Bundesarbeitsgericht Achter Senat	Urteil vom 25. Januar 2018 - 8 AZR 338/16 - ECLI:DE:BAG:2018:250118.U.8AZR338.16.0
I. Arbeitsgericht Berlin	Urteil vom 18. November 2015 - 39 Ca 8638/15 -
II. Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg	Urteil vom 11. Mai 2016 - 15 Sa 108/16 -

---

Entscheidungsstichworte:

Betriebsübergang - negative Feststellungsklage - materielle Rechtskraftwirkung - Betriebsführungsvertrag - Lohnfertigung - Widerspruch gegen den (vermeintlichen) Übergang des Arbeitsverhältnisses - Verwirkung

Hinweis des Senats:

Teilweise Parallelentscheidung zu führender Sache - 8 AZR 309/16 -

BUNDESARBEITSGERICHT

8 AZR 338/16
15 Sa 108/16
Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
25. Januar 2018

URTEIL

Wirth, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagter, 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 Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 11. Mai 2016 - 15 Sa 108/16 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob das zwischen ihnen begründete Arbeitsverhältnis über den 31. März 2011 hinaus zwischen ihnen fortbesteht, und in diesem Zusammenhang darüber, ob das Arbeitsverhältnis zum 1. April 2011 infolge eines Betriebsübergangs auf die I W GmbH + Co. KG, die später unter F H-K GmbH + Co. KG firmierte (im Folgenden F), übergegangen ist. 1

Der Beklagte war seit 1980 bei der Klägerin in deren Betrieb in B, in dem zuletzt Fassaden- und Balkonprofile produziert wurden, als Elektriker beschäftigt. Weitere Betriebe unterhielt die Klägerin in N und O. Der Beklagte war Vorsitzender des B Betriebsrats und Mitglied des Gesamtbetriebsrats. 2

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

> „Die W GmbH + Co. KG soll in Zukunft nur noch die Immobilien halten und verwalten sowie das Anlagevermögen, die Lizenzrechte sowie die sonstigen Vermögensgegenstände der Gesellschaft.
>
> Der Betrieb der Gesellschaft soll zukünftig - im Wesentlichen unverändert - durch eine neu gegründete Schwestergesellschaft 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 Klägerin und der bei ihr gebildete 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. 4

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

„**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 lnrechnungstellung 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 übergegangen 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 Herstellung 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 Auftragseingang 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 Klägerin und die F die Arbeitnehmer der Klägerin darüber, dass ihre Arbeitsverhältnisse zum 1. April 2011 gemäß § 613a BGB von der Klägerin auf die F übergehen würden. 6

Nahezu alle Arbeitnehmer - so auch der Beklagte - widersprachen dem von der Klägerin 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 Klägerin. Der Marktauftritt zum Vertrieb der W-Produkte erfolgte weiterhin über die Internetseite der Klägerin. Gegenüber den Arbeitnehmern sowie gegenüber 7

verschiedenen Behörden (zB der Agentur für Arbeit und dem Finanzamt) trat die F hingegen im eigenen Namen auf. Unter dem 16. August 2011 beantragten die F und der Betriebsrat des Betriebs in B bei den zuständigen Tarifvertragsparteien eine Abweichung vom ausgehandelten Tarifergebnis. Vom 1. Oktober 2011 bis zum 30. September 2012 wurde im Betrieb in B Kurzarbeit geleistet.

Am 12. November 2012 schlossen die F und der Betriebsrat des Betriebs in B einen Interessenausgleich, der vorsah, dass für die Zeit bis zum 31. Dezember 2014 Arbeitnehmer des Betriebs während produktionsfreier Zeiten befristet an anderen Standorten eingesetzt werden konnten. Ein weiterer Antrag der F auf Bewilligung von Kurzarbeitergeld wurde durch die Bundesagentur für Arbeit zurückgewiesen. Soweit die F anschließend Änderungskündigungen gegenüber Arbeitnehmern des Betriebs in B aussprach, obsiegten die dagegen klagenden Arbeitnehmer mit ihren Änderungsschutzklagen. 8

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. 9

Am 17. Juli 2013 schlossen die Klägerin 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 Klägerin berechtigt, auch andere Unternehmen mit der Lohnfertigung zu beauftragen. 10

Am 23. Januar 2014 schlossen die F und der B Betriebsrat wegen der beabsichtigten Betriebsstilllegung einen Interessenausgleich und Sozialplan, der im Wesentlichen Qualifizierungs- und Umschulungsmaßnahmen, jedoch keine Abfindungen vorsah. Mit Schreiben vom 26. März 2014 kündigte die F das Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten zum 31. Oktober 2014 wegen der Stilllegung des B Betriebs zum 30. September 2014. Die hiergegen gerichtete Kündigungsschutzklage des Beklagten wurde durch Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 14. April 2015 *(- 11 Sa 2297/14 -)* rechtskräftig abgewiesen. 11

Mit Schreiben vom 8. Juni 2015 forderte der Beklagte die Klägerin auf, verbindlich anzuerkennen, dass zwischen ihnen über den 31. März 2011 hinaus ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis besteht. 12

Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage die Feststellung, dass zwischen den Parteien über den 31. März 2011 hinaus ein Arbeitsverhältnis nicht bestanden hat und nicht besteht. Sie hat die Auffassung vertreten, die rechtskräftige Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 14. April 2015 über die Beendigungskündigung sei präjudiziell. Im Übrigen sei das Arbeitsverhältnis des Beklagten zum 1. April 2011 im Wege eines Betriebsübergangs auf die F übergegangen. Jedenfalls seien etwaige Ansprüche des Beklagten ihr gegenüber verwirkt. 13

Die Klägerin hat zuletzt beantragt 14

> festzustellen, dass zwischen den Parteien nach dem 31. März 2011 ein Arbeitsverhältnis nicht bestanden hat und nicht besteht.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat die Auffassung vertreten, ein Betriebsübergang von der Klägerin auf die F habe nicht stattgefunden. Diese sei nach außen nicht als Vollrechtsinhaberin aufgetreten. Außerdem habe die wirtschaftliche Einheit ihre Identität nicht gewahrt. Die Klägerin könne sich schon deshalb nicht auf Verwirkung berufen, weil ihm die „Vereinbarung über Lohnfertigung und Geschäftsbesorgungsvertrag über Betriebsführung“ aus März 2011 nicht bekannt gewesen sei. Das in dem gegen die F geführten Kündigungsschutzprozess ergangene Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 14. April 2015 sei nicht präjudiziell, da es allenfalls die Parteien dieses Prozesses binde. 15

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Beklagten das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision. 16

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Klägerin ist unbegründet. Das angefochtene Urteil unterliegt nicht bereits deshalb der Aufhebung, weil die erkennende Kammer des Landesarbeitsgerichts der Klägerin nicht die Möglichkeit eingeräumt hätte, sich im Rahmen der mündlichen Verhandlung mit tatsächlichen und rechtlichen Argumenten zu behaupten. Im Übrigen hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts auf die Berufung des Beklagten zu Recht abgeändert und die Klage abgewiesen. Die zulässige Klage ist unbegründet. 17

A. Entgegen der Auffassung der Revision unterliegt das Berufungsurteil nicht bereits deshalb der Aufhebung nach § 562 ZPO, weil die erkennende Berufungskammer der Klägerin nicht die Möglichkeit eingeräumt hätte, sich im Rahmen der mündlichen Verhandlung in einer den Anforderungen des Art. 103 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3, Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK, §§ 128, 139 ZPO entsprechenden Weise mit tatsächlichen und rechtlichen Argumenten zu behaupten. Die Rüge der Klägerin, die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts sei bereits vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung getroffen gewesen, das angefochtene Urteil sei überdies schon fertig abgesetzt gewesen und habe postfertig in der Akte gelegen, greift nicht durch. Die dahingehende Annahme der Klägerin basiert auf reinen Vermutungen. Allein der Umstand, dass das angefochtene Urteil noch am Tag der Sitzung, die am Vormittag des 11. Mai 2016 stattgefunden hat, zur Post gegeben wurde, lässt keinen Rückschluss darauf zu, dass das Urteil bereits vor der Sitzung getroffen war. 18

B. Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts auf die Berufung des Beklagten zu Recht abgeändert und die Klage abgewiesen. Die Klage ist zwar zulässig, aber unbegründet. 19

I. Die von der Klägerin erhobene negative Feststellungsklage ist zulässig. Die Klage ist auf die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses iSv. § 256 Abs. 1 ZPO, nämlich des Nichtbestehens eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien gerichtet. Für die begehrte Feststellung besteht auch das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse, da sich 20

der Beklagte der Klägerin gegenüber auf den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses zwischen ihnen berufen hat.

II. Die Klage ist unbegründet. Das zwischen den Parteien begründete Arbeitsverhältnis besteht über den 31. März 2011 hinaus zwischen diesen fort. Das Landesarbeitsgericht hat nicht nur zutreffend angenommen, dass das rechtskräftige Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 14. April 2015 *(- 11 Sa 2297/14 -)*, mit dem die gegen die F gerichtete Kündigungsschutzklage des Beklagten abgewiesen wurde, im vorliegenden Rechtsstreit keine präjudizielle Wirkung entfaltet. Auch seine Würdigung, dass das Arbeitsverhältnis des Beklagten nicht infolge eines Betriebsübergangs iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die F übergegangen ist und dass der Beklagte sein Recht, sich auf den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin zu berufen, nicht verwirkt hat, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Aus der Regelung in § 613a Abs. 6 BGB folgt nichts Abweichendes. 21

1. Entgegen der Rechtsauffassung der Klägerin entfaltet das rechtskräftige Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 14. April 2015 *(- 11 Sa 2297/14 -)*, mit dem die gegen die F gerichtete Kündigungsschutzklage des Beklagten abgewiesen wurde, im vorliegenden Rechtsstreit keine präjudizielle Wirkung. 22

a) Zwar bewirkt die Rechtskraft eines Urteils, dass über das Bestehen oder Nichtbestehen der aus dem vorgetragenen Sachverhalt im Urteil hergeleiteten Rechtsfolge eine nochmalige Verhandlung und Entscheidung unzulässig ist, die erkannte Rechtsfolge also unangreifbar ist. Dies gilt nicht nur dann, wenn in einem nachfolgenden Prozess über den gleichen prozessualen Anspruch gestritten wird, sondern auch dann, wenn es sich zwar um einen anderen Anspruch handelt, für diesen aber die bereits rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge vorgreiflich ist. Hat das Gericht im Zweitprozess den Streitgegenstand des rechtskräftig entschiedenen Vorprozesses als Vorfrage erneut zu prüfen, hat es den Inhalt der rechtskräftigen Entscheidung seinem Urteil zugrunde zu legen. Das Gericht muss die präjudizielle Wirkung der Vorentscheidung ohne erneute sachliche Prüfung beachten *(BAG 23. März 2017 - 8 AZR* 23

91/15 - Rn. 14, BAGE 159, 1). Die Bindungswirkung einer rechtskräftigen Entscheidung tritt allerdings grundsätzlich nur zwischen den Prozessparteien zueinander ein.

b) Danach hat das rechtskräftige Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 14. April 2015 *(- 11 Sa 2297/14 -)*, mit dem die gegen die F gerichtete Kündigungsschutzklage des Beklagten abgewiesen wurde, im vorliegenden Rechtsstreit keine präjudizielle Wirkung. 24

Die Klägerin war nicht Partei des zwischen dem Beklagten und der F geführten Kündigungsschutzprozesses. Die Rechtskraft des zwischen dem Beklagten und der F ergangenen Urteils des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 14. April 2015 *(- 11 Sa 2297/14 -)* wirkt auch nicht ausnahmsweise gegenüber der Klägerin des vorliegenden Rechtsstreits. 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. Die Klägerin ist nicht Rechtsnachfolgerin der F, sie macht vielmehr geltend, die F sei ihre Rechtsnachfolgerin geworden. 25

2. Das Landesarbeitsgericht hat ferner 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 auch keines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV. 26

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)*. 27

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.)*. 28

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 29

Betrieb 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)*. 30

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)*. 31

b) Der Betrieb der Klägerin in B ist als wirtschaftliche Einheit iSd. Richtlinie 2001/23/EG und damit iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB, in deren Rahmen das Arbeitsverhältnis des Beklagten bestand, nicht zum 1. April 2011 von der Klägerin auf die F übergegangen. Es fehlt an einem Wechsel in der Person des für den Betrieb der wirtschaftlichen Einheit Verantwortlichen. 32

aa) Zwar hat die Klägerin 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 Klägerin 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 Klägerin 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. 33

bb) Die F hat allerdings nicht die Verantwortlichkeit für den Betrieb der in Rede stehenden wirtschaftlichen Einheit übernommen. 34

(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 35

Verantwortung für den Betrieb 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 Klägerin verblieben. Die Klägerin hat ihre wirtschaftliche Betätigung in der in Rede stehenden wirtschaftlichen Einheit nicht eingestellt. 36

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 Klägerin 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 Klägerin auf die F. Zum einen hatten die Klägerin 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 Klägerin nach außen in Erscheinung treten sollte; zum anderen hatten die Klägerin 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 Klägerin die Patentrechte und das Know-How besitzt, ausschließlich im Namen der Klägerin handelt. Insoweit hatte die Klägerin 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 Klägerin mit sich bringt. Auch diese Regelung bestätigt, dass die F nicht im eigenen Namen nach außen auftreten sollte, 37

sondern dass aus Rechtsgeschäften der F ausschließlich die Klägerin berechtigt und verpflichtet sein sollte. Nach den vertraglichen Vereinbarungen sollte die F demnach nur wie ein leitender Angestellter bzw. Generalbevollmächtigter für die Klägerin tätig werden und damit gerade nicht die Verantwortung für den Betrieb der in Rede stehenden wirtschaftlichen Einheit nach außen übernehmen. Diese sollte bei der Klägerin verbleiben, die weiterhin als Inhaber der wirtschaftlichen Einheit nach außen hin auftreten wollte. Bereits deshalb kann die Klägerin aus dem Umstand, dass sich im B Betrieb nichts änderte und der bisherige Betriebsleiter nunmehr bei der F beschäftigt war, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Etwas anderes folgt weder daraus, dass die F gegenüber den Arbeitnehmern, gegenüber verschiedenen Behörden (zB der Agentur für Arbeit und dem Finanzamt) sowie gegenüber den Tarifvertragsparteien - 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 Klägerin und die F nicht von einer Personalgestellung, sondern von einem Betriebsübergang ausgingen. Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch, dass die F gegenüber den Arbeitnehmern, verschiedenen Behörden (zB der Agentur für Arbeit und dem Finanzamt) sowie den Tarifvertragsparteien, soweit es um die Arbeitsverhältnisse ging, im eigenen Namen aufgetreten ist. Anhaltspunkte für eine weitergehende, von der „Vereinbarung über Lohnfertigung und Geschäftsbesorgungsvertrag über Betriebsführung“ abweichende Vertragspraxis bestehen nicht. 38

3. Dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin steht ferner nicht die Regelung in § 613a Abs. 6 BGB entgegen. Der Beklagte war nach Ablauf der einmonatigen Frist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nach Zugang des Unterrichtungsschreibens der Klägerin und der F vom 1. März 2011 nicht daran gehindert, sich auf den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin 39

zu berufen. § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB ist im vorliegenden Fall weder unmittelbar noch analog anwendbar.

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 Klägerin auf die F nicht stattgefunden hat, wurde unter Rn. 26 ff. ausgeführt. 40

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. 41

aa) Eine Analogie ist nur zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält. Die Lücke muss sich demnach aus dem unbeabsichtigten 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* 42

2015 - 6 AZR 511/14 - Rn. 26 mwN; 23. Juli 2015 - 6 AZR 490/14 - Rn. 34, BAGE 152, 147). Der gesetzlich ungeregelte 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. 43

(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. 44

(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* 45

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.

(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 vermeintlicher 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. 46

(4) Auch der Zweck der Frist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB erfordert 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 Arbeitsverhältnis- 47

se 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.

4. Entgegen der Ansicht der Klägerin hatte der Beklagte sein Recht, sich auf den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin zu berufen, auch nicht verwirkt. 48

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 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)*. 49

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 Ver- 50

trauen 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)*.

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 - Rn. 28; 11. November 2010 - 8 AZR 185/09 - Rn. 25; 20. Mai 2010 - 8 AZR 734/08 - Rn. 24)*. 51

b) Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der Beklagte habe sein Recht, sich auf den unveränderten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin über den 31. März 2011 hinaus zu berufen, nicht verwirkt, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 52

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 53

ist unter Berücksichtigung aller erheblichen Gesichtspunkte zu der revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Annahme gelangt, die Klägerin habe nicht dargetan, dass sie davon ausgehen konnte, der Beklagte habe sein Recht überhaupt gekannt. Der Beklagte habe bis zu seinem Schreiben vom 8. Juni 2015 nicht zum Ausdruck gebracht, dass seiner Ansicht nach ein Betriebsübergang nicht stattgefunden habe. Vielmehr habe er selbst in der Kündigungsschutzklage einen Betriebsübergang als zutreffend unterstellt.

bb) Hiergegen kann die Klägerin nicht mit Erfolg einwenden, das Landesarbeitsgericht habe bei seiner Beurteilung den Umstand außer Acht gelassen, dass der Beklagte sich zunächst nur mit einer Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung der F zur Wehr gesetzt und von einer Klage gegen sie, die Klägerin abgesehen hat. Der Beklagte hat mit der Kündigungsschutzklage nicht zu erkennen gegeben, an einem Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin 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 geklärt war, ob es mit dem 1. April 2011 zu einem Betriebsübergang von der Klägerin auf die F gekommen war, musste der Beklagte - auch um sich für den Fall eines Betriebsübergangs ein Widerspruchsrecht gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses von der Klägerin 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 angreifen. Im Übrigen gilt auch hier, dass sich der Beklagte mit der Erhebung der Kündigungsschutzklage genau so verhalten hat, wie es die Klägerin nach den gesamten Umständen, insbesondere aufgrund ihres eigenen Unterrichtungsschreibens vom 1. März 2011 über einen Betriebsübergang auf die F erwarten musste. Dass der Beklagte 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 etwas mehr als vier 54

Jahre die Arbeitgeberstellung der F nicht angezweifelt und die Klägerin nicht als Arbeitgeber angesprochen hatte, ohne Belang. Das gilt entgegen der Rechtsauffassung der Klägerin auch für das Tätigwerden des Beklagten als Betriebsratsvorsitzender und Mitglied des Gesamtbetriebsrats. Auch insoweit hat der Beklagte sich genau so verhalten, wie es die Klägerin nach den gesamten Umständen, insbesondere aufgrund ihres eigenen Unterrichtungsschreibens vom 1. März 2011 über einen Betriebsübergang auf die F erwarten musste.

Schlewing Vogelsang Roloff

R. Kandler Bloesinger

ECLI:DE:BAG:2018:250118.U.8AZR338.16.0