Bundesarbeitsgericht Achter Senat	Urteil vom 26. April 2018 - 8 AZR 422/17 - ECLI:DE:BAG:2018:260418.U.8AZR422.17.0
I. Arbeitsgericht Hamburg	Urteil vom 23. Februar 2016 - 11 Ca 152/15 -
II. Landesarbeitsgericht Hamburg	Urteil vom 9. Mai 2017 - 1 Sa 29/16 -

---

Entscheidungsstichworte:

Betriebsübergang - Spaltung nach dem UmwG - Betriebsspaltung - Zuordnung der Arbeitnehmer - Interessenausgleich

Hinweis des Senats:

Parallelentscheidung zu führender Sache - 8 AZR 63/16 -

BUNDESARBEITSGERICHT

8 AZR 422/17
1 Sa 29/16
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
26. April 2018

URTEIL

Wirth, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. April 2018 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Schlewing, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Vogelsang und Dr. Roloff sowie die ehrenamtlichen Richter Rojahn und Schirp für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 9. Mai 2017 - 1 Sa 29/16 - aufgehoben.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 23. Februar 2016 - 11 Ca 152/15 - teilweise abgeändert.

Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien seit dem 27. Mai 2015 ein Arbeitsverhältnis zu den zwischen der Klägerin und der L R S GmbH bis zum 26. Mai 2015 geltenden Arbeitsbedingungen in H besteht.

Im Übrigen wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen nach einer umwandlungsrechtlichen Aufspaltung der bisherigen Arbeitgeberin der Klägerin, der L R S GmbH (im Folgenden LRS), ein Arbeitsverhältnis besteht und ob die Beklagte zur Beschäftigung der Klägerin zu den zuletzt mit der LRS vereinbarten Arbeitsbedingungen verpflichtet ist. 1

Die Klägerin war langjährig für die LRS in deren Betrieb in N, zuletzt als Expertin Personal tätig. Die LRS war auf Verfahren und Prozesse zur systematischen Analyse von Daten in elektronischer Form im Bereich Abrechnungen im Luftverkehr spezialisiert und stellte in diesem Zusammenhang Abrechnungssysteme zur Verfügung, überwachte Schnittstellen, optimierte Prozesse, prüfte Qualitätskriterien und entwickelte Softwarelösungen. Dafür unterhielt sie einen Betrieb in N. Hauptauftraggeberin der LRS war deren Muttergesellschaft, die D L AG (im Folgenden DL AG). 2

Im Februar 2013 entschied die DL AG, die bisher an die LRS vergebenen Aufträge künftig an Dritte, konzernangehörige Gesellschaften im Ausland sowie an konzernfremde Gesellschaften im Ausland und zu einem Teil an eine konzernangehörige Gesellschaft im Inland zu vergeben. Vor diesem Hintergrund beschloss die Gesellschafterversammlung der LRS, die LRS in zwei neu zu gründende Gesellschaften, nämlich die „LRS neu“, die spätere L J S N GmbH (im Folgenden LJS) und in die „L H“, die Beklagte, aufzuspalten. Dabei sollten auf die „L H“ die Aufgaben und Prozesse und die diesen dienenden Betriebsmittel übertragen werden, die weiterhin in Deutschland verbleiben (Onshore-Tätigkeiten), während auf die „LRS neu“ die Aufgaben und Prozesse und die diesen dienenden Betriebsmittel übertragen werden sollten, die nur noch vorübergehend in Deutschland verbleiben und sodann entweder als sog. Nearshore-Tätigkeit oder als sog. Offshore-Tätigkeit an Dritte vergeben werden sollten und damit absehbar wegfielen. Die Aufteilung und Zuordnung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Betriebs der LRS zur „L H“ auf der einen und zur „LRS neu“ auf der anderen Seite sollte analog zu den von diesen zuletzt ausgeführten Prozessen und Tätigkeiten erfolgen. Parallel zum Beschluss der Gesellschafterversammlung der LRS über die unternehmensrechtliche Aufspaltung der LRS beschloss die Geschäftsleitung der LRS, den Betrieb der LRS in N entsprechend aufzuspalten. 3

Am 6. März 2014 schloss die LRS mit dem im Betrieb N gebildeten Betriebsrat einen Interessenausgleich, der in Auszügen den folgenden Inhalt hat: 4

„**Präambel**

Die Hauptauftraggeberin der LRS, die L AG, hat zur Restrukturierung und Kostensenkung ein konzernweites Programm ‚SCORE‘ aufgelegt. Ein Teilprojekt dieses Konzernprogramms ist das Projekt ‚GLOBE‘. ‚GLOBE‘ steht für Global Business Services Efficiency und hat zum Ziel bei administrativen Dienstleistungen in verschiedenen Geschäftsfeldern der L-Gruppe den Marktanforderungen nach Flexibilität und Transparenz durch Veränderungen Rechnung zu tragen. Im Rahmen des Projektes ‚GLOBE‘, an dem die LRS selbst im Rahmen der Konzernstrukturen mitwirkt, hat der Vorstand der L AG beschlossen, die bisher durch die LRS durchgeführten Aufträge künftig an Dritte, konzernangehörige Gesellschaften im Ausland, sowie

an konzernfremde Gesellschaften im Ausland und zu einem Teil an eine konzernangehörige Gesellschaft im Inland zu vergeben. Mit dem vollständigen Wegfall der Aufgaben ist für die LRS eine betriebswirtschaftlich vertretbare Weiterführung des Betriebes Norderstedt wie auch des Unternehmens LRS ausgeschlossen. Aus diesem Grunde wird die LRS mit Wirkung zum 01.01.2015 aufgespalten und auf zwei Gesellschaften die ‚LRS neu' und die ‚L H' aufgeteilt. Entsprechend wird auch der Betrieb N aufgespalten und aufgeteilt. Der Betrieb der ‚LRS neu' wird bis zum 31.12.2019 bestehen, es sei denn, es befinden sich zu einem früheren Zeitpunkt keine Mitarbeiter mehr in einem Arbeitsverhältnis mit der ‚LRS neu', Betrieb N. Die genaue Gesellschaftsbezeichnung der beiden entstehenden Gesellschaften erfolgt zu einem späteren Zeitpunkt, sie ist derzeit noch nicht bekannt, weshalb für die Zwecke dieses Interessenausgleiches die Arbeitstitel ‚LRS neu' und ‚L H' verwendet werden.

…

A. Geltungsbereich

(1) Der vorliegende Interessenausgleich gilt für alle Mitarbeiter der LRS, die am 08.10.2013 räumlich dem Betrieb N zugeordnet mit der LRS in einem Beschäftigungsverhältnis standen, …

…

B. Gegenstand der Betriebsänderung

(1) Im Zuge der Aufspaltung des Unternehmens LRS wird auch der Betrieb N gespalten und die dort beschäftigten Mitarbeiter auf die ‚LRS neu' und auf die ‚L H' aufgeteilt. Die Spaltung des Betriebes wird mit Wirkung zum 01.01.2015 durchgeführt.

(2) Die ‚L H' wird ihren Betrieb in H, voraussichtlich auf der L Basis H, aufnehmen und dort die sich aus **Anlage 1** ergebenden Bereiche bis zum 31.12.2018 fortführen.

(3) Die ‚LRS neu' wird am Standort N ihren Betrieb aufnehmen. Dieser Betrieb wird bis zum 31.12.2019 aufrechterhalten. Zum 31.12.2019 wird der Betrieb vollständig geschlossen, es sei denn, es befinden sich zu einem früheren Zeitpunkt keine Mitarbeiter mehr in einem Beschäftigungsverhältnis mit der ‚LRS neu'.

…

C. Durchführung

(1) Beginnend spätestens mit dem 01.01.2014 werden bis längstens 31.12.2014 die bisher von der LRS durchgeführten Arbeiten entsprechend dem Shoring-Konzept verlagert. ...

…

(3) Mit rechtlicher Wirkung zum 01.01.2015 wird in Folge eines Spaltungsvertrages und eines Spaltungsplanes die LRS GmbH aufgespalten. Die Spaltung der LRS GmbH wird voraussichtlich im Laufe des Jahres 2014 beschlossen und 2015 eingetragen, und damit ggfs. rückwirkend zum 01.01.2015 wirksam. ln Zusammenhang mit dieser Unternehmensaufspaltung wird auch der bisherige einheitliche Betrieb der LRS GmbH in N gespalten. Die Spaltung des Betriebes wird mit Wirkung zum 01.01.2015 ggf. im Vorgriff auf die gesellschaftsrechtliche Spaltung, die erst mit Eintragung ins Handelsregister formell wirksam ist, durchgeführt. Die Mitarbeiter werden analog der von ihnen bisher ausgeführten Aufgaben auf die beiden Gesellschaften, die ‚LRS neu' einerseits und die ‚L H' andererseits aufgeteilt und zugeordnet. Soweit die Gesellschaften zum Zeitpunkt der Betriebsspaltung noch nicht Rechtsnachfolger geworden sind, werden zwei selbstständige betriebliche Einheiten gebildet, die sodann mit Wirksamwerden der Aufspaltung auf die beiden Gesellschaften übertragen werden.

(4) Diesem Interessenausgleich ist als **Anlage 3** eine Mitarbeiterliste gemäß § 323 Abs. 2 UmwG beigefügt, die die Namen der Mitarbeiter enthält, die auf die ‚L H' übergehen. Die Aufgaben dieser Mitarbeiter werden entsprechend dem Shoring-Konzept auf die ‚L H' übertragen. Die betroffenen Mitarbeiter sind im Rahmen dieses Interessenausgleichs wie auch im Spaltungsvertrag daher der ‚L H' zugeordnet worden und gehen auf diese über.

(5) Diesem Interessenausgleich ist als **Anlage 4** eine Mitarbeiterliste gemäß § 323 Abs. 2 UmwG beigefügt, die die Namen der Mitarbeiter enthält, die auf die ‚LRS neu' übergehen. Die Aufgaben dieser Mitarbeiter werden entweder entsprechend dem Shoring-Konzept fremd vergeben und entfallen damit oder werden im weiteren Zeitablauf nicht mehr benötigt und entfallen deshalb. Die betroffenen Mitarbeiter sind im Rahmen dieses Interessenausgleiches, wie auch im Rahmen des Spaltungsvertrages der ‚LRS

neu‘ zugeordnet worden und gehen auf diese über.

(6) Die Arbeitsverhältnisse der in der **Anlage 3** enthaltenen Mitarbeiter werden gemäß §§ 126 ff., 324 UmwG mit der ‚L H‘ am Standort H, voraussichtlich auf der L Basis H, fortgesetzt. Die Änderung des Arbeitsortes erfolgt im Wege der Versetzung. Die L H wird den Betrieb am Standort H bis zum 31.12.2018 aufrechterhalten. …

…

(8) Der Betrieb der ‚LRS neu‘ wird am Standort N bis 31.12.2019 verbleiben und die Arbeitsverhältnisse der auf der **Anlage 4** verzeichneten Mitarbeiter gemäß §§ 126 ff., 324 UmwG fortsetzen, es sei denn, es befinden sich zu einem früheren Zeitpunkt keine Mitarbeiter mehr in einem Beschäftigungsverhältnis mit der ‚LRS neu‘, Betrieb N.
Neben der punktuellen Abarbeitung einzelner Aufgaben werden die betreffenden Mitarbeiter im Rahmen eines Weiterbildungs- und Schulungskonzeptes für den internen, wie externen Arbeitsmarkt weitergebildet. ...“

Am 18. Juli 2014 schloss die LRS mit dem in ihrem Betrieb in N gebildeten Betriebsrat eine „Ergänzende Vereinbarung zum Interessenausgleich vom 06.03.2014“, mit der die im Interessenausgleich vom 6. März 2014 aufgeführten „Mitarbeiterlisten gemäß § 323 Abs. 2 UmwG“ aktualisiert wurden. 5

Die Anlage 3 zur Ergänzenden Vereinbarung enthält die Namen von insgesamt 117, die Anlage 4 die Namen von insgesamt 189 Beschäftigten der LRS. Der Name der Klägerin befand sich auf der Anlage 4. Der Overheadbereich, dem die Klägerin mit der Personalabteilung zugeordnet war, verblieb in N. Die Klägerin führte ihre Tätigkeit im Bereich Personal unverändert bis zum 30. April 2015 fort. 6

Am 17. November 2014 wurde die Beklagte und am 19. November 2014 wurde die LJS in das Handelsregister eingetragen. Ausweislich des Handelsregisters ist Gegenstand des Unternehmens der Beklagten die Erbringung von Dienstleistungen ua. im Bereich Revenue Accounting, Gegenstand des Unternehmens der LJS ist die Qualifizierung und Vermittlung von Arbeitskräften innerhalb und außerhalb des Konzerns der DL AG. 7

Zum 1. Januar 2015 wurden die sog. Onshore-Tätigkeiten und die dafür erforderlichen Betriebsmittel auf die Beklagte, die sog. Nearshore- und Offshore-Tätigkeiten und die dafür erforderlichen Betriebsmittel auf die LJS übertragen. 8

Mit Schreiben vom 16. April 2015 unterrichtete die LRS die Klägerin über einen Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die LJS. In diesem Schreiben heißt es: 9

> „**Unterrichtung über den gesetzlichen Übergang Ihres Arbeitsverhältnisses von der L R S GmbH (nachfolgend ‚LRS‘) auf die L J S N GmbH (nachfolgend ‚LJS‘)**
>
> Sehr geehrte …,
>
> die L R S GmbH beabsichtigt ihr Unternehmen gemäß § 126 UmwG durch Spaltung zur Aufnahme zu spalten und auf die LJS, die L G B S H GmbH (nachfolgend ‚L H‘) und die LCH G B mbH (‚LCH GB‘) andererseits zu übertragen. Durch diese Übertragung kommt es zu einem Betriebsübergang im Sinne von § 613 a des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) auf die LJS. …
>
> Über die geplante Übertragung Ihres Arbeitsverhältnisses auf die LJS und deren Bedeutung für Ihr Arbeitsverhältnis möchten wir Sie gern gemäß § 613 a Abs. 5 BGB wie folgt unterrichten: ...“

Am 27. Mai 2015 wurde in das zuständige Handelsregister der LRS eingetragen, dass diese aufgrund eines Aufspaltungs- und Übernahmevertrags vom 11. Mai 2015 ihr Vermögen unter Auflösung ohne Abwicklung durch gleichzeitige Übertragung der im Aufspaltungs- und Übernahmevertrag bezeichneten Vermögensteile jeweils als Gesamtheit auf die Beklagte, die LJS und die LCH G B mbH (im Folgenden LCH) übertragen hat. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin war im Aufspaltungs- und Übernahmevertrag den „Prozessen“ zugeordnet, die auf die LJS übertragen wurden. 10

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, ihr Arbeitsverhältnis sei im Wege des Betriebsübergangs nach § 613a BGB auf die Beklagte übergegangen. Jedenfalls sei ihre Zuordnung zur LJS im Interessenausgleich nicht tragfähig. Der Interessenausgleich sei bereits aus formellen Gründen unwirksam. Für seinen Abschluss sei der im Betrieb N gebildete Betriebsrat nicht zuständig. 11

Zudem sei ihre Zuordnung zur LJS grob fehlerhaft iSv. § 323 Abs. 2 UmwG. Die „LRS neu“ sei weder ein Betrieb noch ein Betriebsteil oder zumindest eine abgrenzbare betriebliche Einheit, sondern lediglich die Zusammenfassung von Aufgaben und Prozessen, die nicht mehr benötigt würden. Eine Zuordnung zu einem derartigen „Spaltprodukt“ laufe dem Schutzzweck von § 613a BGB zuwider. Überdies verstoße ihre Zuordnung zur LJS auch gegen §§ 1, 2 KSchG.

Die Klägerin hat zuletzt sinngemäß beantragt, 12

1. festzustellen, dass zwischen ihr und der Beklagten ein Arbeitsverhältnis auf der Grundlage des am 6. März 1975 mit der D L AG abgeschlossenen Arbeitsvertrags besteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, sie zu den Bedingungen des am 6. März 1975 mit der D L AG abgeschlossenen Arbeitsvertrags zu beschäftigen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat die Auffassung vertreten, das Arbeitsverhältnis der Klägerin sei auf die LJS übergegangen. Im Rahmen der unternehmensrechtlichen Aufspaltung der LRS und der Spaltung des Betriebs der LRS in N seien der „L H“ und der „LRS neu“ überwiegend abgrenzungsfähige Teileinheiten iSv. § 613a BGB zugeordnet worden. Die Zuordnung der Mitarbeiter sei nach den bisher ausgeübten Tätigkeiten und somit nach sachlichen Kriterien erfolgt. 13

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision. 14

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Klägerin hat Erfolg. Die Klage mit dem auf Feststellung gerichteten Antrag zu 1. ist zulässig und begründet. Ob der auf Beschäftigung gerichtete zulässige Klageantrag zu 2. begründet ist, kann der 15

Senat aufgrund der vom Landesarbeitsgericht bislang getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilen; den Parteien ist zudem Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag zu geben. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils *(§ 562 Abs. 1 ZPO)* im Kostenpunkt und im Übrigen insoweit, als der Antrag der Klägerin zu 2. abgewiesen wurde sowie im Umfang der Aufhebung zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht *(§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO)*.

A. Der Klageantrag zu 1. ist zulässig und begründet. 16

I. Der Antrag zu 1. ist dahin auszulegen, dass die Klägerin die Feststellung begehrt, dass zwischen den Parteien seit dem 27. Mai 2015 ein Arbeitsverhältnis zu den zwischen ihr und der LRS bis zum 26. Mai 2015 geltenden Arbeitsbedingungen in H besteht. Damit ist der Antrag auf die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses iSd. § 256 Abs. 1 ZPO gerichtet *(vgl. etwa BAG 21. November 2013 - 2 AZR 598/12 - Rn. 32, BAGE 146, 353)*. Für den Antrag ist auch das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse gegeben. Die Beklagte bestreitet, dass zwischen ihr und der Klägerin seit dem 27. Mai 2015 ein Arbeitsverhältnis besteht *(vgl. in diesem Zusammenhang: BAG 25. August 2016 - 8 AZR 53/15 - Rn. 23; 27. September 2012 - 2 AZR 838/11 - Rn. 12)*. 17

II. Der Klageantrag zu 1. ist auch begründet. Dabei kann vorliegend dahinstehen, ob das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit Wirksamwerden der Aufspaltung der LRS am 27. Mai 2015 infolge eines Betriebs(teil-)übergangs nach § 613a Abs. 1 BGB auf die Beklagte übergegangen ist. Selbst wenn dies nicht der Fall ist, hat der Antrag Erfolg. Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten ist das Arbeitsverhältnis der Klägerin nicht im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf die LJS übergegangen. Zwar ist das Arbeitsverhältnis der Klägerin im Spaltungs- und Übernahmevertrag den „Prozessen“ zugeordnet worden, die auf die LJS übertragen wurden; das Arbeitsverhältnis der Klägerin ist auch nicht infolge eines Betriebs(teil-)übergangs nach § 613a Abs. 1 BGB auf die LJS übergegangen. Allerdings konnte das Arbeitsverhältnis der Klägerin nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf 18

die LJS nur mit Zustimmung der Klägerin übergehen. Eine solche Zustimmung hat diese nicht erteilt. Aus dem Umstand, dass die LRS und der im Betrieb N gebildete Betriebsrat die Klägerin in der „Anlage 4“ zum Interessenausgleich der „LRS neu“ zugeordnet haben, folgt nichts Abweichendes. Diese Zuordnung ist entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts grob fehlerhaft iSv. § 323 Abs. 2 UmwG und damit unverbindlich. Infolge der fehlenden Zustimmung der Klägerin zu einem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf die LJS hatte die Klägerin nach der Aufspaltung und dem damit verbundenen Untergang ihrer bisherigen Arbeitgeberin ein Wahlrecht, das sie dahin ausgeübt hat, dass sie in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten steht.

1. Nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG bewirkt die Eintragung der Spaltung in das Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers, dass das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers entsprechend der im Spaltungs- und Übernahmevertrag vorgesehenen Aufteilung jeweils als Gesamtheit auf die übernehmenden Rechtsträger übergeht. 19

a) Die Vorschrift ordnet eine (partielle) Gesamtrechtsnachfolge an *(vgl. BAG 21. November 2012 - 4 AZR 85/11 - Rn. 25, BAGE 144, 36; 11. März 2008 - 3 AZR 358/06 - Rn. 17, BAGE 126, 120)*. Ein gesonderter Übertragungsakt hinsichtlich der einzelnen Gegenstände des Vermögens ist nicht erforderlich. Welche Teile des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers bei einer Aufspaltung iSv. § 123 Abs. 1 UmwG auf welchen übernehmenden Rechtsträger übergehen, richtet sich nach der Vereinbarung im Spaltungs- und Übernahmevertrag *(vgl. BGH 25. Januar 2008 - V ZR 79/07 - Rn. 22, BGHZ 175, 123)*. 20

b) Nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG können auch Arbeitsverhältnisse im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge von einem übertragenden auf einen übernehmenden Rechtsträger übergehen. 21

aa) Ein solcher Übergang setzt allerdings nicht nur voraus, dass das Arbeitsverhältnis im Spaltungs- und Übernahmevertrag dem übernehmenden Rechtsträger bzw. der Einheit zugeordnet wurde, die auf den übernehmenden 22

Rechtsträger übertragen wird, was hier der Fall ist, da das Arbeitsverhältnis der Klägerin den Prozessen zugeordnet wurde, die auf die LJS übergingen.

bb) Das betroffene Arbeitsverhältnis darf zudem nicht infolge eines Betriebs(teil-)übergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf einen der übernehmenden Rechtsträger übergehen. Dies folgt bereits aus den zwingenden Vorgaben des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB, denen § 324 UmwG Rechnung trägt. Danach bleiben § 613a Abs. 1 und Abs. 4 bis Abs. 6 BGB durch die Wirkungen der Eintragung einer Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung unberührt. Dies bedeutet nicht nur, dass eine Zuordnung eines Arbeitsverhältnisses im Spaltungsvertrag nicht entgegen den Vorgaben von § 613a Abs. 1 BGB erfolgen darf. An der zwingenden Wirkung des § 613a BGB kann der Spaltungsvertrag nichts ändern *(vgl. auch Priester in Lutter UmwG 5. Aufl. § 126 Rn. 69)*. Zudem muss das Vorliegen eines Betriebs(teil-)übergangs bei einer Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung für jede der in Betracht kommenden Einheiten eigenständig und vorrangig geprüft werden *(vgl. BAG 20. April 2016 - 10 AZR 111/15 - Rn. 30, BAGE 155, 44; 25. Mai 2000 - 8 AZR 416/99 - zu II 1 c bb der Gründe, BAGE 95, 1)*. 23

cc) Liegen die unter Rn. 23 aufgeführten Voraussetzungen vor, weil das betroffene Arbeitsverhältnis nicht bereits infolge eines Betriebs(teil-)übergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf einen der übernehmenden Rechtsträger übergeht, setzt der Übergang eines Arbeitsverhältnisses vom übertragenden auf den übernehmenden Rechtsträger im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG - jedenfalls im Fall der Aufspaltung des übertragenden Rechtsträgers - des Weiteren voraus, dass der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zustimmt *(vgl. Schaub ArbR-HdB/Ahrendt 17. Aufl. § 116 Rn. 10; NK-GA/Boecken § 324 UmwG Rn. 34; APS/Steffan 5. Aufl. UmwG § 126 Rn. 30; Studt Der umwandlungsrechtliche Interessenausgleich nach § 323 Abs. 2 UmwG S. 80 f.; aA Mückl in Mückl/Fuhlrott ua. Arbeitsrecht in der Umstrukturierung 4. Aufl. 4. Kap. Rn. 52)*. 24

(1) Für das Zustimmungserfordernis spricht bereits die Gesetzesgeschichte *(ausführlich NK-GA/Boecken § 324 UmwG Rn. 34)*. Nach der Gesetzesbegrün- 25

dung zu § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG bestimmen die allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts, ob Gegenstände und die ihnen zuzuordnenden Hilfsrechte bei der Zuweisung getrennt werden können, ob etwa bestimmte Rechte bei der Spaltung erlöschen oder ob sie bei einer Abspaltung oder Ausgliederung übergeleitet werden können. Zu diesen allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts zählt der Gesetzgeber ua. § 613 Satz 2 BGB *(vgl. BT-Drs. 12/6699 S. 118)*, wonach der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar ist. Dieser Grundsatz galt nach § 132 UmwG in der bis zum 24. April 2007 geltenden Fassung (im Folgenden UmwG aF) ausdrücklich auch in Fällen der Spaltung. § 132 UmwG aF bestimmte, dass allgemeine Vorschriften, welche die Übertragbarkeit eines bestimmten Gegenstandes ausschließen oder an bestimmte Voraussetzungen knüpfen oder nach denen die Übertragung eines bestimmten Gegenstandes einer staatlichen Genehmigung bedarf, durch die Wirkungen der Eintragung nach § 131 UmwG unberührt bleiben. Der Umstand, dass § 132 UmwG aF mit Wirkung zum 25. April 2007 aufgehoben wurde, hat an dem Erfordernis einer Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers zum Übergang seines Arbeitsverhältnisses von einem übertragenden auf einen übernehmenden Rechtsträger im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG nichts geändert. Ausweislich der Gesetzesbegründung sind weiterhin höchstpersönliche Rechte und Pflichten von der Rechtsnachfolge ausgenommen *(vgl. BT-Drs. 16/2919 S. 19)*.

(2) Das Erfordernis der Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers folgt - jedenfalls im Fall einer Aufspaltung des übertragenden Rechtsträgers - auch aus den grundrechtlichen Wertungen des Art. 12 Abs. 1 GG. Das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG garantiert dem Arbeitnehmer die freie Wahl des Arbeitsplatzes und damit auch die freie Wahl des Vertragspartners. Der Arbeitnehmer soll nicht verpflichtet werden, für einen Arbeitgeber zu arbeiten, den er nicht frei gewählt hat *(vgl. zB BVerfG 25. Januar 2011 - 1 BvR 1741/09 - Rn. 69 f., 76, BVerfGE 128, 157; BAG 15. Dezember 2016 - 8 AZR 612/15 - Rn. 30, BAGE 157, 317)*. Diesen grundrechtlichen Wertungen kann jedenfalls im Fall der Aufspaltung des übertragenden Rechtsträgers, da dieser mit dem Wirk- 26

samwerden der Aufspaltung untergeht, nur durch ein Zustimmungserfordernis ausreichend Rechnung getragen werden.

2. Vorliegend scheitert ein Übergang des Arbeitsverhältnisses der Klägerin auf die LJS im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG an der fehlenden Zustimmung der Klägerin. 27

a) Das Arbeitsverhältnis der Klägerin ist mit Wirksamwerden der Spaltung der LRS am 27. Mai 2015 nicht infolge eines Betriebs(teil-)übergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die LJS übergegangen. 28

aa) Ein Betriebs(teil-)übergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB - wie auch iSd. Richtlinie 2001/23/EG - liegt vor, wenn die für den Betrieb verantwortliche natürliche oder juristische Person, die die Arbeitgeberverpflichtungen gegenüber den Beschäftigten eingeht, im Rahmen vertraglicher Beziehungen wechselt und die in Rede stehende Einheit nach der Übernahme durch den neuen Arbeitgeber ihre - vor der Übernahme vorhandene - Identität bewahrt *(vgl. etwa EuGH 26. November 2015 - C-509/14 - [Aira Pascual ua.] Rn. 28; 6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 29 f. mwN; BAG 22. Januar 2015 - 8 AZR 139/14 - Rn. 13 mwN; 18. September 2014 - 8 AZR 733/13 - Rn. 18)*. 29

Der Übergang muss eine ihre Identität bewahrende - auf Dauer angelegte - wirtschaftliche Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit betreffen *(vgl. etwa BAG 27. April 2017 - 8 AZR 859/15 - Rn. 30 mwN; 23. März 2017 - 8 AZR 91/15 - Rn. 21 mwN, BAGE 159, 1)*. 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 *(BAG 27. April 2017 - 8 AZR 859/15 - aaO; 23. März 2017 - 8 AZR 91/15 - aaO)*. Die Kontinuität der im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse soll unabhängig von einem Inhaberwechsel gewährleistet werden. Entscheidend für einen Übergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB ist deshalb, dass die betreffende Einheit ihre Identität bewahrt, was namentlich dann zu bejahen ist, wenn die Einheit tatsächlich 30

weitergeführt oder wieder aufgenommen wird *(EuGH 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 25 mwN; BAG 25. August 2016 - 8 AZR 53/15 - Rn. 25 f.)*.

Dem Übergang eines gesamten Betriebs steht, soweit die Voraussetzungen des § 613a BGB erfüllt sind, der Übergang eines Betriebsteils gleich. Dies ist unabhängig davon, ob die übergegangene wirtschaftliche Einheit ihre Selbständigkeit innerhalb der Struktur des Erwerbers bewahrt oder nicht *(vgl. EuGH 6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 31 ff. mwN; 12. Februar 2009 - C-466/07 - [Klarenberg] Rn. 50)*; entscheidend ist, dass die funktionelle Verknüpfung der Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung zwischen den übertragenen Faktoren beibehalten wird und es dem Erwerber derart ermöglicht wird, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen *(EuGH 9. September 2015 - C-160/14 - [Ferreira da Silva e Brito ua.] Rn. 33; 12. Februar 2009 - C-466/07 - [Klarenberg] Rn. 53; BAG 22. Mai 2014 - 8 AZR 1069/12 - Rn. 26, BAGE 148, 168)*. 31

bb) Danach ist das Arbeitsverhältnis der Klägerin nicht infolge eines Betriebs(teil-)übergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die LJS übergegangen. Die LJS hat keine übergangsfähige wirtschaftliche Einheit iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und iSd. Richtlinie 2001/23/EG unter Wahrung ihrer Identität übernommen. 32

Bei der „LRS neu“ handelt es sich nicht um eine übergangsfähige wirtschaftliche Einheit iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und iSd. Richtlinie 2001/23/EG. Die Einheit „LRS neu“ war keine hinreichend strukturierte und selbständige Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigenem Zweck, die darauf angelegt war, ihre vor der Übernahme vorhandene Identität nach der Übernahme zu bewahren. Sie war vielmehr eine bloße Zusammenfassung von „Prozessen“ und Aufgaben sowie von Arbeitnehmern, deren Beschäftigungsmöglichkeit zu den ursprünglich vereinbarten Arbeitsbedingungen nach der Übernahme/Spaltung mangels entsprechender Aufträge durch die DL AG alsbald entfallen würde. Zwar wurden der 33

„LRS neu“ auch Betriebsmittel zugeordnet, diese dienten jedoch weder der Fortführung der von der LRS ausgeübten Tätigkeit noch der Ausübung einer gleichartigen Tätigkeit. Insoweit wirkt sich aus, dass die der Einheit „LRS neu“ zugeordneten Mitarbeiter nach der Übernahme durch die LJS nur noch mit der punktuellen Abarbeitung einzelner Aufgaben befasst und im Übrigen im Rahmen eines Weiterbildungs- und Schulungskonzepts für den internen, wie externen Arbeitsmarkt weitergebildet werden sollten.

Das gilt entgegen der Auffassung der Beklagten auch für den sog. Overheadbereich. Auch dieser Bereich sollte nach der Abarbeitung von Abwicklungsarbeiten nicht - und insbesondere nicht unabhängig von den der LJS zugeordneten Arbeitnehmern - fortbestehen. Ob es sich insoweit, wie die Beklagte meint, um eine eigenständige wirtschaftliche Einheit handelte, ist daher nicht von Bedeutung. 34

b) Die nach alledem für einen Übergang des Arbeitsverhältnisses der Klägerin nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf die LJS erforderliche Zustimmung der Klägerin war nicht deshalb entbehrlich, weil die LRS und der im Betrieb N gebildete Betriebsrat die Klägerin unter Anwendung von § 323 Abs. 2 UmwG in der „Anlage 4“ zum Interessenausgleich der „LRS neu“ zugeordnet haben. Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts und der Rechtsauffassung der Beklagten räumt § 323 Abs. 2 UmwG den zuständigen Betriebspartnern nicht das Recht ein, Arbeitnehmer wirksam einem beliebigen „Spaltprodukt“ zuzuordnen, es sei denn, die Zuordnung ließe sich unter keinem Gesichtspunkt sachlich rechtfertigen. Zwar gibt § 323 Abs. 2 UmwG den Betriebspartnern die Möglichkeit einer von den Arbeitsgerichten nur eingeschränkt überprüfbaren Zuordnung von Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnis nicht bereits nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB übergeht; allerdings muss die Zuordnung nach den Kriterien und Vorgaben des § 613a Abs. 1 BGB und damit zu einer übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und iSd. Richtlinie 2001/23/EG erfolgen. § 323 Abs. 2 UmwG ergänzt in seinem Anwendungsbereich der partiellen Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG lediglich die zwingend vorrangige Regelung des § 613a Abs. 1 BGB *(vgl. Studt* 35

Der umwandlungsrechtliche Interessenausgleich nach § 323 Abs. 2 UmwG S. 87; Wlotzke DB 1995, 40, 45; Joost in Lutter UmwG 5. Aufl. § 323 Rn. 31, 38; Henssler/Strohn/Moll 3. Aufl. UmwG § 323 Rn. 19; APS/Steffan 5. Aufl. UmwG § 323 Rn. 23; Wälzholz in Widmann/Mayer Umwandlungsrecht Stand 1. Mai 2016 § 323 Rn. 20.1, 35; KK-UmwG/Hohenstatt/Schramm § 323 Rn. 36; aA NK-GA/Boecken § 323 UmwG Rn. 42; Lindemann EWiR 2017, 59, 60; Willemsen in Kallmeyer UmwG 6. Aufl. § 324 Rn. 59) und bewirkt insoweit eine gewisse Flexibilisierung. Erfolgt die Zuordnung indes - wie hier (vgl. Ausführungen unter Rn. 33 f.) - nicht zu einer wirtschaftlichen Einheit iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und iSd. Richtlinie 2001/23/EG, die darauf angelegt ist, identitätswahrend fortgeführt zu werden, ist die Zuordnung grob fehlerhaft iSv. § 323 Abs. 2 UmwG und damit unverbindlich. Dies ergibt die Auslegung des § 323 Abs. 2 UmwG.

aa) Nach § 323 Abs. 2 UmwG kann, sofern bei einer Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung ein Interessenausgleich zustande kommt, in dem diejenigen Arbeitnehmer namentlich bezeichnet werden, die nach der Umwandlung einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil zugeordnet werden, die Zuordnung der Arbeitnehmer durch das Arbeitsgericht nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. 36

bb) Mit dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber für Arbeitgeber und Betriebsrat nicht nur die Möglichkeit geschaffen, bei Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung die Zuordnung der Arbeitnehmer für die Zeit nach der Umwandlung zu einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil in einem Interessenausgleich über eine geplante Betriebsänderung nach § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG festzulegen. Er hat den Betriebsparteien mit der Auflockerung der arbeitsgerichtlichen Kontrolldichte zudem einen gewissen Gestaltungsspielraum eingeräumt. Hierdurch soll die Zuordnung von Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnis nicht bereits nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB übergeht, insbesondere bei Spaltungen von Betrieben oder Betriebsteilen erleichtert werden *(vgl. etwa HWK/Willemsen 7. Aufl. § 323 UmwG Rn. 20; KK-UmwG/Hohenstatt/Schramm § 323 Rn. 30; Willemsen in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt Umstruktu-* 37

rierung und Übertragung von Unternehmen 5. Aufl. G Rn. 138). Im Anwendungsbereich von § 323 Abs. 2 UmwG ist damit eine weitgehend „gerichtsfeste“ Zuordnung von Arbeitsverhältnissen möglich *(vgl. etwa KK-UmwG/Hohenstatt/Schramm aaO).*

cc) Nach § 323 Abs. 2 UmwG muss die Zuordnung der Arbeitnehmer nach den Kriterien und Vorgaben des § 613a Abs. 1 BGB und damit zu einer übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und iSd. Richtlinie 2001/23/EG erfolgen. 38

(1) § 323 Abs. 2 UmwG enthält selbst keine Kriterien für eine fehlerfreie Zuordnung der Arbeitnehmer, sondern ordnet lediglich eine Auflockerung der arbeitsgerichtlichen Kontrolldichte an und setzt damit bestehende Zuordnungskriterien voraus. Zudem bestimmt § 323 Abs. 2 UmwG nicht, dass die Zuordnung der Arbeitnehmer zu einem „Rechtsträger“ vom Arbeitsgericht nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden kann, sondern erfordert die Zuordnung der Arbeitnehmer zu „einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil“. Damit nimmt § 323 Abs. 2 UmwG die in § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB getroffene Regelung in Bezug. 39

(2) § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB setzt einen Betriebs- oder Betriebsteilübergang voraus. Der Übergang muss demnach - wie unter Rn. 30 ausgeführt - eine ihre Identität bewahrende, auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit betreffen *(vgl. etwa BAG 27. April 2017 - 8 AZR 859/15 - Rn. 30 mwN; 23. März 2017 - 8 AZR 91/15 - Rn. 21 mwN)*. 40

(3) Nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB gehen mit dem Übergang einer solchen wirtschaftlichen Einheit allerdings nur die Arbeitsverhältnisse auf den neuen Arbeitgeber über, die dem „Betrieb“ oder „Betriebsteil“, dh. der übergehenden wirtschaftlichen Einheit zugeordnet sind *(BAG 17. Oktober 2013 - 8 AZR 763/12 - Rn. 23 f.)*. Die Richtlinie 2001/23/EG soll nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union die Kontinuität der „im Rah- 41

men einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse“ unabhängig von einem Inhaberwechsel gewährleisten. Darauf, ob es sich bei der wirtschaftlichen Einheit um ein „Unternehmen“, einen „Betrieb“ oder einen „Unternehmens-“ oder „Betriebsteil“ - auch iSd. jeweiligen nationalen Rechts - handelt, kommt es nicht an *(vgl. BAG 27. April 2017 - 8 AZR 859/15 - Rn. 30 mwN; 23. März 2017 - 8 AZR 91/15 - Rn. 21 mwN, BAGE 159, 1)*. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB verfolgt dasselbe Ziel: Der Verbund zwischen dem Arbeitsverhältnis und einer übergehenden wirtschaftlichen Einheit iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und iSd. Richtlinie 2001/23/EG muss demnach bestehen bleiben. Die Arbeitsverhältnisse müssen mit dem Betrieb oder Betriebsteil, dh. mit der wirtschaftlichen Einheit verbunden bleiben, zu der sie funktional gehören.

(4) Geht der gesamte Betrieb auf einen neuen Inhaber über, bereitet die Feststellung der Zugehörigkeit der Arbeitnehmer regelmäßig keine Probleme; es gehen alle Arbeitsverhältnisse der betriebsangehörigen Arbeitnehmer auf den neuen Inhaber über. Schwierigkeiten in der Beurteilung können aber auftreten, wenn nur einer von mehreren Betrieben oder lediglich ein Betriebsteil auf einen neuen Inhaber übertragen wird und der Arbeitnehmer in mehreren Betrieben oder Betriebsteilen tätig war *(vgl. etwa Willemsen in Kallmeyer UmwG 6. Aufl. § 324 Rn. 54; Joost in Lutter UmwG 5. Aufl. § 323 Rn. 28)*. Gerade diesen Schwierigkeiten soll mit der in § 323 Abs. 2 UmwG angeordneten aufgelockerten arbeitsgerichtlichen Kontrolldichte begegnet werden, um so eine möglichst gerichtsfeste Zuordnung der Arbeitsverhältnisse zu ermöglichen. Damit sind die Betriebspartner zwar - auf der einen Seite - bei der Zuordnung von Arbeitsverhältnissen an die insoweit bestehenden Vorgaben des § 613a Abs. 1 BGB gebunden; sie können aber - auf der anderen Seite - in Zweifelsfällen, in denen Arbeitnehmer in mehreren Betrieben oder Betriebsteilen tätig waren, eine Zuordnung treffen, die von den Arbeitsgerichten nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden kann *(vgl. etwa KK-UmwG/Hohenstatt/Schramm § 323 Rn. 36)*. Die wesentliche praktische Bedeutung des § 323 Abs. 2 UmwG besteht mithin darin, eine weitgehend „gerichtsfeste” Zuordnung dort zu ermöglichen, wo ein klarer Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses fehlt. 42

(5) Dass § 323 Abs. 2 UmwG nur die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen entsprechend den Kriterien und Vorgaben von § 613a Abs. 1 BGB und damit auch nur zu einer auf einen Übergang auf einen anderen Rechtsträger angelegten wirtschaftlichen Einheit iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und iSd. Richtlinie 2001/23/EG ermöglicht, wird auch durch den systematischen Zusammenhang der Bestimmung mit § 324 UmwG, der seinerseits - wie unter Rn. 23 ausgeführt - eine Rechtsgrundverweisung auf § 613a Abs. 1 BGB enthält, bestätigt. 43

§ 323 Abs. 2 UmwG wurde zeitgleich mit dem ihm nachfolgenden § 324 UmwG in die Übergangs- und Schlussvorschriften des UmwG aufgenommen. Auch unter systematischen Gesichtspunkten spricht daher alles dafür, dass die Kriterien und Vorgaben des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auch für Zuordnungen in einem Interessenausgleich maßgeblich sind und dass § 323 Abs. 2 UmwG nicht - umgekehrt - die zwingende und vorrangig anzuwendende Bestimmung des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB inhaltlich modifiziert oder verdrängt *(vgl. Studt Der umwandlungsrechtliche Interessenausgleich nach § 323 Abs. 2 UmwG S. 41, 50)*. Wäre etwas anderes gewollt gewesen, hätte dies zumindest in der Gesetzesbegründung Erwähnung finden müssen, was nicht der Fall ist. Auch die in § 324 UmwG getroffene Bestimmung bestätigt mithin, dass die Betriebsparteien die Zuordnung nicht nur an den Kriterien des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auszurichten haben, sondern dass sie auch nicht von der insoweit vorgegebenen Zuordnung zu einem „bestimmten Betrieb oder Betriebsteil“ und damit zu einer auf einen Übergang angelegten wirtschaftlichen Einheit iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und iSd. Richtlinie 2001/23/EG abweichen dürfen; sie haben mithin nicht die Rechtsmacht, Arbeitnehmer in einem Interessenausgleich einer nicht übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit zuzuordnen. 44

dd) Da die Betriebsparteien das Arbeitsverhältnis der Klägerin im Interessenausgleich - wie unter Rn. 33 f. ausgeführt - nicht einer wirtschaftlichen Einheit iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und iSd. Richtlinie 2001/23/EG zugeordnet haben, die darauf angelegt war, identitätswahrend fortgeführt zu werden, und die auch nicht identitätswahrend fortgeführt wurde, ist die Zuordnung - ent- 45

gegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts - grob fehlerhaft iSv. § 323 Abs. 2 UmwG und damit unverbindlich.

c) Damit verbleibt es vorliegend bei den Wertungen des § 613 Satz 2 BGB und des Art. 12 Abs. 1 GG, weshalb der Übergang des Arbeitsverhältnisses der Klägerin von der LRS auf die LJS im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG der Zustimmung der Klägerin bedurfte. Die Klägerin hat indes eine Zustimmung nicht erteilt. Die fehlende Zustimmung der Klägerin führt allerdings weder dazu, dass ihr Arbeitsverhältnis mit Wirksamwerden der Spaltung erlosch *(aA in Fällen der fehlenden Zustimmung NK-GA/Boecken § 324 UmwG Rn. 36; A. Brinkmann Die Spaltung von Rechtsträgern nach dem neuen Umwandlungsrecht S. 128; Mengel Umwandlungen im Arbeitsrecht S. 220 f.: Neuzuordnung; Wälzholz in Widmann/Mayer Umwandlungsrecht Stand 1. Oktober 2016 § 324 UmwG Rn. 65)*, noch dazu, dass es mit allen neuen Rechtsträgern, dh. mit der LJS und der Beklagten einheitlich fortbesteht *(aA Däubler RdA 1995, 136, 142)*. Vielmehr steht der Klägerin ein Wahlrecht zu, mit welchem der neuen Rechtsträger das Arbeitsverhältnis fortgesetzt wird *(vgl. für die unklare Zuordnung APS/Steffan 5. Aufl. UmwG § 323 Rn. 23; im Erg. Boecken Unternehmensumwandlungen und Arbeitsrecht Rn. 77 für die unterbliebene Zuordnung)*. Die Klägerin hat dieses Wahlrecht dahin ausgeübt, dass ihr Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fortgesetzt wird. 46

aa) Wird - wie hier - der übertragende Rechtsträger aufgespalten und fehlt es - wie hier - an der erforderlichen Zustimmung zum Übergang des Arbeitsverhältnisses im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf den übernehmenden Rechtsträger, führt dies nicht dazu, dass das Arbeitsverhältnis mit Wirksamwerden der Aufspaltung automatisch erlischt. Andernfalls könnte das Arbeitsverhältnis im Spaltungs- und Übernahmevertrag entgegen den zwingenden Vorgaben von § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und der Richtlinie 2001/23/EG einer nicht übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit zugeordnet werden. Dies würde das Zustimmungserfordernis aushöhlen. 47

bb) Der Annahme eines (einheitlichen) Arbeitsverhältnisses der Klägerin mit sämtlichen neuen Rechtsträgern, dh. vorliegend der LJS und der Beklagten, 48

stehen die grundrechtlichen Wertungen des Art. 12 Abs. 1 GG ebenfalls entgegen, wonach der Arbeitnehmer nicht verpflichtet werden soll, für einen Arbeitgeber zu arbeiten, den er nicht frei gewählt hat *(vgl. zB BVerfG 25. Januar 2011 - 1 BvR 1741/09 - Rn. 69 f., 76, BVerfGE 128, 157; BAG 15. Dezember 2016 - 8 AZR 612/15 - Rn. 30, BAGE 157, 317)*.

cc) Die Wertungen des Art. 12 Abs. 1 GG gebieten es vorliegend vielmehr, der Klägerin ein Wahlrecht einzuräumen, mit welchem der neuen Rechtsträger sie das Arbeitsverhältnis fortsetzen will. Aus dem Urteil des Senats vom 21. Februar 2008 *(- 8 AZR 157/07 - Rn. 24, BAGE 126, 105)* folgt nichts Abweichendes. Zwar hat der Senat in dieser Entscheidung angenommen, dass es mit Blick auf die durch Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Vertrags- und Berufsfreiheit des Arbeitnehmers eines Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB zur Abwehr eines aufgedrängten Vertragspartners nicht bedürfe, wenn der bisherige Arbeitgeber durch gesellschaftsrechtliche Verschmelzung erloschen sei. Wolle der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis nicht bei dem neuen Arbeitgeber fortsetzen, so könne er ohne Rechtsverlust von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen. Anders als in dem vom Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 21. Februar 2008 *(- 8 AZR 157/07 - aaO)* entschiedenen Verfahren ist das Arbeitsverhältnis der Klägerin im vorliegenden Verfahren - wie unter Rn. 33 f. ausgeführt - nicht infolge eines Betriebsübergangs auf den Rechtsträger übergegangen, mit dem die Klägerin das Arbeitsverhältnis nicht fortsetzen möchte. Vielmehr möchte sie ihr Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fortsetzen. Dies ist den am Aufspaltungsvorgang beteiligten übernehmenden Rechtsträgern und insbesondere der Beklagten auch zumutbar. Bedarf der Übergang eines Arbeitsverhältnisses im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf den übernehmenden Rechtsträger - wie hier - der Zustimmung des Arbeitnehmers und liegt diese nicht vor, dürfen die am Aufspaltungsvorgang beteiligten Rechtsträger aus der gesellschaftsrechtlichen Auflösung des ursprünglichen Arbeitgebers dann keine Vorteile ziehen, wenn sie es in der Hand gehabt hätten, einen Übergang des Arbeitsverhältnisses infolge eines Betriebs(teil-)übergangs auf einen der übernehmenden 49

Rechtsträger nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zu bewirken. Dies gilt umso mehr, wenn der übernehmende Rechtsträger - wie hier - alsbald abgewickelt wird.

3. Da die Klägerin ihr Wahlrecht dahin ausgeübt hat, dass ihr Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fortgesetzt wird, besteht zwischen ihr und der Beklagten seit dem 27. Mai 2015 ein Arbeitsverhältnis zu den Bedingungen des Arbeitsverhältnisses, das bis zum 26. Mai 2015 zwischen ihr und der LRS bestanden hat. 50

B. Ob der auf Beschäftigung gerichtete zulässige Klageantrag zu 2. begründet ist, kann vom Senat aufgrund der vom Landesarbeitsgericht bislang getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilt werden; den Parteien ist zudem Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag zu geben. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils *(§ 562 Abs. 1 ZPO)* im Kostenpunkt und im Übrigen insoweit, als der Antrag der Klägerin zu 2. abgewiesen wurde sowie im Umfang der Aufhebung zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht *(§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO)*. 51

I. Der auf Beschäftigung gerichtete Klageantrag zu 2. ist zulässig, insbesondere ist er hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Antrag ist - wie die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausdrücklich klargestellt hat - dahin auszulegen, dass die Klägerin ihre Beschäftigung als Personalsachbearbeiterin oder mit einer vergleichbaren Tätigkeit in H verlangt *(vgl. zu den Anforderungen an die Bestimmtheit des Beschäftigungsantrags BAG 27. Mai 2015 - 5 AZR 88/14 - Rn. 44, BAGE 152, 1)*. 52

II. Da der Klageantrag zu 1. begründet ist, ist die Beklagte zwar grundsätzlich verpflichtet, die Klägerin im bestehenden Arbeitsverhältnis vertragsgerecht zu beschäftigen *(zum Beschäftigungsanspruch im bestehenden Arbeitsverhältnis vgl. BAG 9. April 2014 - 10 AZR 637/13 - Rn. 14, BAGE 148, 16)*. Allerdings kann der Senat aufgrund der bislang vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilen, ob der Beklagten eine Beschäftigung der Klägerin als Personalsachbearbeiterin oder mit einer vergleichbaren Tätigkeit in H möglich ist. Insoweit ist den Parteien zudem Gele- 53

genheit zu ergänzendem Vortrag zu geben. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils *(§ 562 Abs. 1 ZPO)* im Kostenpunkt und insoweit, als der Antrag zu 2. der Klägerin abgewiesen wurde, sowie im Umfang der Aufhebung zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht *(§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO)*.

Schlewing Vogelsang Roloff

F. Rojahn Schirp

ECLI:DE:BAG:2018:260418.U.8AZR422.17.0