

Bundesarbeitsgericht  
Achter Senat

Urteil vom 25. Januar 2018  
- 8 AZR 308/16 -  
ECLI:DE:BAG:2018:250118.U.8AZR308.16.0

I. Arbeitsgericht Stuttgart  
- Kammern Ludwigsburg -

Urteil vom 17. Juli 2015  
- 26 Ca 1953/14 -

II. Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg

Urteil vom 23. März 2016  
- 2 Sa 46/15 -

---

Entscheidungsstichworte:

Betriebsübergang - „Betriebsübergangs-Feststellungsklage“ - materielle Rechtskraftwirkung - Erwerber und Veräußerer als „einfache“ oder „notwendige“ Streitgenossen - Prozessverwirkung - Betriebsführungsvertrag - Lohnfertigung - Widerspruch gegen den (vermeintlichen) Übergang des Arbeitsverhältnisses - Verwirkung

Hinweis des Senats:

Parallelentscheidung zu führender Sache - 8 AZR 309/16 -

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 308/16

2 Sa 46/15

Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
25. Januar 2018

## URTEIL

Wirth, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte zu 2., Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. Januar 2018 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Schlewing, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Vogelsang und Dr. Roloff sowie die ehrenamtlichen Richter Kandler und Dr. Bloesinger für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten zu 2. gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 23. März 2016 - 2 Sa 46/15 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte zu 2. hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Der Kläger und die vormalige Beklagte zu 2. (im Folgenden Beklagte) 1  
streiten darüber, ob das zwischen ihnen begründete Arbeitsverhältnis über den  
31. März 2011 hinaus zwischen ihnen fortbesteht, und in diesem Zusammen-  
hang darüber, ob das Arbeitsverhältnis zum 1. April 2011 infolge eines Betrieb-  
sübergangs auf die vormalige Beklagte zu 1., die I W GmbH + Co. KG, die spä-  
ter unter F H-K GmbH + Co KG firmierte (im Folgenden F), übergegangen ist.

Der Kläger war langjährig als Pressarbeiter im Betrieb der Beklagten in 2  
O beschäftigt. Dort stellte die Beklagte Industrieprodukte, insbesondere in den  
Bereichen Holz- und Kunststoffwerkstoffe, sowie Formteile her, veredelte diese  
und erbrachte Werk- und Dienstleistungen auf diesen Gebieten. Hierzu setzte  
sie die in ihrem Eigentum stehenden Betriebsmittel ein. Neben dem Betrieb in O  
unterhielt die Beklagte Betriebe in N und in B.

Im Sommer 2010 beschloss der Beirat der Beklagten auszugsweise 3  
Folgendes:

„Die W GmbH + Co. KG soll in Zukunft nur noch die Im-  
mobilien halten und verwalten sowie das Anlagevermö-  
gen, die Lizenzrechte sowie die sonstigen Vermögensge-  
genstände der Gesellschaft.

Der Betrieb der Gesellschaft soll zukünftig - im Wesentli-  
chen unverändert - durch eine neu gegründete Schwes-  
tergesellschaft in der Rechtsform einer GmbH + Co. KG  
mit den gleichen Beteiligungsverhältnissen wie bei der W  
GmbH + Co. KG geführt werden (W I GmbH + Co. KG). In

der neuen Gesellschaft soll derselbe Beirat installiert werden wie bei der W GmbH + Co. KG.

Diese neue Gesellschaft soll die Produktion der W-Produkte als Lohnfertigung für die W GmbH + Co. KG übernehmen sowie die Bereiche Einkauf, Vertrieb, Marketing, Forschung und Entwicklung sowie das Rechnungswesen etc. für die W GmbH + Co. KG mittels Dienstleistungsverträgen erledigen. Die neu gegründete Gesellschaft soll dabei die Möglichkeit haben, neben der Auftragsproduktion für die W GmbH + Co. KG eigene, nicht in Konkurrenz zu den W-Produkten stehende Produkte zu entwickeln und zu vertreiben sowie Fremdaufträge von anderen Unternehmen (ausgenommen Konkurrenzunternehmen) zu übernehmen.

Die Arbeitsverhältnisse der W GmbH + Co. KG sollen auf die neu gegründete W I GmbH + Co. KG übergehen (Betriebsübergang gemäß § 613a BGB).

Die Rechtsverhältnisse zwischen den beiden Gesellschaften werden durch Abschluss entsprechender Verträge (z.B. Dienstleistungsverträge) geregelt.

Es handelt sich um eine strategische Entscheidung, die mittel- und langfristige Vorteile für das Unternehmen hat, v.a. im arbeitsrechtlichen Bereich.“

Am 28. Oktober 2010 vereinbarten die Beklagte und der bei ihr gebildete 4  
Gesamtbetriebsrat zur Umsetzung dieses Konzepts einen Interessenausgleich, der insbesondere die Übernahme aller Arbeitnehmer durch die neu zu gründende Gesellschaft F im Wege eines Betriebsübergangs zum Gegenstand hatte.

Im März 2011 schlossen die Beklagte und die - seinerzeit noch als 5  
I W GmbH + Co. KG firmierende - F eine „Vereinbarung über Lohnfertigung und Geschäftsbesorgungsvertrag über Betriebsführung“ (im Folgenden Vereinbarung) ab. Hierin heißt es:

**„Vorbemerkung:**

W ist ein weltweit tätiger Hersteller von Bauelementen (Fensterbänke, Balkon-, Fassadenelemente, Terrassenprofile), Tischplatten, Industrieformteilen und Sperrholz-Formteilen (insbesondere Federleisten) und verfügt in Deutschland über 3 Standorte in O, N und B.

Im Dezember 2010 wurde eine neue Schwestergesellschaft, die I W GmbH + Co. KG, mit dem Sitz in O gegründet. Diese neue Gesellschaft soll in Zukunft die Produkte von W in Lohnfertigung herstellen und im Übrigen die drei Betriebe von W in Deutschland führen. Die Mitarbeiter von W werden zum Stichtag 1. April 2011 im Rahmen eines gesetzlichen Betriebsübergangs gemäß § 613a BGB auf die neu gegründete I W GmbH + Co. KG übergehen.

Dies vorausgeschickt, vereinbaren die Vertragsparteien folgendes:

## **A. Lohnfertigung**

### **§ 1**

#### **Vertragsinhalt/Entgelt**

Die I W führt die komplette Produktion der W-Produkte an allen 3 inländischen Standorten ab dem 1. April 2011 in Lohnfertigung weiter. Dies umfasst insbesondere die Herstellung und Bearbeitung der folgenden Produkte nach den Vorgaben von W:

- Fensterbänke,
- Balkon- und Fassadenelemente,
- Terrassenprofile,
- Tischplatten,
- Industrieformteile und
- Sperrholz-Formteile (insbesondere Federleisten).

Die Vergütung der von der I W erbrachten Leistungen erfolgt anhand der von der I W nachgewiesenen Lohnkosten (zuzüglich Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung sowie sonstigen Lohnnebenkosten) plus eines Aufschlages zu den Brutto-Lohnsummen von 3 %. Darüber hinaus hat die I W Anspruch auf Erstattung der gerechtfertigten Sachkosten, die im direkten Zusammenhang mit der Wertschöpfung entstehen.

Das Entgelt gemäß Absatz 2 (Sätze 1 und 2) hat W der I W innerhalb von 14 Arbeitstagen nach Rechnungsstellung zu erstatten. Die Inrechnungstellung erfolgt monatlich zu Beginn des darauf folgenden Kalendermonats.

Auf diese Zahlungen leistet W monatlich im Voraus Abschlagszahlungen an die I W in Höhe von ca. 1,6 Mio. €. Diese werden von der im nachfolgenden Kalendermonat zu erfolgenden Abrechnung in Abzug gebracht.

Miete und/oder Pacht für die Nutzung der Produktionshallen und -maschinen sowie sonstiges Anlagevermögen ist von der I W nicht zu entrichten. Die mit der Produktion zusammenhängenden Nebenkosten (insbesondere Energiekosten und sonstige Verbrauchskosten) trägt W.

...

## **B. Betriebsführung im Übrigen**

### **§ 6**

#### **Betriebsführung mittels Geschäftsbesorgungsvertrag**

Die I W übernehmen darüber hinaus für W ab dem 1. April 2011 die Betriebsführung des gesamten Geschäftsbetriebes an allen drei inländischen Standorten. Insbesondere umfasst dies sämtliche, in den folgenden Abteilungen zu erledigenden Arbeiten nach den Vorgaben von W:

- Einkauf
- Vertrieb
- Marketing
- Finanzbuchhaltung
- Forschung und Entwicklung sowie
- Instandhaltung.

Der Auftrag zur Betriebsführung erstreckt sich auf alle Geschäfte und Maßnahmen, die dem Betriebsablauf und dem gewerblichen Zweck des Betriebes dienen.

Die Geschäftsbesorgung und die Betriebsführung erfolgt durch die I W mit eigenen, auf sie gem. § 613a BGB übergegangenen Arbeitnehmern.

Grundlage dafür ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen den Vertragsparteien mit folgendem Inhalt:

### **§ 7**

#### **Handeln für Rechnung und im Namen von W / Bevollmächtigung**

Die I W handeln bei ihrer Tätigkeit gem. § 6, sofern diese im Zusammenhang mit der Lohnfertigung und der Herstel-

lung der W-Produkte ausgeführt wird, für welche W die Patentrechte und das Know-how besitzt, ausschließlich für Rechnung und im Namen von W.

Insofern erteilt W der I W Generalhandlungsvollmacht zur Vertretung von W bei allen Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen, bei denen das Gesetz eine Stellvertretung gestattet und die der Betrieb des Gewerbes von W mit sich bringt. Die I W dürfen von dieser Vollmacht nur für die Zwecke der Betriebsführung und im Rahmen dieses Auftrages Gebrauch machen.

## **§ 8**

### **Verpflichtungen des Auftragnehmers I W**

Die I W erledigen und managen eigenverantwortlich die in § 6 aufgeführten Abteilungen an allen drei Standorten. Sie sind verantwortlich für die gesamten Abläufe ab Auftragsingang bis zum Zahlungseingang durch den Kunden von W. Des Weiteren kümmern sie sich im Vertrieb darum, dass ausreichende Auftragseingänge zu verzeichnen sind. Hinzu kommen die Erledigung der erforderlichen Instandhaltungsmaßnahmen, der gebotenen Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten sowie die pünktliche und ordnungsgemäße Erstellung der Finanzbuchhaltung.

Dabei sind neben den Vorgaben von W alle gesetzlichen Vorgaben zu beachten.

Die I W stellen sicher, dass das für den reibungslosen Ablauf der in § 6 genannten Abteilungen eingesetzte Personal über die erforderlichen beruflichen Qualifikationen verfügt. Die I W sorgen für die nötigen Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen.

## **§ 9**

### **Entgelt für die Geschäftsbesorgung**

Die Vergütung der von der I W erbrachten Leistungen erfolgt anhand der von der I W nachgewiesenen Kosten für die Gehälter der in den in § 6 genannten Abteilungen eingesetzten Mitarbeiter (zuzüglich Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung sowie sonstigen Nebenkosten) plus eines Aufschlages zu den Brutto-Gehaltssummen von 3 %. Darüber hinaus haben die I W Anspruch auf Erstattung der gerechtfertigten Sachkosten, die im direkten Zusammenhang mit der Wertschöpfung entstehen.

Das Entgelt zuzüglich der Aufwendungen hat W der I W innerhalb von 14 Arbeitstagen nach Rechnungsstellung zu erstatten. Die Inrechnungstellung erfolgt monatlich zu Beginn des darauf folgenden Kalendermonats.

Auf diese Zahlungen leistet W monatlich im Voraus Abschlagszahlungen an die I W in Höhe von ca. 0,8 Mio. €.

Diese werden von der im nachfolgenden Kalendermonat zu erfolgenden Abrechnung in Abzug gebracht.

Miete und/oder Pacht für die Nutzung der Verwaltungsgebäude sowie das Anlagevermögen ist von der I W nicht zu entrichten. Die mit der Verwaltung zusammenhängenden Nebenkosten (insbesondere Energiekosten und sonstige Verbrauchskosten) trägt W.

## **§ 10**

### **Gewerbliche Schutzrechte**

W verfügt zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung über eine Reihe von gewerblichen Schutzrechten (Altschutzrechte). Unbeschadet der Benutzung dieser Schutzrechte zur Ausführung der Lohnfertigung und der Durchführung von weiteren Entwicklungsarbeiten durch die Mitarbeiter der I W in der Forschungs- und Entwicklungsabteilung, berührt dieser Vertrag nicht die rechtliche Situation dieser Schutzrechte, insbesondere verbleiben diese Schutzrechte im ausschließlichen Eigentum von W.

...

## **§ 14**

### **Vertragsdauer**

Das Vertragsverhältnis ist auf Dauer angelegt. Der Vertrag beginnt am 1. April 2011 und hat eine feste Erstlaufzeit von fünf Jahren. Er kann von beiden Parteien ordentlich erstmals auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Erstlaufzeit gekündigt werden, und zwar mit einer Frist von einem Jahr. Erfolgt keine Kündigung, verlängert sich die Vertragslaufzeit jeweils um fünf weitere Jahre. Auch in diesem Fall beträgt die Kündigungsfrist ein Jahr.

Das Recht beider Vertragsparteien, den Vertrag aus wichtigem Grund fristlos zu kündigen, bleibt unberührt.

...“



Mit Schreiben vom 1. März 2011 informierten die Beklagte und die F die Arbeitnehmer der Beklagten darüber, dass ihre Arbeitsverhältnisse zum 1. April 2011 gemäß § 613a BGB von der Beklagten auf die F übergehen würden. 6

Nahezu alle Arbeitnehmer - so auch der Kläger - widersprachen dem von der Beklagten und der F angenommenen Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf die F nicht, erbrachten über den 31. März 2011 hinaus ihre Arbeitsleistung an ihren bisherigen Arbeitsplätzen in unveränderter Art und Weise und stellten weiterhin ausschließlich W-Produkte her. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts schloss die F ab dem 1. April 2011 Verträge mit Dritten, insbesondere mit Kunden und Lieferanten, auf Rechnung und im Namen der Beklagten. Der Marktauftritt zum Vertrieb der W-Produkte erfolgte weiterhin über die Internetseite der Beklagten und bei der E-Mail-Kommunikation nach außen versah das EDV-System die E-Mails der Mitarbeiter automatisch mit einer Signatur der Beklagten. Gegenüber den Arbeitnehmern sowie gegenüber verschiedenen Behörden (zB der Agentur für Arbeit und dem Finanzamt) trat die F hingegen im eigenen Namen auf. 7

Im Mai/Juni 2013 beschlossen die Gesellschafter der F, diese zu liquidieren und die Betriebe in O, N und B stillzulegen. Die Liquidation der F wurde am 12. Juli 2013 in das Handelsregister eingetragen. 8

Am 17. Juli 2013 schlossen die Beklagte und die F eine neue „Vereinbarung über Lohnfertigung und Geschäftsbesorgungsvertrag über Betriebsführung“ ab. Danach führte die F lediglich Teile der Produktion in Lohnfertigung weiter; zudem war die Beklagte berechtigt, auch andere Unternehmen mit der Lohnfertigung zu beauftragen. 9

Nachdem in der Folgezeit Verhandlungen über einen Interessenausgleich vor der Einigungsstelle gescheitert waren, kündigte die F - nach Beteiligung des Betriebsrats und Erstattung einer Massenentlassungsanzeige - die bestehenden Arbeitsverhältnisse, soweit diese nicht auf andere Firmen übergingen. Gegenüber dem Kläger erklärte sie mit Schreiben vom 6. November 2014 die Kündigung zum 31. Dezember 2015. 10

Am 25. November 2014 kam durch Spruch der Einigungsstelle ein Sozialplan zustande, der keine Abfindungsleistungen für die Arbeitnehmer vorsah. 11

Unter dem 31. Dezember 2014 kündigte die Beklagte die „Vereinbarung über Lohnfertigung und Geschäftsbesorgungsvertrag über Betriebsführung“ vom 17. Juli 2013 zum 31. März 2015. Am 26. März 2015 schlossen die Beklagte und die F eine bis zum 31. Mai 2015 befristete, den Betrieb in O betreffende „Vereinbarung über Geschäftsbesorgung und Betriebsführung“. Ihre Tätigkeit in B hatte die F bereits mit Ablauf des 30. September 2014 und ihre Tätigkeit in N mit Ablauf des 28. Februar 2015 eingestellt. 12

Der Kläger, der zunächst lediglich Kündigungsschutzklage gegen die F erhoben hatte, hat seine Klage im März 2015 gegen die Beklagte erweitert. Insoweit hat er - soweit für die Revision von Bedeutung - die Auffassung vertreten, dass zwischen der Beklagten und ihm über den 31. März 2011 hinaus ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis bestehe. Sein mit der Beklagten begründetes Arbeitsverhältnis sei nicht infolge eines Betriebsübergangs auf die F übergegangen. Die F habe den Betrieb der Beklagten nicht identitätswahrend übernommen. Sie habe den Betrieb nicht umfassend nach außen hin genutzt, sondern lediglich aufgrund einer externen Generalhandlungsvollmacht im Namen und auf Rechnung der Beklagten gehandelt. Unerheblich sei, dass sie gegenüber den Beschäftigten als Arbeitgeberin aufgetreten sei. Dies führe lediglich dazu, dass der Vertrag zwischen der F und der Beklagten als Mischform zwischen „echtem“ und „unechtem“ Betriebsführungsvertrag anzusehen sei. Da für einen Betriebsinhaberwechsel die tatsächliche Übernahme der Organisations- und Leitungsmacht im eigenen Namen erforderlich sei, könne es bei einer solchen Mischform nicht zu einem Betriebsübergang kommen. Im Übrigen sei auch die Identität der wirtschaftlichen Einheit verändert worden. Bei der Beklagten handele es sich um ein produzierendes Unternehmen. Die F sei demgegenüber eine reine Betriebsführungsgesellschaft, also ein Unternehmen, dessen Zweck in der Führung eines fremden Betriebs, mithin in einer Dienstleistung bestehe. 13

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 17. Juli 2015 (- 26 Ca 1953/14 -) 14  
festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der F durch deren Kün-  
digung vom 6. November 2014 nicht aufgelöst worden ist. Das Urteil ist rechts-  
kräftig.

Der Kläger hat zuletzt - soweit für die Revision von Bedeutung - bean- 15  
tragt

1. festzustellen, dass zwischen der Beklagten und  
ihm über den 31. März 2011 hinaus ein ungekündig-  
tes Arbeitsverhältnis besteht,
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn zu den bisherigen  
Bedingungen als Pressarbeiter weiter zu beschäfti-  
gen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat die Auffassung 16  
vertreten, aufgrund des gegen die F ergangenen rechtskräftigen erstinstanzli-  
chen Urteils stehe fest, dass ein Arbeitsverhältnis mit dieser bestanden habe.  
Die materielle Rechtskraft dieser Entscheidung stehe der Zulässigkeit der Klage  
gegen sie, die Beklagte, entgegen. Zudem sei die gegen sie gerichtete Klage  
rechtsmissbräuchlich, weil das Klagerecht prozessual verwirkt sei. Der über den  
Betriebsübergang unterrichtete Kläger habe in Kenntnis sämtlicher Umstände  
über vier Jahre hinweg weder die Arbeitgeberstellung der F angezweifelt noch  
sie, die Beklagte, als Arbeitgeberin angesprochen. Sie habe entsprechend dis-  
poniert und die Abwicklung und tatsächliche Handhabung des Betriebsfüh-  
rungsvertrags über mehrere Jahre nicht mehr im Einzelnen dokumentiert.

Die Klage sei auch unbegründet. Das zwischen ihr und dem Kläger be- 17  
gründete Arbeitsverhältnis sei im Jahr 2011 infolge eines Betriebsübergangs  
auf die F übergegangen. Sie habe ihren Produktionsbetrieb unter Wahrung sei-  
ner wirtschaftlichen Identität auf die F übertragen, diese habe ihn auch tatsäch-  
lich fortgeführt. Die Betriebsmittel seien auf die F übergegangen, indem sie die-  
ser zur Verfügung gestellt worden seien; auf die Eigentumsverhältnisse komme  
es insoweit nicht an. Die Art und Weise, wie die F am Markt aufgetreten sei, sei  
ebenso unerheblich. Maßgeblich sei allein, dass die F ab dem 1. April 2011 als

Arbeitgeberin aufgetreten sei und die Leitungsmacht im Verhältnis zu den Arbeitnehmern ausgeübt habe.

Dem Kläger sei es jedenfalls verwehrt, sich ihr gegenüber auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zu berufen. Dies folge bereits daraus, dass er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die F nicht innerhalb der in § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB vorgesehenen Monatsfrist widersprochen habe. § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB sei unmittelbar, jedenfalls aber analog anwendbar. Im Übrigen habe der Kläger sein Recht, sich auf einen Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit ihr über den 31. März 2011 hinaus zu berufen, verwirkt. 18

Das Arbeitsgericht hat die gegen die Beklagte gerichtete Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts insoweit abgeändert. Es hat festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien über den 31. März 2011 hinaus besteht. Ferner hat es die Beklagte verurteilt, den Kläger zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits als Pressarbeiter weiter zu beschäftigen. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der Revision. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision. 19

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision der Beklagten ist, soweit sie sich gegen die Feststellung richtet, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien über den 31. März 2011 hinaus bestanden hat, unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat das arbeitsgerichtliche Urteil insoweit auf die Berufung des Klägers zu Recht abgeändert und dem Klageantrag zu 1. stattgegeben. Der Klageantrag zu 1. ist zulässig und begründet. Soweit die Beklagte mit der Revision ihre Verurteilung zur Weiterbeschäftigung des Klägers angreift, ist eine Entscheidung des Senats nicht veranlasst. Der Klageantrag zu 2. ist dem Senat nicht zur Entscheidung angefallen. 20

- A. Der Klageantrag zu 1. ist zulässig und begründet. 21
- I. Die Klage mit dem Antrag zu 1. ist in der gebotenen Auslegung zulässig. 22
1. Der Kläger begehrt mit dem Klageantrag zu 1. die Feststellung, dass zwischen den Parteien über den 31. März 2011 hinaus ein Arbeitsverhältnis zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen besteht. Anders als die Beklagte unter Bezugnahme auf die - im Übrigen nicht tragenden - Erwägungen des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts in seinem Urteil vom 24. September 2015 (- 2 AZR 562/14 - Rn. 22, BAGE 152, 345) zur eventuellen Zulässigkeit einer „Betriebsübergangs-Feststellungsklage“ meint, ist der Klageantrag zu 1. nicht dahin auszulegen, dass der Kläger die Feststellung begehrt, dass sein Arbeitsverhältnis zum 1. April 2011 nicht nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB von der Beklagten auf die F übergegangen ist. 23
- a) Das Revisionsgericht hat prozessuale Willenserklärungen selbständig auszulegen. Maßgebend sind die für Willenserklärungen des Bürgerlichen Rechts entwickelten Grundsätze. Entsprechend § 133 BGB ist nicht am buchstäblichen Sinn des in der Prozessklärung gewählten Ausdrucks zu haften, vielmehr ist der in der Erklärung verkörperte Wille zu ermitteln. Im Zweifel sind prozessuale Willenserklärungen so auszulegen, dass das gewollt ist, was aus Sicht der Prozesspartei nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der wohlverstandenen Interessenlage entspricht. Dabei sind die schutzwürdigen Belange des Prozessgegners zu berücksichtigen (vgl. etwa BAG 15. September 2016 - 8 AZR 351/15 - Rn. 20; 7. Juli 2015 - 10 AZR 416/14 - Rn. 18, BAGE 152, 108; 2. September 2014 - 3 AZR 951/12 - Rn. 34). 24
- b) Danach ist der Klageantrag zu 1. dahin auszulegen, dass der Kläger die Feststellung des Fortbestands seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen über den 31. März 2011 hinaus begehrt und nicht etwa die Feststellung, dass sein Arbeitsverhältnis zum 1. April 2011 nicht nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB von der Beklagten auf die F übergegangen ist. Hierfür spricht schon der unmissverständliche Wortlaut des 25

Antrags. Eine Auslegung des Klageantrags als negative „Betriebsübergangs-Feststellungsklage“ würde auch nicht der wohlverstandenen Interessenlage des Klägers entsprechen. Ein Klageantrag, mit dem lediglich das Ziel verfolgt würde festzustellen, dass kein Übergang des Arbeitsverhältnisses infolge eines Betriebsübergangs von der Beklagten auf die F stattgefunden hat, wäre unzulässig. Er wäre nicht auf die Feststellung eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses iSv. § 256 Abs. 1 ZPO gerichtet (*vgl. BAG 22. Juli 2003 - 1 AZR 575/02 - zu III 1 b bb der Gründe; 16. Mai 2002 - 8 AZR 320/01 - zu B II 1 der Gründe*). Zwar muss sich ein Feststellungsantrag nicht notwendig auf ein Rechtsverhältnis als Ganzes beziehen, sondern kann sich auch auf Teilrechtsverhältnisse, etwa auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen beschränken. Bloße Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses, wozu auch die Frage gehört, ob es zu einem Übergang des Arbeitsverhältnisses infolge eines Betriebsübergangs gekommen ist oder nicht, können jedoch nicht zum Gegenstand eines Feststellungsantrags gemacht werden (*zum feststellungsfähigen Rechtsverhältnis iSv. § 256 Abs. 1 ZPO vgl. BAG 28. März 2017 - 1 ABR 40/15 - Rn. 16 mwN; 21. März 2017 - 7 AZR 222/15 - Rn. 15*).

2. In dieser Auslegung ist die Klage mit dem Antrag zu 1. zulässig. Der Klageantrag ist auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses iSv. § 256 Abs. 1 ZPO, nämlich eines zu unveränderten Vertragsbedingungen bestehenden Arbeitsverhältnisses gerichtet. Für die begehrte Feststellung besteht auch das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse. Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten stehen der Zulässigkeit der Klage auch weder eine Rechtskraft des gegen die F ergangenen erstinstanzlichen Urteils vom 17. Juli 2015 (- 26 Ca 1953/14 -) noch der durchgreifende Einwand der prozessualen Verwirkung entgegen.

26

a) Das für den Feststellungsantrag nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse liegt vor, da die Beklagte einen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger über den 31. März 2011 hinaus in Abrede stellt.

27

Die Beklagte kann demgegenüber nicht mit Erfolg einwenden, der Kläger hätte in Reaktion auf die Unterrichtung vom 1. März 2011 einen Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die F erklären und damit sein Klageziel auf einfacherem Wege erreichen können. Der Kläger erstrebt die gerichtliche Feststellung, dass sein Arbeitsverhältnis zur Beklagten über den 31. März 2011 hinaus fortbesteht. Dieses Klageziel könnte er in keinem Fall allein durch einen Widerspruch gemäß § 613a Abs. 6 BGB gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses infolge eines (vermeintlichen) Betriebsübergangs erreichen. Es kann an dieser Stelle offenbleiben, ob der Betrieb der Beklagten in O am 1. April 2011 iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die F übergegangen ist. Sollte es zu einem Betriebsübergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die F gekommen sein, wäre die wirksame Ausübung des Widerspruchsrechts Voraussetzung für die begehrte Feststellung, mithin eine materiell-rechtliche Vorfrage und schon deshalb kein einfacherer Weg, um das Klageziel zu erreichen. Sollte es hingegen nicht zu einem Übergang des Betriebs der Beklagten iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die F gekommen sein, ginge ein etwaiger Widerspruch des Klägers vor dem Hintergrund, dass das Widerspruchsrecht ein Gestaltungsrecht ist, dessen Ausübung bewirkt, dass die Rechtsfolgen des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB nicht eintreten (*vgl. zuletzt BAG 24. August 2017 - 8 AZR 265/16 - Rn. 16 mwN*), von vornherein ins Leere.

28

b) Der Zulässigkeit des Feststellungsantrags steht auch eine Rechtskraft des gegen die F ergangenen erstinstanzlichen Urteils vom 17. Juli 2015 (- 26 Ca 1953/14 -) nicht entgegen.

29

aa) Die materielle Rechtskraft (§ 322 Abs. 1 ZPO) einer gerichtlichen Entscheidung verbietet zwar - als negative Prozessvoraussetzung - eine neue Verhandlung über denselben Streitgegenstand. Unzulässig ist deshalb eine erneute Klage, deren Streitgegenstand mit dem eines rechtskräftig entschiedenen Rechtsstreits identisch ist (*BGH 24. Januar 2008 - VII ZR 46/07 - Rn. 13; 19. November 2003 - VIII ZR 60/03 - zu II 1 der Gründe, BGHZ 157, 47*). Die materielle Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung wirkt aber grundsätzlich nur gegenüber der Partei der gerichtlichen Entscheidung, sie tritt nur im Ver-

30

hältnis der Prozessparteien zueinander ein (vgl. BGH 4. April 2014 - VZR 110/13 - Rn. 11; 12. Januar 1996 - VZR 246/94 - zu II 4 c der Gründe, BGHZ 131, 376). Partei des Kündigungsschutzprozesses war hingegen nicht die Beklagte, sondern die F.

bb) Es gibt auch keine besondere gesetzliche Bestimmung, die die materielle Rechtskraft des gegen die F ergangenen Urteils auf die Beklagte erstreckt. Es kann vorliegend dahinstehen, ob und ggf. inwieweit der Streitgegenstand, über den durch das gegen die F ergangene Urteil erkannt wurde, mit dem Streitgegenstand der gegen die Beklagte gerichteten Klage überhaupt identisch ist; es existiert schon keine Regelung, der sich entnehmen ließe, dass die materielle Rechtskraft des gegen die F ergangenen Urteils auch gegenüber der Beklagten wirkt. Aus § 325 ZPO folgt insoweit nichts Abweichendes. Zwar kann die bindende Feststellung eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und dem Betriebsveräußerer nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auch gegenüber dem neuen Inhaber wirken. Die Rechtskraft eines gegen den früheren Arbeitgeber ergehenden Urteils wirkt in entsprechender Anwendung der §§ 265, 325 Abs. 1 ZPO für und gegen den neuen Inhaber, wenn der Betriebsübergang nach Rechtshängigkeit erfolgt ist (st. Rspr. vgl. etwa BAG 19. November 2014 - 4 AZR 761/12 - Rn. 23 mwN, BAGE 150, 97; 24. August 2006 - 8 AZR 574/05 - Rn. 25). Vorliegend geht es jedoch nicht um die Frage, ob ein gegen den früheren Arbeitgeber ergangenes Urteil auch für und gegen den neuen Inhaber wirkt, sondern darum, ob die materielle Rechtskraft einer gegen den (vermeintlichen) neuen Inhaber ergangenen gerichtlichen Entscheidung auch gegenüber dem früheren Arbeitgeber wirkt.

31

cc) Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten gebieten die Wertungen in § 62 Abs. 1 ZPO (*notwendige Streitgenossenschaft*) keine andere Beurteilung.

32

Dies folgt bereits daraus, dass zwischen der Beklagten und der F weder eine notwendige Streitgenossenschaft aus prozessualen Gründen (§ 62 Abs. 1 Alt. 1 ZPO) noch eine solche aus materiell-rechtlichen Gründen (§ 62 Abs. 1 Alt. 2 ZPO) besteht.

33



- (1) Zwischen der F und der Beklagten besteht keine notwendige Streitgenossenschaft aus prozessualen Gründen (§ 62 Abs. 1 Alt. 1 ZPO). 34
- (a) Eine notwendige Streitgenossenschaft iSv. § 62 Abs. 1 Alt. 1 ZPO setzt ua. voraus, dass gesetzliche Vorschriften die Rechtskraft des gegenüber dem einen Streitgenossen ergangenen Urteils auf den anderen Streitgenossen erstrecken (vgl. BGH 3. November 2016 - I ZR 101/15 - Rn. 17 mwN; 26. Oktober 1984 - V ZR 67/83 - zu I der Gründe, BGHZ 92, 351; 13. Juli 1970 - VIII ZR 230/68 - zu I 1 der Gründe, BGHZ 54, 251; 15. Juni 1959 - II ZR 44/58 - zu II 3 der Gründe, BGHZ 30, 195: „auf Grund besonderer Vorschriften“). Hier müsste aus prozessualen Gründen auch dann einheitlich entschieden werden, wenn die Prozesse nacheinander durchgeführt werden (vgl. BGH 26. Oktober 1984 - V ZR 67/83 - aaO). Die bloße Bindungswirkung bezüglich einer Vorfrage reicht insoweit nicht aus (vgl. BGH 24. Juni 1992 - VIII ZR 203/91 - zu I 2 a der Gründe, BGHZ 119, 35; MüKoZPO/Schultes 5. Aufl. § 62 Rn. 17). 35
- (b) Danach besteht zwischen der Beklagten und der F keine notwendige Streitgenossenschaft iSv. § 62 Abs. 1 Alt. 1 ZPO (vgl. etwa BAG 22. August 2013 - 8 AZR 521/12 - Rn. 37 mwN). Es kann vorliegend dahinstehen, ob der Fall der Rechtskrafterstreckung nach § 325 ZPO als Anwendungsfall der notwendigen Streitgenossenschaft iSv. § 62 Abs. 1 Alt. 1 ZPO überhaupt in Betracht kommt, was zweifelhaft ist, da der Rechtsnachfolger im Hinblick auf die in § 265 Abs. 2 Satz 2 ZPO getroffene Bestimmung nicht gemeinsam mit dem Rechtsvorgänger als Partei auftreten kann (zu dieser Problematik vgl. etwa MüKoZPO/Schultes 5. Aufl. § 62 Rn. 7 mwN; Musielak/Voit/Weth ZPO 14. Aufl. § 62 Rn. 4; PG/Gehrlein ZPO 9. Aufl. § 62 Rn. 4). Es gibt - wie unter Rn. 31 ausgeführt - keine besondere gesetzliche Bestimmung, die die materielle Rechtskraft des gegen die F ergangenen erstinstanzlichen Urteils auf die Beklagte erstreckt. 36
- (2) Zwischen der F und der Beklagten besteht auch keine notwendige Streitgenossenschaft aus materiell-rechtlichen Gründen iSv. § 62 Abs. 1 Alt. 2 ZPO. 37

(a) Eine Streitgenossenschaft ist materiell-rechtlich eine notwendige, wenn ein Recht aus materiell-rechtlichen Gründen nur von mehreren Berechtigten oder gegen mehrere Verpflichtete gemeinsam ausgeübt werden darf, die Klage einzelner oder gegen einzelne Streitgenossen mithin wegen fehlender Prozessführungsbefugnis als unzulässig abgewiesen werden müsste (*BGH 3. November 2016 - I ZR 101/15 - Rn. 17; 24. Januar 2012 - X ZR 94/10 - Rn. 19, BGHZ 192, 245; 14. April 2010 - IV ZR 135/08 - Rn. 17; 26. Oktober 1984 - V ZR 67/83 - zu I der Gründe*). Das Erfordernis einer gemeinschaftlichen Klage ergibt sich hier aus der lediglich gemeinschaftlich vorhandenen materiell-rechtlichen Verfügungsbefugnis (*BGH 14. April 2010 - IV ZR 135/08 - aaO; Zöller/Althammer ZPO 32. Aufl. § 62 Rn. 11*). Nicht ausreichend für die Annahme einer notwendigen Streitgenossenschaft aus materiell-rechtlichen Gründen iSv. § 62 Abs. 1 Alt. 2 ZPO ist hingegen, dass aus Gründen der Logik eine einheitliche Entscheidung notwendig oder angesichts der Folgeprobleme wünschenswert wäre (*BGH 4. April 2014 - V ZR 110/13 - Rn. 6; 14. April 2010 - IV ZR 135/08 - Rn. 18; 15. Juni 1959 - II ZR 44/58 - zu II 4 der Gründe, BGHZ 30, 195; vgl. auch BAG 22. August 2013 - 8 AZR 521/12 - Rn. 37*).

(b) Danach liegt im vorliegenden Fall keine Streitgenossenschaft aus materiell-rechtlichen Gründen iSv. § 62 Abs. 1 Alt. 2 ZPO vor. Der frühere Arbeitgeber und der neue Inhaber iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB sind gerade nicht lediglich gemeinschaftlich materiell-rechtlich verfügungsbefugt. Es gibt keine materiell-rechtliche Norm, die anordnet, dass über den Bestand eines Arbeitsverhältnisses bei mehreren alternativ in Betracht kommenden Arbeitgebern nur einheitlich entschieden werden kann. Insoweit ließe sich allenfalls feststellen, dass insbesondere im Fall eines streitigen Übergangs des Arbeitsverhältnisses infolge eines Betriebsübergangs aus Gründen der Logik eine einheitliche Entscheidung notwendig oder angesichts der - auch auf widersprechenden Entscheidungen beruhenden - Folgeprobleme wünschenswert wäre. Dies reicht jedoch für die Annahme einer notwendigen Streitgenossenschaft nach § 62 Abs. 1 Alt. 2 ZPO nicht aus.

(c) Entgegen ihrer Rechtsauffassung kann die Beklagte aus dem von ihr angezogenen Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 24. September 2015 (- 2 AZR 562/14 - Rn. 22, BAGE 152, 345) nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zwar hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts in den nichttragenden Gründen dieser Entscheidung die Annahme einer notwendigen Streitgenossenschaft iSv. § 62 ZPO - aus materiell-rechtlichen Gründen - zwischen verklagtem vermeintlichem Veräußerer und vermeintlichem neuen Inhaber iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB erwogen. Dies war allerdings untrennbar mit der Erwägung verknüpft, eine „Betriebsübergangs-Feststellungsklage“ für nach § 256 ZPO zulässig zu erachten. Dass eine - auch negative - Betriebsübergangs-Feststellungsklage unzulässig ist, weil sie nicht auf die Feststellung eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses iSv. § 256 Abs. 1 ZPO gerichtet ist, wurde indes bereits unter Rn. 25 ausgeführt. 40

(dd) Im Übrigen kommt einem formell rechtskräftigen (Teil-)Urteil gegen einzelne aus materiell-rechtlichen Gründen (§ 62 Abs. 1 Alt. 2 ZPO) notwendige Streitgenossen auch keine materielle Rechtskraftwirkung gegenüber den anderen notwendigen Streitgenossen zu (vgl. etwa BGH 4. April 2014 - VZR 110/13 - Rn. 11; 12. Januar 1996 - VZR 246/94 - zu II 4 c der Gründe, BGHZ 131, 376). 41

c) Entgegen der Auffassung der Beklagten hat der Kläger das Recht, den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten klageweise geltend zu machen, nicht nach den für eine Prozessverwirkung geltenden Grundsätzen verwirkt. 42

aa) Zwar kann die Befugnis, eine Klage zu erheben, verwirkt werden mit der Folge, dass eine dennoch angebrachte Klage unzulässig ist. Dies kommt jedoch nur unter besonderen Voraussetzungen in Betracht. Das Klagerecht kann ausnahmsweise verwirkt sein, wenn der Anspruchsteller die Klage erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums (*Zeitmoment*) erhebt und zusätzlich ein Vertrauenstatbestand beim Anspruchsgegner geschaffen worden ist, er werde gerichtlich nicht mehr belangt werden (*Umstandsmoment*). Hierbei muss das 43

Erfordernis des Vertrauensschutzes das Interesse des Berechtigten an der sachlichen Prüfung des von ihm behaupteten Anspruchs derart überwiegen, dass dem Gegner die Einlassung auf die nicht innerhalb angemessener Frist erhobene Klage nicht mehr zumutbar ist (*BAG 21. September 2017 - 2 AZR 57/17 - Rn. 29; 20. April 2011 - 4 AZR 368/09 - Rn. 23 mwN; 10. Oktober 2007 - 7 AZR 448/06 - Rn. 17*). Durch die Annahme einer prozessualen Verwirkung darf der Weg zu den Gerichten allerdings nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise erschwert werden. Dies ist im Zusammenhang mit den an das Zeit- und das Umstandsmoment zu stellenden Anforderungen zu berücksichtigen (*BAG 21. September 2017 - 2 AZR 57/17 - aaO; 20. April 2011 - 4 AZR 368/09 - aaO; 10. Oktober 2007 - 7 AZR 448/06 - aaO*).

bb) Im Streitfall liegen - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat - die Voraussetzungen der Prozessverwirkung nicht vor. Der Beklagten ist die Einlassung auf das Klagebegehren nicht unzumutbar. 44

(1) Der Kläger hat seine auf die Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses gerichtete Klage gegenüber der Beklagten bereits knapp vier Jahre nach dem (vermeintlichen) Betriebsübergang erhoben. Die Beklagte hat auch keine besonderen Umstände dargetan, auf Grund derer es ihr aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht zugemutet werden könnte, sich im Rahmen eines Rechtsstreits auf das Klagebegehren einzulassen und sich hiergegen zu verteidigen. Sie hat sich insoweit lediglich darauf berufen, sie habe vor dem Hintergrund, dass in zahlreichen arbeitsgerichtlichen Entscheidungen ein Betriebsübergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB von ihr auf die F angenommen worden sei, entsprechend disponiert und die Abwicklung und tatsächliche Handhabung des Betriebsführungsvertrags über mehrere Jahre nicht mehr im Einzelnen dokumentiert. Dies reicht jedoch für das zur Prozessverwirkung erforderliche Umstandsmoment nicht aus. Beweisschwierigkeiten, denen der Verpflichtete deshalb ausgesetzt ist, weil der Gläubiger seine Rechte erst nach längerer Zeit geltend macht, rechtfertigen den Einwand der Prozessverwirkung grundsätzlich nicht. Vielmehr muss der Verpflichtete die Beweismittel gerade im be- 45

rechtigten Vertrauen darauf, dass der Gläubiger seine Rechte nicht mehr geltend machen wird, nicht sichergestellt oder vernichtet haben (*vgl. BGH 18. Januar 2001 - VII ZR 416/99 - zu II 2 b der Gründe; 26. Mai 1992 - VI ZR 230/91 - zu II 1 b der Gründe*). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Der Umstand, dass ggf. in einer Vielzahl von arbeitsgerichtlichen Entscheidungen von einem Betriebsübergang von der Beklagten auf die F ausgegangen wurde, war von vornherein nicht geeignet, bei der Beklagten ein berechtigtes Vertrauen darauf zu begründen, dass der Kläger seine Rechte nicht mehr klageweise geltend machen würde. Im Gegenteil, der Beklagten musste vielmehr bereits aufgrund der Tatsache, dass andere Arbeitnehmer einen Betriebsübergang von ihr auf die F in Abrede gestellt und einen Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses mit ihr über den 31. März 2011 hinaus reklamiert hatten, die rechtliche Problematik ihres Vorgehens im Zusammenhang mit der „Vereinbarung über Lohnfertigung und Geschäftsbesorgungsvertrag über Betriebsführung“ bekannt sein. Sie musste deshalb damit rechnen, dass auch andere Arbeitnehmer - wie der Kläger - entsprechende Klagen erheben würden. Dies hätte die Beklagte veranlassen müssen, die zur Verteidigung gegen derartige Klagen vorhandenen Unterlagen und Beweismittel sicherzustellen und aufzubewahren. Wenn dies gleichwohl nicht geschehen ist, eröffnet dies der Beklagten nicht die Möglichkeit, sich auf das nur in besonderen Ausnahmefällen aus Gründen des Vertrauensschutzes anzuerkennende Rechtsinstitut der Prozessverwirkung zu berufen.

(2) Aus dem Umstand, dass der Kläger sich zunächst nur mit einer Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung der F vom 6. November 2014 zur Wehr gesetzt und von einer Klage gegen die Beklagte zunächst abgesehen hat, folgt nichts Abweichendes. Solange noch nicht abschließend geklärt war, ob es mit dem 1. April 2011 zu einem Betriebsübergang von der Beklagten auf die F gekommen war, musste der Kläger - auch um sich ein Widerspruchsrecht gegen einen etwaigen Übergang seines Arbeitsverhältnisses von der Beklagten auf die F zu erhalten und sich nicht dem Vorwurf einer unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) aufgrund einer Disposition über sein Arbeitsverhältnis auszusetzen (*vgl. hierzu BAG 24. August 2017 - 8 AZR 265/16 - Rn. 50; 26. Mai 2011*

46

- 8 AZR 18/10 - Rn. 32; 18. März 2010 - 8 AZR 840/08 - Rn. 35; 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 - Rn. 45) - zunächst innerhalb der Frist des § 4 Satz 1 KSchG die Kündigung der F angreifen. Im Übrigen hat sich der Kläger mit der Erhebung der Kündigungsschutzklage genau so verhalten, wie es die Beklagte nach den gesamten Umständen, insbesondere aufgrund ihres eigenen Unterrichtungsschreibens vom 1. März 2011 über einen Betriebsübergang auf die F erwarten musste. Dass der Kläger seit 2013 von der Liquidation der F wusste und im Jahr 2014 von den Interessenausgleichsverhandlungen und dem Tätigwerden der Einigungsstelle erfahren hat, ist insoweit ohne Belang. Ebenso wenig wirkt sich aus, dass der Kläger nahezu vier Jahre die Arbeitgeberstellung der F nicht angezweifelt und die Beklagte nicht als Arbeitgeber angesprochen hatte.

II. Die Klage mit dem Antrag zu 1. ist auch begründet. Das zwischen den Parteien begründete Arbeitsverhältnis besteht über den 31. März 2011 zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen zwischen den Parteien fort. Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten ist das Arbeitsverhältnis des Klägers - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat - nicht infolge eines Betriebsübergangs iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die F übergegangen. Der Begründetheit der Klage steht auch nicht die Regelung in § 613a Abs. 6 BGB entgegen. Letztlich hat der Kläger sein Recht, sich auf den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu berufen, auch nicht verwirkt. 47

1. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht infolge eines Betriebsübergangs iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zum 1. April 2011 auf die F übergegangen ist. Da die einschlägigen unionsrechtlichen Vorgaben durch die im Folgenden dargestellte und zitierte Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union geklärt sind, bedurfte es - anders als die Beklagte meint - auch keines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV. 48

a) Die Richtlinie 2001/23/EG soll nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union die Kontinuität der im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse unabhängig von einem Inhaberwechsel gewährleisten (vgl. etwa *EuGH 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 25 mwN*; so auch *BAG 23. März 2017 - 8 AZR 91/15 - Rn. 21 mwN, BAGE 159, 1*).

aa) Für die Anwendbarkeit der Richtlinie 2001/23/EG ist nach ihrem Art. 1 Abs. 1 Buchst. b deshalb entscheidend, dass der Übergang eine ihre Identität bewahrende (auf Dauer angelegte) wirtschaftliche Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit betrifft (vgl. etwa *EuGH 26. November 2015 - C-509/14 - [ADIF/Aira Pascual ua.] Rn. 31*; *9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 25*; *6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 30 mwN*). Um eine solche Einheit handelt es sich bei jeder hinreichend strukturierten und selbständigen Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigenem Zweck (*EuGH 19. Oktober 2017 - C-200/16 - [Securitas] Rn. 25*; *6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 31 f. mwN*; *6. September 2011 - C-108/10 - [Scattolon] Rn. 42 mwN, zur Vorgängerrichtlinie 77/187/EWG*; *29. Juli 2010 - C-151/09 - [UGT-FSP] Rn. 26*; *13. September 2007 - C-458/05 - [Jouini ua.] Rn. 31*; *26. September 2000 - C-175/99 - [Mayeur] Rn. 32 zur Vorgängerrichtlinie 77/187/EWG*). Darauf, ob es sich dabei um ein „Unternehmen“, einen „Betrieb“ oder einen „Unternehmens-“ oder „Betriebsteil“ - auch iSd. jeweiligen nationalen Rechts - handelt, kommt es nicht an (vgl. *EuGH 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 25*; *20. Januar 2011 - C-463/09 - [CLECE] Rn. 30*). Entscheidend ist nur, dass der Übergang eine wirtschaftliche Einheit im og. Sinn betrifft (vgl. auch *BAG 27. April 2017 - 8 AZR 859/15 - Rn. 30 f.*).

Zudem ist die Richtlinie 2001/23/EG nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nur in den Fällen anwendbar, in denen die für den Betrieb des Betriebs oder Unternehmens, dh. die für den Be-

trieb der wirtschaftlichen Einheit verantwortliche natürliche oder juristische Person, die in dieser Eigenschaft die Arbeitgeberverpflichtungen gegenüber den Beschäftigten eingeht, (im Rahmen vertraglicher Beziehungen) wechselt (ua. *EuGH 19. Oktober 2017 - C-200/16 - [Securitas] Rn. 23; 26. November 2015 - C-509/14 - [ADIF/Aira Pascual ua.] Rn. 28; 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 24 mwN; 6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 29 mwN*). Ein „Übergang“ iSd. Richtlinie 2001/23/EG erfordert eine Übernahme durch einen „neuen“ Arbeitgeber (*st. Rspr., ua. EuGH 6. April 2017 - C-336/15 - [Unionen] Rn. 18 mwN; 6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 30 mwN; 6. September 2011 - C-108/10 - [Scattolon] Rn. 60 mwN*).

Diese Rechtsprechung ist auch für das Verständnis der anzuwendenden Bestimmungen des nationalen Rechts, hier: § 613a BGB, maßgebend (*vgl. auch BAG 27. April 2017 - 8 AZR 859/15 - Rn. 31*).

52

bb) Ein Betriebs(teil-)übergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB setzt demnach nicht nur voraus, dass der Übergang eine auf Dauer angelegte, ihre Identität bewahrende wirtschaftliche Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit betrifft. Erforderlich für das Vorliegen eines Betriebs(teil-)übergangs iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB ist ferner, dass die für den Betrieb der wirtschaftlichen Einheit verantwortliche natürliche oder juristische Person, die in dieser Eigenschaft die Arbeitgeberverpflichtungen gegenüber den Beschäftigten eingeht, im Rahmen vertraglicher Beziehungen wechselt (*vgl. etwa BAG 27. April 2017 - 8 AZR 859/15 - Rn. 30 f.; 25. August 2016 - 8 AZR 53/15 - Rn. 25; 22. Januar 2015 - 8 AZR 139/14 - Rn. 13 mwN*).

53

b) Es kann vorliegend dahinstehen, ob der gesamte Betrieb der Beklagten in O oder schon die „Produktion“ für sich betrachtet eine wirtschaftliche Einheit iSd. Richtlinie 2001/23/EG und damit iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB darstellt. Jedenfalls ist die wirtschaftliche Einheit, in deren Rahmen das Arbeitsverhältnis des Klägers bestand, nicht zum 1. April 2011 von der Beklagten auf die F übergegangen. Es fehlt an einem Wechsel in der Person des für den Betrieb der wirtschaftlichen Einheit Verantwortlichen.

54



aa) Zwar hat die Beklagte der F entsprechend der „Vereinbarung über Lohnfertigung und Geschäftsbesorgungsvertrag über Betriebsführung“ von März 2011 ab dem 1. April 2011 die für die Herstellung und Bearbeitung der W-Produkte erforderlichen Betriebsmittel zur Verfügung gestellt. Auch wurden über den 31. März 2011 hinaus in den der F zur Nutzung überlassenen Betriebsräumlichkeiten der Beklagten weiterhin W-Produkte hergestellt und bearbeitet. Gegen einen Betriebs(teil-)übergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB spricht insoweit nicht, dass die vorgenannten Betriebsmittel im Eigentum der Beklagten verblieben sind. Für die Anwendung der Richtlinie 2001/23/EG und damit auch für die Anwendung von § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB kommt es nicht darauf an, dass der Erwerber das Eigentum an den erforderlichen Aktiva, insbesondere Vermögensgegenständen, erwirbt bzw. dass dieses überhaupt übertragen wird (*EuGH 15. Dezember 2005 - C-232/04 und C-233/04 - [Güney-Görres] Rn. 37; 20. November 2003 - C-340/01 - [Abler] Rn. 41; 2. Dezember 1999 - C-234/98 - [Allen ua.] Rn. 16 und 30*). Maßgeblich ist vielmehr die tatsächliche Verfügungsbefugnis. 55

bb) Die F hat allerdings nicht die Verantwortlichkeit für den Betrieb der in Rede stehenden wirtschaftlichen Einheit übernommen. 56

(1) Verantwortlich für den Betrieb einer wirtschaftlichen Einheit ist die Person, die die wirtschaftliche Einheit im eigenen Namen führt und nach außen als deren Inhaber auftritt. Der bisherige Inhaber muss seine wirtschaftliche Betätigung in dem Betrieb oder Betriebsteil einstellen (*vgl. BAG 10. Mai 2012 - 8 AZR 434/11 - Rn. 27; 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - zu B I 1 c aa der Gründe mwN*). Danach reicht es nicht aus, lediglich im Verhältnis zur Belegschaft als Inhaber aufzutreten. Erforderlich ist vielmehr die Nutzung der wirtschaftlichen Einheit nach außen (*vgl. BAG 10. Mai 2012 - 8 AZR 434/11 - aaO; 31. Januar 2008 - 8 AZR 2/07 - Rn. 28*). Diese Auslegung von § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB entspricht der Auslegung von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 durch den Gerichtshof der Europäischen Union, wonach der Zeitpunkt des Übergangs im Sinne dieser Bestimmung dem Zeitpunkt entspricht, zu dem die Inhaberschaft, mit der die Verantwortung für den Betrieb 57

der übertragenen Einheit verbunden ist, vom Veräußerer auf den Erwerber übergeht und dieser den Betrieb fortführt (*EuGH 26. Mai 2005 - C-478/03 - [CELTEC] Rn. 44*).

(2) Danach hat die F zu keinem Zeitpunkt die Verantwortung für den Betrieb der in Rede stehenden wirtschaftlichen Einheit übernommen, vielmehr ist diese Verantwortung über den 31. März 2011 bei der Beklagten verblieben. Die Beklagte hat ihre wirtschaftliche Betätigung in der in Rede stehenden wirtschaftlichen Einheit nicht eingestellt.

58

Dies ergibt sich aus der „Vereinbarung über Lohnfertigung und Geschäftsbesorgungsvertrag über Betriebsführung“ aus März 2011. Zwar heißt es in § 1 Abs. 1 Satz 1 der Vereinbarung, dass die I W (die spätere F) die komplette Produktion der W-Produkte an allen drei inländischen Standorten ab dem 1. April 2011 in „Lohnfertigung“ weiterführt; auch waren die Beklagte und die F in § 6 Abs. 1 der Vereinbarung übereingekommen, dass die F ab dem 1. April 2011 die Betriebsführung des gesamten Geschäftsbetriebs an allen drei inländischen Standorten übernimmt. Diese Abreden bewirkten jedoch nicht die Übertragung der Verantwortung für den Betrieb der wirtschaftlichen Einheit von der Beklagten auf die F. Zum einen hatten die Beklagte und die F in § 6 Abs. 1 der Vereinbarung ausdrücklich geregelt, dass die F die Betriebsführung „für W“ und nicht „an deren Stelle“ übernimmt, was nichts anderes bedeutet, als dass die F nicht im eigenen, sondern im Namen der Beklagten nach außen in Erscheinung treten sollte; zum anderen hatten die Beklagte und die F in § 7 Abs. 1 der Vereinbarung nochmals ausdrücklich bestätigt, dass die F bei ihrer Tätigkeit gemäß § 6, sofern diese im Zusammenhang mit der Lohnfertigung und der Herstellung der W-Produkte ausgeführt wird, für welche die Beklagte die Patentrechte und das Know-How besitzt, ausschließlich im Namen der Beklagten handelt. Insoweit hatte die Beklagte der F in § 7 Abs. 2 der Vereinbarung Generalhandlungsvollmacht zur Vertretung von W bei allen Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen eingeräumt, bei denen eine Stellvertretung gestattet ist und die der Betrieb des Gewerbes der Beklagten mit sich bringt. Auch diese Regelung bestätigt, dass die F nicht im eigenen Namen nach außen auftreten sollte, son-

59

dem dass aus Rechtsgeschäften der F ausschließlich die Beklagte berechtigt und verpflichtet sein sollte. Nach den vertraglichen Vereinbarungen sollte die F demnach nur wie ein leitender Angestellter bzw. Generalbevollmächtigter für die Beklagte tätig werden und damit gerade nicht die Verantwortung für den Betrieb der in Rede stehenden wirtschaftlichen Einheit nach außen übernehmen. Diese sollte bei der Beklagten verbleiben, die weiterhin als Inhaber der wirtschaftlichen Einheit nach außen hin auftreten wollte.

Etwas anderes folgt weder daraus, dass die F gegenüber den Arbeitnehmern sowie gegenüber verschiedenen Behörden (zB der Agentur für Arbeit und dem Finanzamt) - soweit es um die Arbeitsverhältnisse ging - tatsächlich im eigenen Namen aufgetreten ist, noch aus der in § 6 Abs. 2 der Vereinbarung getroffenen Regelung. Zwar sollte danach die Geschäftsbesorgung und die Betriebsführung durch die F mit eigenen, auf sie gemäß § 613a BGB übergegangenen Arbeitnehmern erfolgen. Diese Regelung unterstreicht aber nur, dass die Beklagte und die F nicht von einer Personalgestellung, sondern von einem Betriebsübergang ausgingen. Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch, dass die F gegenüber den Arbeitnehmern und verschiedenen Behörden (zB der Agentur für Arbeit, dem Finanzamt), soweit es um die Arbeitsverhältnisse ging, im eigenen Namen aufgetreten ist. Mit ihrer Rüge, das Landesarbeitsgericht habe sich mit ihrem Vorbringen nicht auseinandergesetzt, wonach die F zudem gegenüber Leiharbeitsunternehmen, der Industrie- und Handelskammer, der Finanzverwaltung, dem Wirtschaftsprüfer, dem Steuerberater ua. im eigenen Namen aufgetreten sei und Verträge geschlossen habe, dringt die Beklagte schon deshalb nicht durch, weil ihr Vorbringen aus den in Bezug genommenen Schriftsätzen vom 3. Juni 2015 und 27. November 2015 nicht erkennen lässt, wann, mit welchem Inhalt und vor welchem Hintergrund wem gegenüber Erklärungen abgegeben und wann, mit welchem Inhalt und mit wem welche Verträge geschlossen wurden.

60

Anhaltspunkte für eine von der „Vereinbarung über Lohnfertigung und Geschäftsbesorgungsvertrag über Betriebsführung“ abweichende Vertragspraxis bestehen nicht. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellun-

61

gen des Landesarbeitsgerichts hat die F ab dem 1. April 2011 jedenfalls Verträge mit Kunden und Lieferanten nicht im eigenen, sondern im Namen der Beklagten geschlossen. Der Marktauftritt zum Vertrieb der W-Produkte erfolgte weiterhin über die Internetseite der Beklagten und bei der E-Mail-Kommunikation nach außen versah das EDV-System die E-Mails der Mitarbeiter automatisch mit einer Signatur der Beklagten.

2. Dem Begehren des Klägers steht ferner nicht die Regelung in § 613a Abs. 6 BGB entgegen. Anders als die Beklagte meint, war der Kläger auch nach Ablauf der einmonatigen Frist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nach Zugang des Unterrichtungsschreibens der Beklagten und der F vom 1. März 2011 nicht daran gehindert, sich auf den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu berufen. § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB ist im vorliegenden Fall weder unmittelbar noch analog anwendbar. 62

a) § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB, wonach der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach Abs. 5 schriftlich widersprechen kann, ist vorliegend nicht unmittelbar anwendbar. § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB knüpft an die in § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB getroffene Bestimmung an, wonach der neue Inhaber im Fall eines Betriebs- oder Betriebsteilübergangs in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen eintritt und setzt damit voraus, dass es zu einem Betriebs- oder Betriebsteilübergang gekommen ist. Dass ein Betriebs(teil-)übergang von der Beklagten auf die F nicht stattgefunden hat, wurde unter Rn. 48 ff. ausgeführt. 63

b) § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB ist aber auch nicht analog in den Fällen anwendbar, in denen - wie hier - der vermeintliche Veräußerer und/oder der vermeintliche neue Inhaber den Arbeitnehmer über einen rechtsirrig angenommenen Betriebsübergang unterrichtet haben. Darauf, ob der Irrtum vermeidbar war, kommt es entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten nicht an. 64

aa) Eine Analogie ist nur zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält. Die Lücke muss sich demnach aus dem unbeabsichtigten 65

Abweichen des Gesetzgebers von seinem dem konkreten Gesetzgebungsverfahren zugrunde liegenden Regelungsplan ergeben. Dabei muss die Planwidrigkeit aufgrund konkreter Umstände positiv festgestellt werden können. Andernfalls könnte jedes Schweigen des Gesetzgebers als planwidrige Lücke aufgefasst und diese im Wege der Analogie von den Gerichten ausgefüllt werden. Darüber hinaus muss der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem vom Gesetzgeber geregelten Tatbestand vergleichbar sein, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie beim Erlass der herangezogenen Norm, zum gleichen Abwägungsergebnis gekommen (vgl. etwa BGH 18. Oktober 2017 - IV ZR 97/15 - Rn. 22; 17. Oktober 2017 - VI ZR 477/16 - Rn. 19 mwN; 4. Dezember 2014 - III ZR 61/14 - Rn. 9 mwN; vgl. etwa BAG 12. Juli 2016 - 9 AZR 352/15 - Rn. 19; 24. September 2015 - 6 AZR 511/14 - Rn. 26 mwN; 23. Juli 2015 - 6 AZR 490/14 - Rn. 34, BAGE 152, 147). Der gesetzlich unregelte Fall muss demnach nach Maßgabe des Gleichheitssatzes und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nach der gleichen Rechtsfolge verlangen wie die gesetzessprachlich erfassten Fälle (vgl. etwa BAG 12. Juli 2016 - 9 AZR 352/15 - aaO; 24. September 2015 - 6 AZR 511/14 - aaO; 23. Juli 2015 - 6 AZR 490/14 - aaO).

bb) Daran gemessen kommt eine analoge Anwendung von § 613a Abs. 6 BGB auf Fälle, in denen eine Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB erfolgt ist, weil der (bisherige) Arbeitgeber und/oder ein vermeintlicher Übernehmer rechtsirrig einen Betriebsübergang annehmen, nicht in Betracht. Insoweit fehlt es bereits an der erforderlichen, positiv festzustellenden planwidrigen Regelungslücke. Aus Sinn und Zweck der in § 613a BGB getroffenen Bestimmungen und der inneren Systematik von § 613a BGB ergibt sich vielmehr, dass der Gesetzgeber nur die Fälle regeln wollte, in denen ein Betriebs(teil-)übergang tatsächlich stattfindet. Darüber hinaus fehlt es an der hinreichenden Vergleichbarkeit des hier zu beurteilenden Sachverhalts mit dem vom Gesetzgeber geregelten Tatbestand.

66

(1) Mit der Regelung in § 613a BGB ging es dem Gesetzgeber darum, die auch unionsrechtlich gebotene Gewährleistung der Rechte der Arbeitnehmer bei einem Inhaberwechsel sicherzustellen (*vgl. den dritten Erwägungsgrund der Richtlinie 23/2001/EG sowie zB EuGH 29. Juli 2010 - C-151/09 - [UGT-FSP] Rn. 22 mwN*). Gibt es einen solchen Inhaberwechsel nicht, bedarf es des durch § 613a Abs. 1 und Abs. 2 BGB vermittelten Schutzes nicht. Die Rechte der Arbeitnehmer bleiben vielmehr im Rahmen des unverändert fortbestehenden Arbeitsverhältnisses mit ihrem Arbeitgeber gewahrt. 67

(2) Ebenso von Bedeutung ist, dass das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB den grundrechtlichen Wertungen des Art. 12 Abs. 1 GG Rechnung trägt, der dem Arbeitnehmer die freie Wahl des Arbeitsplatzes und damit auch die freie Wahl des Vertragspartners garantiert. Der Arbeitnehmer soll nicht verpflichtet werden, für einen Arbeitgeber zu arbeiten, den er nicht frei gewählt hat (*BT-Drs. 14/7760 S. 20 unter Hinweis auf BAG 22. April 1993 - 2 AZR 50/92 -; vgl. auch BAG 19. November 2015 - 8 AZR 773/14 - Rn. 17, BAGE 153, 296; 24. April 2014 - 8 AZR 369/13 - Rn. 18, BAGE 148, 90; zu den Wertungen von Art. 15 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC), wonach jede Person das Recht hat, zu arbeiten und einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben, mithin auch bei der Wahl des Arbeitgebers frei sein muss und nicht verpflichtet werden kann, für einen Arbeitgeber zu arbeiten, der nicht frei gewählt wurde vgl. etwa EuGH 16. Dezember 1992 - C-132/91, C-138/91 und C-139/91 - [Katsikas ua.] Rn. 32*). Findet hingegen kein Betriebsübergang statt, stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer verpflichtet wird, für einen Arbeitgeber zu arbeiten, den er nicht frei gewählt hat, von vornherein nicht. 68

(3) Bereits diese Umstände sprechen dafür, dass der Gesetzgeber mit den in § 613a BGB getroffenen Bestimmungen von vornherein nur die Fälle erfassen und regeln wollte, in denen tatsächlich ein Betriebs(teil-)übergang vom „bisherigen Arbeitgeber“ auf den „neuen Inhaber“ stattfindet. Eine analoge Anwendung von § 613a Abs. 6 BGB auf Fälle, in denen eine Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB erfolgt ist, weil der (bisherige) Arbeitgeber und ein vermeint- 69

licher Übernehmer rechtsirrig einen Betriebsübergang annehmen, liefe im Übrigen dem Schutzzweck von § 613a BGB zuwider. Liegt kein Betriebsübergang vor, tritt die Rechtsfolge des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB nicht ein. Das Arbeitsverhältnis geht nicht auf einen „neuen Arbeitgeber“ über. Für den Arbeitnehmer bestünde in einem solchen Fall bei analoger Anwendung von § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB die Gefahr, infolge eines nicht rechtzeitigen Widerspruchs ohne Arbeitsverhältnis dazustehen. Die Annahme, dass diese Folge Bestandteil des ursprünglichen Regelungsplans des Gesetzgebers war, ist indes fernliegend.

(4) Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten erfordert auch der Zweck der Frist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB keine andere Bewertung. Zwar hat der Gesetzgeber mit der Monatsfrist dem Bedürfnis von bisherigem Arbeitgeber und neuem Inhaber nach Planungssicherheit Rechnung getragen. Letztere sollen durch eine ordnungsgemäße Unterrichtung innerhalb einer kurzen Zeit eine rechtssichere Zuordnung der Arbeitsverhältnisse herbeiführen können (*vgl. BT-Drs. 14/7760 S. 19; BAG 19. November 2015 - 8 AZR 773/14 - Rn. 29, BAGE 153, 296*). Liegt jedoch kein Betriebsübergang vor, besteht auf Seiten des Arbeitgebers und des vermeintlichen neuen Inhabers kein schutzwürdiges Interesse an der Gewährleistung einer Planungssicherheit. Dies gilt auch, wenn der Arbeitgeber und/oder der vermeintliche neue Inhaber über einen aus ihrer Sicht vorliegenden Betriebsübergang unterrichtet und sich dabei in einem entschuldbaren Irrtum befunden haben. Auch in einem solchen Fall geht das Risiko der Einschätzung, ob ein Betriebs(teil-)übergang vorliegt oder nicht, nicht auf den Arbeitnehmer über. 70

3. Entgegen der Ansicht der Beklagten hatte der Kläger sein Recht, sich auf den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu berufen, auch nicht verwirkt. 71

a) Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB). Mit ihr wird die illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten ausgeschlossen. Sie beruht auf dem Gedanken des Vertrauensschutzes und trägt dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit Rechnung. Die 72

Verwirkung verfolgt allerdings nicht den Zweck, den Schuldner bereits dann von seiner Verpflichtung zu befreien, wenn dessen Gläubiger seine Rechte längere Zeit nicht geltend gemacht hat (*Zeitmoment*). Der Berechtigte muss vielmehr unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erweckten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle, sodass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (*Umstandsmoment*). Hierbei muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf Seiten des Verpflichteten das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist (*vgl. BAG 24. August 2017 - 8 AZR 265/16 - Rn. 18; 17. Oktober 2013 - 8 AZR 974/12 - Rn. 26*).

aa) Zeitmoment und Umstandsmoment beeinflussen sich wechselseitig; beide Elemente sind - bildhaft ausgedrückt - im Sinne „kommunizierender Röhren“ miteinander verbunden (*vgl. BAG 24. August 2017 - 8 AZR 265/16 - Rn. 19; 22. Juni 2011 - 8 AZR 752/09 - Rn. 30*). Je stärker das gesetzte Vertrauen oder die Umstände sind, die eine Geltendmachung für den Gegner unzumutbar machen, desto schneller kann ein Anspruch oder Recht verwirken (*BAG 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - Rn. 27*). Umgekehrt gilt, je länger der Arbeitnehmer untätig geblieben ist, desto geringer sind die Anforderungen an das Umstandsmoment. Es müssen letztlich besondere Verhaltensweisen sowohl des Berechtigten als auch des Verpflichteten vorliegen, die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen (*vgl. BAG 17. Oktober 2013 - 8 AZR 974/12 - Rn. 27 mwN*).

73

bb) Die Beurteilung der Frage, ob ein Recht verwirkt ist, obliegt grundsätzlich den Tatsachengerichten, die den ihnen zur Begründung des Verwirkungseinwands vorgetragenen Sachverhalt eigenverantwortlich zu würdigen haben. Allerdings unterliegt der revisionsrechtlichen Überprüfung, 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 (*vgl. BAG 17. Oktober 2013 - 8 AZR 974/12 -*

74



Rn. 28; 11. November 2010 - 8 AZR 185/09 - Rn. 25; 20. Mai 2010 - 8 AZR 734/08 - Rn. 24).

b) Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe sein Recht, sich auf den unveränderten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten über den 31. März 2011 hinaus zu berufen, nicht verwirkt, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 75

aa) Dabei kann dahinstehen, ob das Recht, sich auf den Bestand eines Arbeitsverhältnisses zu berufen, überhaupt verwirkt werden kann (*bejahend* BAG 30. Januar 1991 - 7 AZR 497/89 - zu I 2 der Gründe, BAGE 67, 124; *offengelassen von* BAG 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 30; 10. Oktober 2007 - 7 AZR 448/06 - Rn. 25; 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 47; *zweifelnd* BAG 18. Februar 2003 - 3 AZR 160/02 - zu B II 2 a der Gründe, BAGE 105, 59). Das Landesarbeitsgericht hat jedenfalls die von der Rechtsprechung entwickelten rechtlichen Voraussetzungen der Verwirkung beachtet und ist unter Berücksichtigung aller erheblichen Gesichtspunkte zu der revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Annahme gelangt, der Kläger habe davon ausgehen dürfen, von der Beklagten und der F zutreffend über einen Betriebsübergang unterrichtet worden zu sein, ohne dass ihn die Verpflichtung getroffen habe, das Unterrichtungsschreiben auf seine Richtigkeit hin zu überprüfen oder gar die Beklagte auf eine möglicherweise fehlerhafte Rechtsauffassung hinzuweisen. Vor diesem Hintergrund stelle sich das gesamte Verhalten des Klägers ab dem Zeitpunkt des angeblichen Betriebsübergangs lediglich als ein Verhalten in Vollziehung der Rechtsfolgen dar, die ihm mit dem Unterrichtungsschreiben bekannt gemacht worden waren, so dass er schon nicht unter Umständen untätig geblieben sei, die den Eindruck erweckten, dass er sein Recht nicht mehr geltend machen wolle. 76

bb) Hiergegen kann die Beklagte nicht mit Erfolg einwenden, das Landesarbeitsgericht habe bei seiner Beurteilung den Umstand außer Acht gelassen, dass der Kläger sich zunächst nur mit einer Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung der F vom 6. November 2014 zur Wehr gesetzt und von einer Klage 77

gegen die Beklagte zunächst abgesehen hat. Der Kläger hat mit der Kündigungsschutzklage nicht zu erkennen gegeben, an einem Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten nicht mehr interessiert zu sein. Eine Klageerhebung gegenüber der F innerhalb der Frist des § 4 Satz 1 KSchG war vielmehr schon deshalb geboten, um ein Wirksamwerden der Kündigung der F nach § 7 KSchG zu verhindern. Solange noch nicht abschließend geklärt war, ob es mit dem 1. April 2011 zu einem Betriebsübergang von der Beklagten auf die F gekommen war, musste der Kläger - auch um sich für den Fall eines Betriebsübergangs ein Widerspruchsrecht gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses von der Beklagten auf die F zu erhalten und sich nicht dem Vorwurf einer unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) aufgrund einer Disposition über sein Arbeitsverhältnis auszusetzen (vgl. hierzu BAG 24. August 2017 - 8 AZR 265/16 - Rn. 50; 26. Mai 2011 - 8 AZR 18/10 - Rn. 32; 18. März 2010 - 8 AZR 840/08 - Rn. 35; 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 - Rn. 45) - zunächst die Kündigung der F vom 6. November 2014 angreifen. Im Übrigen gilt auch hier, dass sich der Kläger mit der Erhebung der Kündigungsschutzklage genau so verhalten hat, wie es die Beklagte nach den gesamten Umständen, insbesondere aufgrund ihres eigenen Unterrichtungsschreibens vom 1. März 2011 über einen Betriebsübergang auf die F erwarten musste. Dass der Kläger seit 2013 von der Liquidation der F wusste und im Jahr 2014 von den Interessenausgleichsverhandlungen und dem Tätigwerden der Einigungsstelle erfahren hat, ist insoweit ebenso wie der Umstand, dass er nahezu vier Jahre die Arbeitgeberstellung der F nicht angezweifelt und die Beklagte nicht als Arbeitgeber angesprochen hatte, ohne Belang.

cc) Die Beklagte kann schließlich auch aus dem von ihr angezogenen Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 22. Juni 2011 (- 8 AZR 204/10 -) nichts zu ihren Gunsten ableiten. Dies folgt bereits daraus, dass das Bundesarbeitsgericht in dieser Entscheidung nicht zu prüfen hatte, ob das Recht, sich auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zum Arbeitgeber zu berufen, verwirkt war, sondern es darum ging zu beurteilen, ob das Zeit- und das Umstandsmoment für

78

die Annahme der Verwirkung des Widerspruchsrechts des Arbeitnehmers nach § 613a Abs. 6 BGB vorlagen.

B. Soweit die Beklagte mit der Revision ihre Verurteilung zur Weiterbeschäftigung des Klägers angreift, ist eine Entscheidung des Senats nicht veranlasst. Der Klageantrag zu 2. ist dem Senat nicht zur Entscheidung angefallen, da die Beklagte nur zur Weiterbeschäftigung des Klägers bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits verurteilt wurde.

79

Schlewing

Vogelsang

Roloff

R. Kandler

Bloesinger