

**Folge einer Nichtentscheidung des Berufungsgerichts über anhängigen Hilfsantrag ;
Rechtsschutzinteresse bei Klage gegen Kündigung wegen Betriebsübergang gegen
Betriebsveräußerer; Verwirkung der Geltendmachung eines Anspruchs (Klagerechts) unter
Berücksichtigung des Zeitmoments; Voraussetzungen eines Betriebsüberganges**

Gericht: BAG

Entscheidungsform: Urteil

Datum: 16.03.1989

Referenz: JurionRS 1989, 14484

Aktenzeichen: 2 AZR 726/87

ECLI: [keine Angabe]

Rechtsgrundlagen:

§ 242 BGB

§ 537 ZPO

§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO

§ 613 Buchst.a Abs. 4 BGB

BAG, 16.03.1989 - 2 AZR 726/87

Redaktioneller Leitsatz:

1. Der erkennende Senat hat bereits im Urteil vom 18.12.1980 (2 AZR 1006/78 = BAGE 34, 309) ausgeführt, über den durch sachlichen Zusammenhang mit dem Hauptantrag verbundenen Hilfsantrag sei in der Rechtsmittelinstanz zu entscheiden, wenn in der Berufungsinstanz der in erster Instanz zugunsten des Klägers entschiedene Hauptantrag abgewiesen werde. Wird nämlich die erstinstanzliche Entscheidung über den Hauptantrag durch die Berufung wieder in Frage gestellt, so fällt der gesamte Rechtsstreit in der Berufungsinstanz an.
2. Eine Kündigung ist nur dann gemäß § 613a Abs 4 BGB unwirksam, wenn die Tatsachen, die den Betriebsinhaberwechsel bedingen, der tragende Grund der Kündigung war.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz noch um die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung der Gemeinschuldnerin.
- 2 Der bei Klageerhebung 59 Jahre alte Kläger war 34 Jahre lang in dem Druckereibetrieb S AG in Mönchengladbach als Drucker beschäftigt und verdiente dort zuletzt ca. 3.100,00 DM brutto im Monat. Mit Schreiben vom 25. Juli 1984 kündigte die S AG das Arbeitsverhältnis des Klägers fristgemäß zum 31. März 1985, da Konkursantrag gestellt sei und der Betrieb zum 31. Juli 1984 eingestellt werde. Nach Ausspruch der Kündigung wurde das Konkursverfahren eröffnet und der Beklagte zum Konkursverwalter bestellt.
- 3 Aufgrund eines im Juni 1986 zustande gekommenen Interessenausgleichs erhielt der Kläger einen Betrag von 7.482,38 DM. Mit anwaltlichem Schreiben vom 23. Juli 1986 forderte er von der Beklagten eine darüber hinausgehende Abfindung in Höhe von ca. 48.000,00 DM und kündigte für den Fall der Nichtzahlung die gerichtliche Geltendmachung dieses Betrages sowie eine auf § 613 a Abs. 4 BGB gestützte Kündigungsschutzklage an. Nachdem der Beklagte mit Schreiben vom 30. Juli 1986 eine Zahlung abgelehnt hatte, hat der Kläger am 13. August 1986 die angekündigte Zahlungsklage erhoben und hilfsweise die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung vom 25. Juli 1984 begehrt.

- 4 Das Arbeitsgericht hat der Zahlungsklage stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Landesarbeitsgericht den Hauptantrag abgewiesen. Über den Hilfsantrag des Klägers hat es nicht entschieden, da dieser in der Berufungsinstanz nicht angefallen sei.
- 5 In der Revisionsinstanz hat der Kläger seinen Hauptantrag zurückgenommen und nur noch den Hilfsantrag weiter verfolgt.
- 6 Er hat vorgetragen, die Kündigung vom 25. Juli 1984 sei gemäß § 613 a Abs. 4 BGB unwirksam, denn die Firma S GmbH habe bereits am 1. August 1984 den Betrieb der S AG aufgenommen und die meisten Mitarbeiter der AG weiterbeschäftigt. Diese Arbeitnehmer hätten mit der GmbH jeweils vereinbaren müssen, das Arbeits- bzw. Angestelltenverhältnis werde zum 1. August 1984 neu begründet, arbeitsrechtliche Ansprüche gegen die S AG sollten nicht gegen die GmbH geltend gemacht werden, vorsorglich werde hierauf auch im Hinblick auf § 613 a BGB verzichtet. Ihm sei eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht angeboten worden. Das Arbeitsverhältnis sei aber gemäß § 613 a BGB auf die GmbH übergegangen, da die AG ihre Tätigkeit nicht eingestellt, sondern auf die GmbH übertragen habe.
- 7 Das Recht, sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung zu berufen, habe er nicht verwirkt. Da er von der Arbeit freigestellt worden sei, habe er die Entwicklung der S AG nur "am Rande" verfolgen können. Er habe zunächst keinen Kündigungsschutzprozeß angestrengt, weil er nicht zu den Bedingungen der S GmbH (15 % weniger Gehalt) habe arbeiten wollen und ein Sozialplan in Aussicht gestellt worden sei. Die Rechtslage sei für ihn nicht einschätzbar gewesen, obwohl er Ende 1984 die Übernahme ehemaliger Kollegen durch die GmbH beobachtet habe. Er sei mehr oder weniger an einer Klageerhebung gehindert worden, denn seitens des Beklagten sei auf den Sozialplan verwiesen worden, dessen Abschluß dieser andererseits aber hinausgezögert habe.
- 8 Der Kläger hat zuletzt Feststellung beantragt,
daß die Kündigung vom 25. Juli 1984 unwirksam sei.
- 9 Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt.
- 10 Er hat geltend gemacht, die Kündigung sei nicht gemäß § 613 a BGB unwirksam, der Kläger könne einen entsprechenden Beweis nicht erbringen. Die Kündigung sämtlicher Arbeitsverhältnisse der AG sei allein im Hinblick auf die Konkurseröffnung erfolgt.
- 11 Der Kläger könne sich zudem nach mehr als zwei Jahren nicht mehr auf die Unwirksamkeit der Kündigung berufen. Informationen über die Entwicklung der AG hätte er jederzeit von dem Betriebsrat erhalten können. Der Kläger sei an der Klageerhebung nicht gehindert worden, insbesondere habe er, der Beklagte, die Erstellung des Sozialplanes nicht absichtlich hinausgeschoben. Die Verzögerung sei bedingt gewesen durch die Schwierigkeiten, die Sozialplanansprüche richtig einzuordnen und die Notwendigkeit, durch Verwertung des Betriebsvermögens der AG liquide Mittel zu erhalten. Die Anspruchnahme des Sozialplanes einerseits und der Angriff auf die Kündigung andererseits stünden miteinander in Widerspruch.
- 12 Mit der Revision begehrt der Kläger eine Entscheidung über den Antrag hinsichtlich der Wirksamkeit der Kündigung.

Gründe

- 13 Die Revision ist begründet. Der Rechtsstreit war zur Verhandlung und Entscheidung über den Antrag betreffend die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.
- 14 I.

Die Revision rügt zu Recht, das Berufungsgericht habe entgegen § 537 ZPO über einen bei ihm anhängig gewordenen Hilfsantrag nicht entschieden.

- 15** Der erkennende Senat hat bereits im Urteil vom 18. Dezember 1980 (BAGE 34, 309, 326 = AP Nr. 22 zu § 102 BetrVG 1972, zu B III 1 der Gründe) in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 77, 120, 126; RGZ 105, 236, 242) und des Bundesgerichtshofs (LM Nr. 1 zu § 525 ZPO; BGHZ 41, 38, 39 ; VersR 1979, 645, 646) ausgeführt, über den durch sachlichen Zusammenhang mit dem Hauptantrag verbundenen Hilfsantrag sei in der Rechtsmittelinstanz zu entscheiden, wenn in der Berufungsinstanz der in erster Instanz zugunsten des Klägers entschiedene Hauptantrag abgewiesen werde. Wird nämlich die erstinstanzliche Entscheidung über den Hauptantrag durch die Berufung wieder in Frage gestellt, so fällt der gesamte Rechtsstreit in der Berufungsinstanz an (BGHZ 41, 38, 41).
- 16** Die dafür erforderliche Prozeßhandlung ist der Berufungszurückweisungsantrag des Klägers. Wenn nicht ausnahmsweise besondere Umstände entgegenstehen, ist dieser bei Sachzusammenhang dahingehend auszulegen, der Kläger wolle insgesamt im Rechtsstreit obsiegen und daher eine Entscheidung über sämtliche Anträge herbeiführen (so ausdrücklich RGZ 77, 120, 127). In der Regel kann nicht davon ausgegangen werden, der Kläger gebe das prozessuale Eventualverhältnis, in das er Haupt- und Hilfsantrag gestellt hat, auf, solange seinem Hauptantrag nicht rechtskräftig entsprochen worden ist.
- 17** Der sachliche Zusammenhang zwischen Haupt- und Hilfsantrag ist vorliegend gegeben, denn der Kläger macht Ansprüche aus einem einheitlichen Arbeitsverhältnis mit einer alternativen Begründung geltend. Mit dem Hilfsantrag begehrt er Feststellung des Fortbestandes seines Arbeitsverhältnisses, während er beim ursprünglichen Hauptantrag die Wirksamkeit der streitigen Kündigung zugrundegelegt hat.
- 18** **II.**
- Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, denn der Rechtsstreit ist noch nicht zur Entscheidung reif (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).
- 19** **1.**
- Das Landesarbeitsgericht wird nach Aufklärung des Sachverhaltes (§§ 278 , 139 ZPO) zunächst darüber zu befinden haben, ob einer gegen den Betriebsveräußerer gerichteten Klage, an dessen Stelle der Beklagte getreten ist, ein Rechtsschutzinteresse zuzuerkennen ist.
- 20** Da der Kläger die Klagfrist nach § 4 KSchG nicht eingehalten hat, ist nur über den Unwirksamkeitsgrund nach § 613 a Abs. 4 BGB zu befinden (vgl. BAGE 47, 13 = AP Nr. 39 zu § 613 a BGB). Ein gegen den angeblichen Betriebsveräußerer ergehendes Urteil entfaltet insoweit keine Rechtskraftwirkung gegenüber dem Betriebserwerber (KR-Wolf, 3. Aufl., § 613 a BGB RZ 118). Wenn die Klage nur der Vorbereitung von Ansprüchen aus § 613 a BGB gegen den behaupteten Betriebserwerber dienen sollte, ginge es um eine überflüssige Prozeßführung. Sollte die vorliegende Klage hingegen der Vorbereitung von arbeitsrechtlichen Ansprüchen gegen den Veräußerer dienen, was der Kläger u. a. mit der Darlegung des Nichtübergangs seines Arbeitsverhältnisses darzulegen hat, so wäre ein Rechtsschutzinteresse zu bejahen.
- 21** **2.**
- Erachtet das Berufungsgericht die Klage hinsichtlich des erforderlichen Rechtsschutzinteresses für zulässig, so ist vorliegend zunächst weiter zu klären, ob der Kläger nicht sein Klagerecht verwirkt hat. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAGE 11, 353 [BAG 02.11.1961 - 2 AZR 66/61] = AP Nr. 1 zu § 242 BGB Prozeßverwirkung; Urteil vom 11. November 1982 - 2 AZR 552/81 - AP Nr. 71 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag sowie Urteile vom 9. Januar 1987 - 2 AZR 37/86 - und - 2 AZR 126/86 -, unveröffentlicht, sowie vom 7. März 1980 - 7

AZR 177/78 - AP Nr. 54 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; zur Verwirkung bei Berufung auf die Unwirksamkeit einer Kündigung: BAGE 9, 330 = AP Nr. 43 zu § 626 BGB und Urteil vom 5. Dezember 1961 - 3 AZR 439/60 - AP Nr. 80 zu § 242 BGB Ruhegehalt; Urteil vom 20. Mai 1988 - 2 AZR 711/87 -, ZIP 1988, 1595 = NZA 1989, 16) das Klagerecht verwirkt, wenn der Anspruchsteller die Klage erst nach Ablauf eines längeren Zeitraumes erhebt (Zeitmoment) und dadurch ein Vertrauenstatbestand beim Anspruchsgegner geschaffen wird, er werde nicht mehr gerichtlich belangt. Hierbei muß das Erfordernis des Vertrauensschutzes das Interesse des Berechtigten an einer sachlichen Prüfung des von ihm behaupteten Anspruchs derart überwiegen, daß dem Gegner die Einlassung auf die nicht mehr innerhalb angemessener Frist erhobene Klage zuzumuten ist (vgl. BAGE 11, 353 [BAG 02.11.1961 - 2 AZR 66/61] = AP, aa0; Urteile vom 9. Januar 1987 - 2 AZR 37/86 - und - 2 AZR 126/86 -; Urteil vom 10. Januar 1956 - 3 AZR 245/54 - AP Nr. 3 zu § 242 BGB Verwirkung; BAG Urteil vom 20. Mai 1988, aa0; KR-Friedrich, 3. Aufl., § 13 KSchG Rz 305).

- 22** Das danach zunächst erforderliche Zeitmoment kann im vorliegenden Fall als erfüllt angesehen werden. Der zwischen Kündigung und Klageerhebung liegende Zeitraum von ca. zwei Jahren ist geeignet, in dem Anspruchsverpflichteten die Vorstellung zu erwecken, er werde nicht mehr in Anspruch genommen, zumal der Kläger selbst vorträgt, er habe die Entwicklung der Firma "am Rande" verfolgt.
- 23** Wie der Senat bereits in der Entscheidung vom 20. Mai 1988 (aa0) ausgeführt hat, indiziert das Zeitmoment nicht das sogenannte Umstandsmoment, sondern es bedarf besonderer Umstände für die berechnete Erwartung des Schuldners, er werde nicht mehr gerichtlich in Anspruch genommen. Ob diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind, vermag der Senat aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen nicht abschließend zu beurteilen. Es ist zu prüfen, ob der Beklagte bei Kenntnis des Klägers sich zumindest konkludent auf eine Nichtinanspruchnahme eingestellt hat, nachdem der Kläger über zwei Jahre hin untätig blieb. Im vorliegenden Fall liegen Anhaltspunkte für einen Versuch des Beklagten, den Betriebsübergang zu verschleiern, nicht vor. Das allein ergibt allerdings noch nicht das erforderliche Umstandsmoment, wobei hier besonders beachtlich ist, daß der bereits im Kündigungsschreiben in Aussicht gestellte Sozialplan erst im Juni 1986 erstellt und abgewickelt wurde. Solange die betroffenen Arbeitnehmer aber noch nicht wußten, welchen Ausgleich sie für den Verlust ihres Arbeitsplatzes erhalten sollten, konnte der Beklagte redlicherweise nicht darauf vertrauen, sie würden sich nicht auf die Unwirksamkeit der Kündigung berufen. Dabei ist es unerheblich, ob der Beklagte - wie der Kläger behauptet - die Abwicklung des Sozialplanes absichtlich verzögert hat oder ob tatsächlich zunächst Sachvermögen der Gemeinschuldnerin verwertet werden mußte. Denn auch im letzteren Fall konnte der Beklagte noch kein Vertrauen in die endgültige Wirksamkeit der Kündigung entwickeln.
- 24** Der Beklagte kann sich auch nicht auf ein widersprüchliches Verhalten des Klägers berufen, das in der Entgegennahme der Abfindung einerseits und in der Klageerhebung andererseits liegen soll. Der Kläger hat auch im vorliegenden Rechtsstreit zum Ausdruck gebracht, er sei grundsätzlich nicht abgeneigt, der Auflösung seines Arbeitsverhältnisses zuzustimmen. Er hat nämlich in erster Linie einen Nachteilsausgleich nach § 113 BetrVG geltend gemacht. Nur weil dieser aus konkursrechtlichen Gründen im vorliegenden Verfahren nicht realisierbar war, hat er schließlich allein den zunächst hilfsweise erhobenen Feststellungsantrag verfolgt. Es ist dabei nicht zu beanstanden, wenn ein Arbeitnehmer eine rechtsunwirksame Kündigung bei Zahlung einer angemessenen Abfindung hinnehmen will.
- 25** **3.**
- Hat der Kläger sein Klagerecht nicht verwirkt, so hat das Landesarbeitsgericht zu prüfen, ob eine Betriebsveräußerung vorliegt und ob der Veräußerer wegen dieser die Annahme der Betriebsveräußerung rechtfertigenden Tatsachen gekündigt hat.
- 26** a)
- Dem Vortrag des Klägers, die GmbH habe die Tätigkeit der stillgelegten AG am 1. August 1984 aufgenommen, ist aus dem Gesamtzusammenhang nicht nur der Hinweis auf eine

Funktionsnachfolge zu entnehmen, die die Rechtsfolgen des § 613 a BGB nicht auslösen würde (BAGE 48, 365, 375 = AP Nr. 42 zu § 613 a BGB, zu II 3 c, bb der Gründe; Senatsurteil vom 3. Juli 1986 - 2 AZR 68/85 - AP Nr. 53 zu § 613 a BGB, zu B II 4 der Gründe, m.w.N.; Willemsen, ZIP 1986, 477, 482). Er dürfte vielmehr die Darstellung enthalten, die Übernahme der Tätigkeit sei in der Weise geschehen, daß die GmbH die wesentlichen sächlichen und immateriellen Betriebsmittel von der AG übernommen und mit diessen Betriebsmitteln sowie den übernommenen Arbeitnehmern den gleichen Betriebszweck weiterverfolgt habe. Das kommt in der Formulierung, der "Betrieb sei als GmbH weitergeführt" worden, zunächst hinreichend zum Ausdruck, weil die Beklagte sich insoweit auf ein pauschales Bestreiten beschränkt hat.

27 Dieser an sich pauschalen, aber den Kenntnisstand des Klägers entsprechenden Behauptung eines Betriebsüberganges ist der Beklagte bislang nicht entsprechend § 138 Abs. 2 ZPO entgegengetreten. Sein Hinweis auf den Konkurs der Gemeinschuldnerin ist unerheblich, denn dieser schließt einen Betriebsübergang nicht aus. Allein die weitere Behauptung, dem Kläger könne der "Nachweis des Betriebsübergangs" nicht gelingen, genügt nicht einem erheblichen Vortrag.

28 b)

Es ist dann weiter festzustellen, ob die Kündigung wegen des Betriebsübergangs ausgesprochen worden ist. Eine Kündigung ist nur dann gemäß § 613 a Abs. 4 BGB unwirksam, wenn die Tatsachen, die den Betriebsinhaberwechsel bedingen, der tragende Grund der Kündigung war (BAGE 47, 13, 21 [BAG 27.09.1984 - 2 AZR 309/83] = AP, aa0, zu B III 1 der Gründe; BAGE 48, 40, 58 [BAG 31.01.1985 - 2 AZR 530/83] = AP Nr. 40 zu § 613 a BGB, zu IV 2 b der Gründe). Beide Parteien haben im vorliegenden Fall übereinstimmend vorgetragen, Grund für die Kündigung sei die "Eröffnung des Konkursverfahrens" über das Vermögen der Schött AG gewesen. Wegen dieses Konkurses dürfe aber auch der Betrieb von der GmbH übernommen worden sein. Der von den Parteien als Kündigungsgrund bezeichnete und sich möglicherweise rechtlich als Betriebsübergang darstellende Lebenssachverhalt könnte also identisch sein.

Hillebrecht
Triebfürst
Ascheid
Brenne
Dr. Bensinger