Bundesarbeitsgericht Achter Senat	Urteil vom 25. Januar 2018 - 8 AZR 524/16 - ECLI:DE:BAG:2018:250118.U.8AZR524.16.0
I. Arbeitsgericht Nordhausen	Urteil vom 15. September 2015 - 1 Ca 810/14 -
II. Thüringer Landesarbeitsgericht	Urteil vom 19. Juli 2016 - 1 Sa 406/15 und 1 Sa 413/15 -

---

Entscheidungsstichworte:

Betriebsübergang - „Betriebsübergangs-Feststellungsklage“ - Prozessverwirkung - 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 524/16
1 Sa 406/15
1 Sa 413/15
Thüringer
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
25. Januar 2018

URTEIL

Wirth, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte zu 4., Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

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

Die Revision der Beklagten zu 4. gegen das Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 19. Juli 2016 - 1 Sa 406/15 - und - 1 Sa 413/15 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte zu 4. hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Klägerin und die vormalige Beklagte zu 4. (im Folgenden Beklagte) streiten darüber, ob das Arbeitsverhältnis zwischen ihnen über den 31. März 2011 hinaus fortbesteht, und in diesem Zusammenhang darüber, ob das Arbeitsverhältnis zum 1. April 2011 infolge eines Betriebsübergangs auf die vormalige Beklagte zu 1., die I W GmbH + Co. KG, die später unter F H-K GmbH + Co. KG firmierte (im Folgenden F), übergegangen ist. Ferner begehrt die Klägerin ihre Weiterbeschäftigung. 1

Die Klägerin war langjährig als Produktionsmitarbeiterin im Betrieb der Beklagten in N beschäftigt. Dort stellte die Beklagte hauptsächlich Fensterbänke sowie technische Formteile her. Hierzu setzte sie die in ihrem Eigentum stehenden Betriebsmittel ein. Neben dem Betrieb in N unterhielt die Beklagte Betriebe in O und in B. 2

Im Sommer 2010 beschloss der Beirat der Beklagten 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 die Bereiche Einkauf, Vertrieb, Marketing, Forschung und Entwicklung sowie das Rechnungswesen etc. für die W GmbH + Co. KG mittels Dienstleistungsverträgen erledigen. Die neu gegründete Gesellschaft soll dabei die Möglichkeit haben, neben der Auftragsproduktion für die W GmbH + Co. KG eigene, nicht in Konkurrenz zu den W-Produkten stehende Produkte zu entwickeln und zu vertreiben sowie Fremdaufträge von anderen Unternehmen (ausgenommen Konkurrenzunternehmen) zu übernehmen.
>
> Die Arbeitsverhältnisse der W GmbH + Co. KG sollen auf die neu gegründete W I GmbH + Co. KG übergehen (Betriebsübergang gemäß § 613a BGB).
>
> Die Rechtsverhältnisse zwischen den beiden Gesellschaften werden durch Abschluss entsprechender Verträge (z.B. Dienstleistungsverträge) geregelt.
>
> Es handelt sich um eine strategische Entscheidung, die mittel- und langfristige Vorteile für das Unternehmen hat, v.a. im arbeitsrechtlichen Bereich.“

Am 28. Oktober 2010 vereinbarten die Beklagte und der bei ihr gebildete 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 Beklagte 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 Kalendermo-

nats.

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 Arbeits-tagen 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. 0,8 Mio. €.

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

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

§ 10

Gewerbliche Schutzrechte

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

…

§ 14

Vertragsdauer

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

Fall beträgt die Kündigungsfrist ein Jahr.

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

…“

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

Nahezu alle Arbeitnehmer - so auch die Klägerin - widersprachen dem von der Beklagten und der F angenommenen Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf die F nicht, erbrachten über den 31. März 2011 hinaus ihre Arbeitsleistung an ihren bisherigen Arbeitsplätzen in unveränderter Art und Weise und stellten weiterhin ausschließlich W-Produkte her. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts trat die F ab dem 1. April 2011 lediglich gegenüber den Arbeitnehmern, den Gewerkschaften, den Betriebsräten und der Finanz- und Sozialverwaltung im eigenen Namen - als Arbeitgeber - auf. 7

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

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

Nachdem in der Folgezeit Verhandlungen über einen Interessenausgleich vor der Einigungsstelle gescheitert waren, kündigte die F - nach Beteiligung des Betriebsrats und Erstattung einer Massenentlassungsanzeige - die bestehenden Arbeitsverhältnisse, soweit diese nicht auf andere Firmen übergingen. Gegenüber der Klägerin erklärte sie mit Schreiben vom 28. Juli 2014 die Kündigung zum 28. Februar 2015. 10

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

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

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

Die Klägerin hat zuletzt - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt 14

1. festzustellen, dass zwischen der Beklagten zu 4. und ihr über den 31. März 2011 hinaus ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis besteht,
2. die Beklagte zu 4. zu verurteilen, sie zu den bisherigen Arbeitsbedingungen als Produktionsmitarbeiterin weiter zu beschäftigen,
3. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten zu 4. und ihr durch die Kündigung der Beklagten zu 1. vom 28. Juli 2014 nicht beendet worden ist.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat die Auffassung 15
vertreten, die gegen sie gerichtete Klage sei rechtsmissbräuchlich, weil das Klagerecht prozessual verwirkt sei. Die über den Betriebsübergang unterrichtete Klägerin habe in Kenntnis sämtlicher Umstände über mehr als vier Jahre hinweg weder die Arbeitgeberstellung der F angezweifelt noch sie, die Beklagte, als Arbeitgeberin angesprochen.

Die Klage sei auch unbegründet. Das Arbeitsverhältnis zwischen ihr 16
und der Klägerin sei im Jahr 2011 infolge eines Betriebsübergangs auf die F übergegangen. Sie habe ihren Produktionsbetrieb unter Wahrung seiner wirtschaftlichen Identität auf die F übertragen, diese habe ihn auch tatsächlich fortgeführt. Die Betriebsmittel seien auf die F übergegangen, indem sie dieser zur Verfügung gestellt worden seien; auf die Eigentumsverhältnisse komme es insoweit nicht an. Die Art und Weise, wie die F am Markt aufgetreten sei, sei ebenso unerheblich. Maßgeblich sei allein, dass die F ab dem 1. April 2011 als Arbeitgeberin aufgetreten sei und die Leitungsmacht im Verhältnis zu den Arbeitnehmern ausgeübt habe.

Der Klägerin sei es jedenfalls verwehrt, sich ihr gegenüber auf das Be- 17
stehen eines Arbeitsverhältnisses zu berufen. Dies folge bereits daraus, dass die Monatsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB bereits seit mehr als vier Jahren abgelaufen sei. § 613a Abs. 6 BGB finde auch in den Fällen Anwendung, in

denen im Nachhinein das Vorliegen eines Betriebsübergangs in Frage gestellt werde.

Auch der Beschäftigungsantrag sei zurückzuweisen. Eine Beschäftigung der Klägerin in T sei unmöglich; die F sei abgewickelt und sie, die Beklagte, sei in N überhaupt nicht mehr tätig. 18

Das Arbeitsgericht hat der gegen die Beklagte gerichteten Klage im Wesentlichen stattgegeben und die Klage, soweit sie gegen die F und die vormaligen Beklagten zu 2. und 3. gerichtet war, abgewiesen. Gegen das Urteil des Arbeitsgerichts haben die Beklagte und die Klägerin Berufung eingelegt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufungen beider Parteien zurückgewiesen, die Berufung der Beklagten mit der Klarstellung, dass im Hinblick auf den Klageantrag zu 3. festgestellt wurde, dass das Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin durch die Kündigung der F vom 28. Juli 2014 nicht beendet worden ist. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der Revision. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision. 19

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zu Recht zurückgewiesen. Die Klage ist zulässig und begründet. 20

A. Der Klageantrag zu 1. ist zulässig und begründet. 21

I. Die Klage mit dem Antrag zu 1. ist in der gebotenen Auslegung zulässig. 22

1. Die Klägerin begehrt mit dem Antrag zu 1. die Feststellung, dass zwischen den Parteien über den 31. März 2011 hinaus ein Arbeitsverhältnis zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen besteht. Der Klageantrag zu 1. ist demgegenüber nicht als „negative Betriebsübergangs-Feststellungsklage“, 23

mithin nicht dahin auszulegen, dass die Klägerin die Feststellung begehrt, dass ihr Arbeitsverhältnis zum 1. April 2011 nicht nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB von der Beklagten auf die F übergegangen ist *(vgl. zu der - nicht tragenden - Erwägung zur eventuellen Zulässigkeit einer „Betriebsübergangs-Feststellungsklage“ BAG 24. September 2015 - 2 AZR 562/14 - Rn. 22, BAGE 152, 345)*.

a) Das Revisionsgericht hat prozessuale Willenserklärungen selbständig auszulegen. Maßgebend sind die für Willenserklärungen des Bürgerlichen Rechts entwickelten Grundsätze. Entsprechend § 133 BGB ist nicht am buchstäblichen Sinn des in der Prozesserklärung gewählten Ausdrucks zu haften, vielmehr ist der in der Erklärung verkörperte Wille zu ermitteln. Im Zweifel sind prozessuale Willenserklärungen so auszulegen, dass das gewollt ist, was aus Sicht der Prozesspartei nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der wohlverstandenen Interessenlage entspricht. Dabei sind die schutzwürdigen Belange des Prozessgegners zu berücksichtigen *(vgl. etwa BAG 15. September 2016 - 8 AZR 351/15 - Rn. 20; 7. Juli 2015 - 10 AZR 416/14 - Rn. 18, BAGE 152, 108; 2. September 2014 - 3 AZR 951/12 - Rn. 34)*. 24

b) Danach ist der Klageantrag zu 1. dahin auszulegen, dass die Klägerin die Feststellung des Fortbestands ihres Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu unveränderten vertraglichen Bedingungen über den 31. März 2011 hinaus begehrt und nicht etwa die Feststellung, dass ihr Arbeitsverhältnis zum 1. April 2011 nicht nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB von der Beklagten auf die F übergegangen ist. Hierfür spricht schon der unmissverständliche Wortlaut des Antrags. Eine Auslegung des Klageantrags als negative „Betriebsübergangs-Feststellungsklage“ würde auch nicht der wohlverstandenen Interessenlage der Klägerin entsprechen. Ein Klageantrag, mit dem lediglich das Ziel verfolgt würde festzustellen, dass kein Übergang des Arbeitsverhältnisses infolge eines Betriebsübergangs von der Beklagten auf die F stattgefunden hat, wäre unzulässig. Er wäre nicht auf die Feststellung eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses iSv. § 256 Abs. 1 ZPO gerichtet *(vgl. BAG 22. Juli 2003 - 1 AZR 575/02 - zu III 1 b bb der Gründe; 16. Mai 2002 - 8 AZR 320/01 - zu B II 1 der* 25

Gründe). Zwar muss sich ein Feststellungsantrag nicht notwendig auf ein Rechtsverhältnis als Ganzes beziehen, sondern kann sich auch auf Teilrechtsverhältnisse, etwa auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen beschränken. Bloße Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses, wozu auch die Frage gehört, ob es zu einem Übergang des Arbeitsverhältnisses infolge eines Betriebsübergangs gekommen ist oder nicht, können jedoch nicht zum Gegenstand eines Feststellungsantrags gemacht werden *(zum feststellungsfähigen Rechtsverhältnis iSv. § 256 Abs. 1 ZPO vgl. BAG 28. März 2017 - 1 ABR 40/15 - Rn. 16 mwN; 21. März 2017 - 7 AZR 222/15 - Rn. 15)*.

2. In dieser Auslegung ist die Klage mit dem Antrag zu 1. zulässig. Der Klageantrag ist auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses iSv. § 256 Abs. 1 ZPO, nämlich eines zu unveränderten Vertragsbedingungen bestehenden Arbeitsverhältnisses gerichtet. Für die begehrte Feststellung besteht auch das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse. Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten steht der Zulässigkeit der Klage nicht der durchgreifende Einwand der prozessualen Verwirkung entgegen. 26

a) Das für den Feststellungsantrag nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse liegt vor, da die Beklagte einen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin über den 31. März 2011 hinaus in Abrede stellt. 27

b) Entgegen der Auffassung der Beklagten hat die Klägerin das Recht, den Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten klageweise geltend zu machen, nicht nach den für eine Prozessverwirkung geltenden Grundsätzen verwirkt. 28

aa) Zwar kann die Befugnis, eine Klage zu erheben, verwirkt werden mit der Folge, dass eine dennoch angebrachte Klage unzulässig ist. Dies kommt jedoch nur unter besonderen Voraussetzungen in Betracht. Das Klagerecht kann ausnahmsweise verwirkt sein, wenn der Anspruchsteller die Klage erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums *(Zeitmoment)* erhebt und zusätzlich ein 29

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

bb) Im Streitfall liegen - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat - die Voraussetzungen der Prozessverwirkung nicht vor. Der Beklagten ist die Einlassung auf das Klagebegehren nicht unzumutbar. 30

(1) Die Klägerin hat ihre auf die Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses gerichtete Klage gegenüber der Beklagten bereits nach etwas mehr als vier Jahren nach dem (vermeintlichen) Betriebsübergang erhoben. Die Beklagte hat auch keine besonderen Umstände dargetan, auf Grund derer es ihr aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht zugemutet werden könnte, sich im Rahmen eines Rechtsstreits auf das Klagebegehren einzulassen und sich hiergegen zu verteidigen. Sie hat sich insoweit lediglich darauf berufen, die Arbeitnehmer hätten - wie sich nicht zuletzt aus den zum Abschluss eines Interessenausgleichs geführten Verhandlungen ergebe - die Betriebsübernahme durch die F nachdrücklich und ausdauernd verteidigt und selbst nach Ausspruch der Kündigung im Kündigungsschutzprozess in keiner Weise darauf verwiesen, dass sie von einem fehlenden Betriebsübergang ausgingen. Dies reicht jedoch für das zur Prozessverwirkung erforderliche Umstandsmoment 31

nicht aus. Die von der Beklagten geschilderten Umstände waren von vornherein nicht geeignet, bei ihr ein berechtigtes Vertrauen darauf zu begründen, dass die Klägerin ihre Rechte nicht mehr klageweise geltend machen würde. Im Gegenteil, der Beklagten musste vielmehr bereits aufgrund der Tatsache, dass andere Arbeitnehmer einen Betriebsübergang von ihr auf die F in Abrede gestellt und einen Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses mit ihr über den 31. März 2011 hinaus reklamiert hatten, die rechtliche Problematik ihres Vorgehens im Zusammenhang mit der „Vereinbarung über Lohnfertigung und Geschäftsbesorgungsvertrag über Betriebsführung“ bekannt sein. Sie musste deshalb damit rechnen, dass auch andere Arbeitnehmer - wie die Klägerin - entsprechende Klagen erheben würden. Die Beklagte trägt zudem nichts zu der Frage vor, inwieweit sie im Hinblick auf das Verhalten der Klägerin im Vertrauen auf den Übergang des Arbeitsverhältnisses der Klägerin bestimmte Dispositionen getroffen haben will.

(2) Aus dem Umstand, dass die Klägerin sich zunächst nur mit einer Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung der F vom 28. Juli 2014 zur Wehr gesetzt und von einer Klage gegen die Beklagte zunächst abgesehen hatte, folgt nichts Abweichendes. Solange noch nicht abschließend geklärt war, ob es mit dem 1. April 2011 zu einem Betriebsübergang von der Beklagten auf die F gekommen war, musste die Klägerin - auch um sich ein Widerspruchsrecht gegen einen etwaigen Übergang ihres Arbeitsverhältnisses von der Beklagten auf die F zu erhalten und sich nicht dem Vorwurf einer unzulässigen Rechtsausübung *(§ 242 BGB)* aufgrund einer Disposition über ihr 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 innerhalb der Frist des § 4 Satz 1 KSchG die Kündigung der F angreifen. Im Übrigen hat sich die Klägerin mit der Erhebung der Kündigungsschutzklage genau so verhalten, wie es die Beklagte nach den gesamten Umständen, insbesondere aufgrund ihres eigenen Unterrichtungsschreibens vom 1. März 2011 über einen Betriebsübergang auf die F erwarten musste. Dass die Klägerin seit 2013 von der Liquidation der F wusste 32

und im Jahr 2014 von den Interessenausgleichsverhandlungen und dem Tätigwerden der Einigungsstelle erfahren hat, ist insoweit ohne Belang. Ebenso wenig wirkt sich aus, dass die Klägerin etwas mehr als vier Jahre die Arbeitgeberstellung der F nicht angezweifelt und die Beklagte nicht als Arbeitgeber angesprochen hatte.

II. Der Klageantrag zu 1. ist auch begründet. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien besteht über den 31. März 2011 zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen fort. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht infolge eines Betriebsübergangs iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die F übergegangen ist und dass die Klägerin ihr Recht, sich auf den Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu berufen, auch nicht verwirkt hat. Der Begründetheit der Klage steht auch nicht die Regelung in § 613a Abs. 6 BGB entgegen. 33

1. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht infolge eines Betriebsübergangs iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zum 1. April 2011 auf die F übergegangen ist. Da die einschlägigen unionsrechtlichen Vorgaben durch die im Folgenden dargestellte und zitierte Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union geklärt sind, bedurfte es - anders als die Beklagte meint - auch keines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV. 34

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)*. 35

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 36

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

Zudem ist die Richtlinie 2001/23/EG nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nur in den Fällen anwendbar, in denen die für den Betrieb des Betriebs oder Unternehmens, dh. die für den 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* 37

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 anzuwenden- 38
den Bestimmungen des nationalen Rechts, hier: § 613a BGB, maßgebend *(vgl. auch BAG 27. April 2017 - 8 AZR 859/15 - Rn. 31)*.

bb) Ein Betriebs(teil-)übergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB setzt dem- 39
nach 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)*.

b) Danach ist der Betrieb in N und damit die wirtschaftliche Einheit, in de- 40
ren Rahmen das Arbeitsverhältnis der Klägerin bestand, nicht zum 1. April 2011 von der Beklagten auf die F übergegangen. Es fehlt an einem Wechsel in der Person des für den Betrieb der wirtschaftlichen Einheit Verantwortlichen.

aa) Zwar hat die Beklagte der F entsprechend der „Vereinbarung über 41
Lohnfertigung und Geschäftsbesorgungsvertrag über Betriebsführung“ von März 2011 ab dem 1. April 2011 die für die Herstellung und Bearbeitung der W-Produkte erforderlichen Betriebsmittel zur Verfügung gestellt. Auch wurden über den 31. März 2011 hinaus in den der F zur Nutzung überlassenen Betriebsräumlichkeiten der Beklagten weiterhin W-Produkte hergestellt und bearbeitet. Gegen einen Betriebs(teil-)übergang iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB spricht insoweit nicht, dass die vorgenannten Betriebsmittel im Eigentum der Beklagten verblieben sind. Für die Anwendung der Richtlinie 2001/23/EG und damit auch

für die Anwendung von § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB kommt es nicht darauf an, dass der Erwerber das Eigentum an den erforderlichen Aktiva, insbesondere Vermögensgegenständen, erwirbt bzw. dass dieses überhaupt übertragen wird *(EuGH 15. Dezember 2005 - C-232/04 und C-233/04 - [Güney-Görres] Rn. 37; 20. November 2003 - C-340/01 - [Abler] Rn. 41; 2. Dezember 1999 - C-234/98 - [Allen ua.] Rn. 16 und 30)*. Maßgeblich ist vielmehr die tatsächliche Verfügungsbefugnis.

bb) Die F hat allerdings nicht die Verantwortlichkeit für den Betrieb der in Rede stehenden wirtschaftlichen Einheit übernommen. 42

(1) Verantwortlich für den Betrieb einer wirtschaftlichen Einheit ist die Person, die die wirtschaftliche Einheit im eigenen Namen führt und nach außen als deren Inhaber auftritt. Der bisherige Inhaber muss seine wirtschaftliche Betätigung in dem Betrieb oder Betriebsteil einstellen *(vgl. BAG 10. Mai 2012 - 8 AZR 434/11 - Rn. 27; 15. Dezember 2005 - 8 AZR 202/05 - zu B I 1 c aa der Gründe mwN)*. Danach reicht es nicht aus, lediglich im Verhältnis zur Belegschaft als Inhaber aufzutreten. Erforderlich ist vielmehr die Nutzung der wirtschaftlichen Einheit nach außen *(vgl. BAG 10. Mai 2012 - 8 AZR 434/11 - aaO; 31. Januar 2008 - 8 AZR 2/07 - Rn. 28)*. Diese Auslegung von § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB entspricht der Auslegung von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 durch den Gerichtshof der Europäischen Union, wonach der Zeitpunkt des Übergangs im Sinne dieser Bestimmung dem Zeitpunkt entspricht, zu dem die Inhaberschaft, mit der die Verantwortung für den Betrieb 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)*. 43

(2) Danach hat die F zu keinem Zeitpunkt die Verantwortung für den Betrieb der in Rede stehenden wirtschaftlichen Einheit übernommen, vielmehr ist diese Verantwortung über den 31. März 2011 bei der Beklagten verblieben. Die Beklagte hat ihre wirtschaftliche Betätigung in der in Rede stehenden wirtschaftlichen Einheit nicht eingestellt. 44

Dies ergibt sich aus der „Vereinbarung über Lohnfertigung und Geschäftsbesorgungsvertrag über Betriebsführung“ aus März 2011. Zwar heißt es in § 1 Abs. 1 Satz 1 der Vereinbarung, dass die I W (die spätere F) die komplette Produktion der W-Produkte an allen drei inländischen Standorten ab dem 1. April 2011 in „Lohnfertigung“ weiterführt; auch waren die Beklagte und die F in § 6 Abs. 1 der Vereinbarung übereingekommen, dass die F ab dem 1. April 2011 die Betriebsführung des gesamten Geschäftsbetriebs an allen drei inländischen Standorten übernimmt. Diese Abreden bewirkten jedoch nicht die Übertragung der Verantwortung für den Betrieb der wirtschaftlichen Einheit von der Beklagten auf die F. Zum einen hatten die Beklagte und die F in § 6 Abs. 1 der Vereinbarung ausdrücklich geregelt, dass die F die Betriebsführung „für W“ und nicht „an deren Stelle“ übernimmt, was nichts anderes bedeutet, als dass die F nicht im eigenen, sondern im Namen der Beklagten nach außen in Erscheinung treten sollte; zum anderen hatten die Beklagte und die F in § 7 Abs. 1 der Vereinbarung nochmals ausdrücklich bestätigt, dass die F bei ihrer Tätigkeit gemäß § 6, sofern diese im Zusammenhang mit der Lohnfertigung und der Herstellung der W-Produkte ausgeführt wird, für welche die Beklagte die Patentrechte und das Know-How besitzt, ausschließlich im Namen der Beklagten handelt. Insoweit hatte die Beklagte der F in § 7 Abs. 2 der Vereinbarung Generalhandlungsvollmacht zur Vertretung von W bei allen Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen eingeräumt, bei denen eine Stellvertretung gestattet ist und die der Betrieb des Gewerbes der Beklagten mit sich bringt. Auch diese Regelung bestätigt, dass die F nicht im eigenen Namen nach außen auftreten sollte, sondern dass aus Rechtsgeschäften der F ausschließlich die Beklagte berechtigt und verpflichtet sein sollte. Nach den vertraglichen Vereinbarungen sollte die F demnach nur wie ein leitender Angestellter bzw. Generalbevollmächtigter für die Beklagte tätig werden und damit gerade nicht die Verantwortung für den Betrieb der in Rede stehenden wirtschaftlichen Einheit nach außen übernehmen. Diese sollte bei der Beklagten verbleiben, die weiterhin als Inhaber der wirtschaftlichen Einheit nach außen hin auftreten wollte. 45

Etwas anderes folgt weder daraus, dass die F gegenüber den Arbeitnehmern, den Gewerkschaften, den Betriebsräten sowie gegenüber verschiedenen Behörden (zB der Sozial- und Finanzverwaltung) - soweit es um die Arbeitsverhältnisse ging - tatsächlich im eigenen Namen aufgetreten ist, noch aus der in § 6 Abs. 2 der Vereinbarung getroffenen Regelung. Zwar sollte danach die Geschäftsbesorgung und die Betriebsführung durch die F mit eigenen, auf sie gemäß § 613a BGB übergegangenen Arbeitnehmern erfolgen. Diese Regelung unterstreicht aber nur, dass die Beklagte und die F nicht von einer Personalgestellung, sondern von einem Betriebsübergang ausgingen. Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch, dass die F gegenüber den Arbeitnehmern ua. (zB der Sozial- und Finanzverwaltung) - 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. 46

2. Dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien steht ferner nicht die Regelung in § 613a Abs. 6 BGB entgegen. Anders als die Beklagte meint, war die Klägerin nach Ablauf der einmonatigen Frist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nach Zugang des Unterrichtungsschreibens der Beklagten und der F vom 1. März 2011 nicht daran gehindert, sich auf den Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu berufen. § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB ist im vorliegenden Fall weder unmittelbar noch analog anwendbar. 47

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. 48

Dass ein Betriebs(teil-)übergang von der Beklagten auf die F nicht stattgefunden hat, wurde unter Rn. 34 ff. ausgeführt.

b) § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB ist aber auch nicht analog in den Fällen anwendbar, in denen - wie hier - der vermeintliche Veräußerer und/oder der vermeintliche neue Inhaber den Arbeitnehmer über einen rechtsirrig angenommenen Betriebsübergang unterrichtet haben. Darauf, ob der Irrtum vermeidbar war, kommt es nicht an. 49

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 soweit mit dem vom Gesetzgeber geregelten Tatbestand vergleichbar sein, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie beim Erlass der herangezogenen Norm, zum gleichen Abwägungsergebnis gekommen *(vgl. etwa BGH 18. Oktober 2017 - IV ZR 97/15 - Rn. 22; 17. Oktober 2017 - VI ZR 477/16 - Rn. 19 mwN; 4. Dezember 2014 - III ZR 61/14 - Rn. 9 mwN; vgl. etwa BAG 12. Juli 2016 - 9 AZR 352/15 - Rn. 19; 24. September 2015 - 6 AZR 511/14 - Rn. 26 mwN; 23. Juli 2015 - 6 AZR 490/14 - Rn. 34, BAGE 152, 147)*. Der gesetzlich 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)*. 50

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, 51

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.

(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. 52

(2) Ebenso von Bedeutung ist, dass das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB den grundrechtlichen Wertungen des Art. 12 Abs. 1 GG Rechnung trägt, der dem Arbeitnehmer die freie Wahl des Arbeitsplatzes und damit auch die freie Wahl des Vertragspartners garantiert. Der Arbeitnehmer soll nicht verpflichtet werden, für einen Arbeitgeber zu arbeiten, den er nicht frei gewählt hat *(BT-Drs. 14/7760 S. 20 unter Hinweis auf BAG 22. April 1993 - 2 AZR 50/92 -; vgl. auch BAG 19. November 2015 - 8 AZR 773/14 - Rn. 17, BAGE 153, 296; 24. April 2014 - 8 AZR 369/13 - Rn. 18, BAGE 148, 90; zu den Wertungen von Art. 15 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC), wonach jede Person das Recht hat, zu arbeiten und einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben, mithin auch bei der Wahl des Arbeitgebers frei sein muss und nicht verpflichtet werden kann, für einen Arbeitgeber zu arbeiten, der nicht frei gewählt wurde vgl. etwa EuGH 16. Dezember 1992 - C-132/91,* 53

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. 54

(4) Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten erfordert auch der Zweck der Frist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB keine andere Bewertung. Zwar hat der Gesetzgeber mit der Monatsfrist dem Bedürfnis von bisherigem Arbeitgeber und neuem Inhaber nach Planungssicherheit Rechnung getragen. Letztere sollen durch eine ordnungsgemäße Unterrichtung innerhalb einer kurzen Zeit eine rechtssichere Zuordnung der Arbeitsverhältnisse herbeiführen können *(vgl. BT-Drs. 14/7760 S. 19; BAG 19. November 2015 - 8 AZR 773/14 - Rn. 29, BAGE 153, 296)*. Liegt jedoch kein Betriebsübergang vor, besteht auf Seiten des Arbeitgebers und des vermeintlichen neuen Inhabers kein schutzwürdiges Interesse an der Gewährleistung einer Planungssicherheit. Dies gilt auch, wenn der Arbeitgeber und/oder der vermeintliche neue Inhaber über einen aus ihrer Sicht vorliegenden Betriebsübergang unterrichtet und sich dabei in einem ent- 55

schuldbaren 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.

3. Entgegen der Ansicht der Beklagten hatte die Klägerin ihr Recht, sich auf den Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu berufen, auch nicht verwirkt. 56

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)*. 57

aa) Zeitmoment und Umstandsmoment beeinflussen sich wechselseitig; beide Elemente sind - bildhaft ausgedrückt - im Sinne „kommunizierender Röhren“ miteinander verbunden *(vgl. BAG 24. August 2017 - 8 AZR 265/16 - Rn. 19; 22. Juni 2011 - 8 AZR 752/09 - Rn. 30)*. Je stärker das gesetzte Vertrauen oder die Umstände sind, die eine Geltendmachung für den Gegner unzumutbar machen, desto schneller kann ein Anspruch oder Recht verwirken *(BAG 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - Rn. 27)*. Umgekehrt gilt, je länger der Arbeitnehmer untätig geblieben ist, desto geringer sind die Anforderungen an das Umstandsmoment. Es müssen letztlich besondere Verhaltensweisen sowohl des Berechtigten als auch des Verpflichteten vorliegen, die es rechtfertigen, die 58

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)*. 59

b) Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Klägerin habe ihr Recht, sich auf den unveränderten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten über den 31. März 2011 hinaus zu berufen, nicht verwirkt, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 60

aa) Dabei kann dahinstehen, ob das Recht, sich auf den Bestand eines Arbeitsverhältnisses zu berufen, überhaupt verwirkt werden kann *(bejahend BAG 30. Januar 1991 - 7 AZR 497/89 - zu I 2 der Gründe, BAGE 67, 124; offengelassen von BAG 24. Mai 2006 - 7 AZR 365/05 - Rn. 30; 10. Oktober 2007 - 7 AZR 448/06 - Rn. 25; 20. September 2016 - 9 AZR 735/15 - Rn. 47; zweifelnd BAG 18. Februar 2003 - 3 AZR 160/02 - zu B II 2 a der Gründe, BAGE 105, 59).* Das Landesarbeitsgericht hat jedenfalls die von der Rechtsprechung entwickelten rechtlichen Voraussetzungen der Verwirkung beachtet und ist unter Berücksichtigung aller erheblichen Gesichtspunkte zu der revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Annahme gelangt, das Verhalten der Klägerin sei nicht als eine endgültige Akzeptanz der F als Arbeitgeber zu werten, sondern beruhe auf der rechtsirrigen Annahme eines vollzogenen Betriebsübergangs. Es sei weder eine neue Vertragsgrundlage geschaffen noch seien 61

Vereinbarungen getroffen worden, die auf eine Beendigung der Rechtsbeziehung zur Beklagten abzielten. Der Umstand, dass sich die Klägerin nicht schon früher auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten berufen habe, beruhe darauf, dass erst das vorliegende Verfahren und die parallel geführten Streitigkeiten die elementaren Zusammenhänge verdeutlicht hätten.

bb) Hiergegen kann die Beklagte nicht mit Erfolg einwenden, das Landesarbeitsgericht habe bei ihrer Beurteilung den Umstand außer Acht gelassen, dass die Klägerin sich zunächst nur mit einer Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung der F vom 28. Juli 2014 zur Wehr gesetzt und von einer Klage gegen die Beklagte zunächst abgesehen hat. Die Klägerin hat mit der Kündigungsschutzklage nicht zu erkennen gegeben, an einem Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten nicht mehr interessiert zu sein. Eine Klageerhebung gegenüber der F innerhalb der Frist des § 4 Satz 1 KSchG war vielmehr schon deshalb geboten, um ein Wirksamwerden der Kündigung der F nach § 7 KSchG zu verhindern. Solange noch nicht abschließend geklärt war, ob es mit dem 1. April 2011 zu einem Betriebsübergang von der Beklagten auf die F gekommen war, musste die Klägerin - auch um sich für den Fall eines Betriebsübergangs ein Widerspruchsrecht gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses von der Beklagten auf die F zu erhalten und sich nicht dem Vorwurf einer unzulässigen Rechtsausübung *(§ 242 BGB)* aufgrund einer Disposition über ihr Arbeitsverhältnis auszusetzen *(vgl. hierzu BAG 24. August 2017 - 8 AZR 265/16 - Rn. 50; 26. Mai 2011 - 8 AZR 18/10 - Rn. 32; 18. März 2010 - 8 AZR 840/08 - Rn. 35; 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 - Rn. 45)* - zunächst die Kündigung der F vom 28. Juli 2014 angreifen. Im Übrigen gilt auch hier, dass sich die Klägerin mit der Erhebung der Kündigungsschutzklage genau so verhalten hat, wie es die Beklagte nach den gesamten Umständen, insbesondere aufgrund ihres eigenen Unterrichtungsschreibens vom 1. März 2011 über einen Betriebsübergang auf die F erwarten musste. Dass die Klägerin 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 sie über vier Jahre die Arbeitgeberstellung 62

der F nicht angezweifelt und die Beklagte nicht als Arbeitgeber angesprochen hatte, ohne Belang.

cc) Die Beklagte kann schließlich auch aus dem von ihr angezogenen Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 22. Juni 2011 *(- 8 AZR 204/10 -)* nichts zu ihren Gunsten ableiten. Dies folgt bereits daraus, dass das Bundesarbeitsgericht in dieser Entscheidung nicht zu prüfen hatte, ob das Recht, sich auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zum Arbeitgeber zu berufen, verwirkt war, sondern es darum ging zu beurteilen, ob das Zeit- und das Umstandsmoment für die Annahme der Verwirkung des Widerspruchsrechts des Arbeitnehmers nach § 613a Abs. 6 BGB vorlagen. 63

B. Das Landesarbeitsgericht hat auch zu Recht im Hinblick auf den Klageantrag zu 3. festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten durch die Kündigung der F vom 28. Juli 2014 nicht beendet worden ist. Diese Kündigung war schon deshalb nicht geeignet, das Arbeitsverhältnis der Parteien zu beenden, weil die F zu keinem Zeitpunkt Arbeitgeberin der Klägerin geworden ist und daher nicht wirksam im eigenen Namen eine auf die Beendigung des zwischen der Klägerin und der Beklagten bestehenden Arbeitsverhältnisses gerichtete Willenserklärung abgeben konnte. 64

C. Die Klage mit dem auf Beschäftigung gerichteten Antrag zu 2. ist ebenfalls zulässig und begründet. 65

I. Der Klageantrag zu 2. ist zulässig, insbesondere ist er hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. 66

1. Wird mit einer Klage ein vertraglicher Beschäftigungsanspruch geltend gemacht, muss der Antrag - wie bei einer auf Weiterbeschäftigung während des Laufs eines Kündigungsschutzprozesses gerichteten Klage - verdeutlichen, um welche Art von Beschäftigung es geht. Für den Schuldner muss aus rechtsstaatlichen Gründen erkennbar sein, in welchen Fällen er bei einer entsprechenden Verurteilung mit einem Zwangsmittel zu rechnen hat *(vgl. BAG 28. Februar 2003 - 1 AZB 53/02 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 105, 195)*. Ande- 67

rerseits erfordern das Rechtsstaatsprinzip und das daraus folgende Gebot effektiven Rechtsschutzes *(BVerfG 12. Februar 1992 - 1 BvL 1/89 - zu C I der Gründe, BVerfGE 85, 337)*, dass materiell-rechtliche Ansprüche effektiv durchgesetzt werden können. Bei im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebener Arbeitspflicht kann der Klageantrag aus materiell-rechtlichen Gründen zwar nicht so genau sein, dass er auf eine ganz bestimmte im Einzelnen beschriebene Tätigkeit oder Stelle zugeschnitten ist. Auf eine derartige Beschäftigung hat der Arbeitnehmer regelmäßig auch keinen Anspruch, weil dem Arbeitgeber das Weisungsrecht nach § 106 GewO zusteht. Vor diesem Hintergrund ist es jedenfalls erforderlich, dass die Art der begehrten Beschäftigung des Arbeitnehmers aus dem Antrag ersichtlich ist. Einzelheiten hinsichtlich der Art der Beschäftigung oder der sonstigen Arbeitsbedingungen muss der Antrag demgegenüber nicht enthalten. Vielmehr reicht es aus, wenn sich aus dem Antrag und einem entsprechenden Titel das Berufsbild, mit dem der Arbeitnehmer beschäftigt werden soll, ergibt oder diesem zu entnehmen ist, worin die ihm zuzuweisende Tätigkeit bestehen soll *(BAG 27. Mai 2015 - 5 AZR 88/14 - Rn. 44, BAGE 152, 1; 6. Juli 2011 - 4 AZR 568/09 - Rn. 25; 15. April 2009 - 3 AZB 93/08 - Rn. 19, BAGE 130, 195; 10. Mai 1989 - 4 AZR 79/89 -)*.

2. Daran gemessen ist der Antrag zu 2. hinreichend bestimmt. Das Berufsbild ist vorliegend durch die Formulierung „Produktionsmitarbeiterin“ und den Verweis auf die bisherigen Arbeitsbedingungen in ausreichender Weise umschrieben. Für die Beklagte ist damit erkennbar, welche Art von Beschäftigung die Klägerin erstrebt. 68

II. Der Klageantrag zu 2. ist auch begründet. 69

Die Beschäftigungspflicht im bestehenden Arbeitsverhältnis folgt aus §§ 611, 613 iVm. § 242 BGB sowie dem durch Art. 1 und Art. 2 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers *(BAG 9. April 2014 - 10 AZR 637/13 - Rn. 14, BAGE 148, 16; 27. Februar 1985 - GS 1/84 - zu C I der Gründe, BAGE 48, 122; 10. November 1955 - 2 AZR 591/54 - zu II der Gründe, BAGE 2, 221)*. 70

Zwar kann der Arbeitgeber eine Beschäftigung des Arbeitnehmers ablehnen, wenn dieser schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen *(BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - zu C II 3 der Gründe, BAGE 48, 122)*. Ferner besteht dann keine Beschäftigungspflicht, wenn für den Arbeitgeber eine Beschäftigung des Arbeitnehmers unmöglich ist, etwa weil er keinen Betrieb mehr unterhält *(vgl. BAG 27. Februar 2002 - 9 AZR 562/00 - zu B I der Gründe, BAGE 100, 339)*, oder wenn die Aufrechterhaltung der Arbeit nur mit wirtschaftlich nicht sinnvollen und damit nicht zumutbaren Mitteln möglich wäre, § 275 Abs. 1 BGB *(BAG 9. Juli 2008 - 5 AZR 810/07 - Rn. 23, BAGE 127, 119)*. 71

Diese Voraussetzungen liegen jedoch nicht vor. Die Beklagte hat weder schutzwürdige Interessen noch Umstände dargetan, aufgrund derer ihr eine Beschäftigung der Klägerin unmöglich geworden wäre. Der Produktionsbetrieb in N existiert nach wie vor. Die dort befindlichen Produktionsanlagen stehen nach wie vor im Eigentum der Beklagten. Soweit die Beklagte sich darauf beruft, sie selbst nehme dort keine Tätigkeiten mehr wahr und sei vertraglich verpflichtet, Räume und Maschinen anderen Unternehmen zur Nutzung zu überlassen, folgt daraus noch nicht, dass ihr insoweit jegliche Zugriffsmöglichkeit fehlt. Angaben über die genaue Ausgestaltung der Verträge mit anderen Firmen hat die Beklagte nicht gemacht, insbesondere nicht dazu, welche Befugnisse ihr im Verhältnis zu diesen zustehen. 72

Schlewing Vogelsang Roloff

R. Kandler Bloesinger

ECLI:DE:BAG:2018:250118.U.8AZR524.16.0