernommen hat. Die Beklagte hat substantiiert auf das zuletzt bei ihr verdiente monatliche Grundgehalt von 6.493,00 Euro verwiesen. Ebenso hat sie mit Schriftsatz vom 18. August 2008 einen Bonusanspruch des Klägers dem Grunde und der Höhe nach bestritten. Beides wird das Landesarbeitsgericht aufzuklären haben, um die Höhe der Zahlungsansprüche, die dem Kläger vom 1. Oktober 2005 bis 31. Dezember 2006 zustehen, festzustellen. Daraus ist die Kostentragungspflicht einheitlich für den gesamten Rechtsstreit abzuleiten.

38

Hauck

Böck

Breinlinger

Döring

Schuckmann