

4 Sa 397/20
6 Ca 173/20
Arbeitsgericht Essen

Beglaubigte Abschrift



Verkündet am 18.11.2020

Gollin-Neuhaus
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Ge-
schäftsstelle

**LANDEsarBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES**

URTEIL

In dem Rechtsstreit

1. U. S., O. straÙe 4a, C.
2. V. N.-X., F. straÙe 2, H.
3. F. T., T.6, C.
4. S. L., Q.-O.-StraÙe 31, T.
5. F. G., M. hang 3, F.
6. Q. H.-I., G. weg 11, F.
7. T. M., S. feld 5, N.
8. U. Q., D.StraÙe 172, H.
9. N. Q.-J., N. straÙe 27, E.
10. E. S., Im Q. kamp 16, E.
11. T. M., F. hof 23, F.
12. S. I., I. ring 47, H.
13. F. C., U. straÙe 16, N.

Kläger und Berufungskläger

Prozessbevollmächtigte der Kläger zu 1.-11.:

Rechtsanwälte L. u.a., L. straÙe 100, C.

g e g e n

BKK Landesverband Nordwest vertreten durch den Vorstand N. Q., I.StraÙe 36, F.

Beklagter und Berufungsbeklagter

Prozessbevollmächtigte

Rechtsanwälte D. I. T., L. straÙe 43 - 45, E.

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf

auf die mündliche Verhandlung vom 18.11.2020
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Quecke als Vorsitzenden
und den ehrenamtlichen Richter Hinterberg
und den ehrenamtlichen Richter Jansen

für Recht erkannt:

I. Die Berufungen der Kläger zu 1. bis 13. gegen die Urteile des Arbeitsgerichts Essen

- vom 08.06.2020 - 6 Ca 173/20 - (Kläger zu 1.),
- vom 08.06.2020 - 6 Ca 236/20 - (Klägerin zu 2.),
- vom 08.06.2020 - 6 Ca 198/20 - (Klägerin zu 3.),
- vom 17.06.2020 - 5 Ca 172/20 - (Kläger zu 4.),
- vom 17.06.2020 - 5 Ca 235/20 - (Klägerin zu 5.),
- vom 18.06.2020 - 1 Ca 256/20 - (Klägerin zu 6.),
- vom 18.06.2020 - 1 Ca 194/20 - (Klägerin zu 7.),
- vom 18.06.2020 - 1 Ca 237/20 - (Klägerin zu 8.),
- vom 17.06.2020 - 5 Ca 197/20 - (Klägerin zu 9.),
- vom 18.06.2020 - 1 Ca 967/20 - (Klägerin zu 10.),
- vom 23.06.2020 - 2 Ca 195/20 - (Klägerin zu 11.),
- vom 11.09.2020 - 4 Ca 196/20 - (Klägerin zu 12.) und
- vom 11.09.2020 - 4 Ca 171/20 - (Klägerin zu 13.)

werden zurückgewiesen.

II. Die Klageparteien zu 1. bis 13. tragen ihre außergerichtlichen Kosten zweiter Instanz jeweils selbst. Die übrigen Kosten des Berufungsverfahrens haben

- der Kläger zu 1. zu 9 %,
- die Klägerin zu 2. zu 6 %,
- die Klägerin zu 3. zu 6 %,
- der Kläger zu 4. zu 10 %,
- die Klägerin zu 5. zu 7 %,
- die Klägerin zu 6. zu 9 %,
- die Klägerin zu 7. zu 8 %,
- die Klägerin zu 8. zu 3 %,
- die Klägerin zu 9. zu 8 %,
- die Klägerin zu 10. zu 15 %,
- die Klägerin zu 11. zu 3 %,
- die Klägerin zu 12. zu 8 % und
- die Klägerin zu 13. zu 8 %.

zu tragen.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Frage, ob die 13 Klageparteien einem im Jahr 2011 durchgeführten Betriebsübergang im Jahre 2019 rechtswirksam widersprochen haben.

Der beklagte Verband ist die regionale Selbstverwaltungskörperschaft von Betriebskrankenkassen der Region Nordwest (Schleswig-Holstein, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern und Nordrhein-Westfalen). Er betrieb in F. als Eigenbetrieb mit eigenem Leiter und Wirtschaftsplan ein Apothekenabrechnungszentrum. Dort waren zuletzt etwa 27 Arbeitnehmer als Angestellte beschäftigt, darunter die 13 Klageparteien. Für ihre Arbeitsverhältnisse galten die auf den Beklagten seinerzeit anwendbaren Tarifverträge. Zu einem nicht geringen Anteil waren die langjährig beschäftigten Arbeitnehmer tariflich unkündbar.

In den Jahren 2009/2010 zogen mehrere Betriebskrankenkassen ihre dem Beklagten erteilten Apothekenabrechnungsaufträge zurück. Hierdurch wurde der Bereich der Abrechnungen defizitär. Vor diesem Hintergrund traf der Beklagte die Entscheidung, das Abrechnungszentrum im Rahmen einer Restrukturierungsvereinbarung auf eine privatrechtliche Gesellschaft, die Q. plus GmbH & Co. KG (Q. plus) zu übertragen. Deren Kommanditisten waren die Mitgliedskassen des Beklagten bzw. deren Zusammenschlüsse, die Q. plus weiterhin mit Apothekenabrechnungen beauftragten. Alleiniger Gesellschafter der Komplementär-GmbH war der Beklagte.

Zum 01.01.2011 übertrugen die Betriebskrankenkassen ihre bislang dem Beklagten erteilten Aufträge auf Q. plus. Zugleich beauftragte Q. plus den Beklagten im Wege eines Geschäftsbesorgungsvertrags mit der Fortführung der Abrechnungen bis zum 31.05.2011. Zum 01.06.2011 endete die Geschäftsbesorgung und gingen die sonstigen auf den Eigenbetrieb bezogenen Aktiva auf Q. plus über. Hierüber verhält sich der Teilbetriebsveräußerungsvertrag vom 16.06.2011 (in Auszügen Bl. 248-257 GA).

Mit Schreiben vom 09.05.2011 (Bl. 16ff. GA) informierte der Beklagte die betroffenen Arbeitnehmer darüber, dass das Apothekenabrechnungszentrum und damit auch ihre Arbeitsverhältnisse mit Wirkung zum 01.06.2011 im Wege des Teilbetriebsübergangs auf Q. plus übergehen werde. Zugleich belehrte er über das den Arbeitnehmern gegen den Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse zustehende Widerspruchsrecht. Der Übergang wurde durch den Überleitungstarifvertrag vom 12.05.2011 flankiert (ÜTV, Bl. 21ff. GA). Dieser sah in § 3 Abs. 4 ÜTV die dynamische Fortführung der für den Beklagten geltenden Tarifverträge bis zum 31.12.2012, längstens bis zum Abschluss eines gemäß

§ 7 ÜTV beabsichtigten Haustarifvertrags vor. Ferner gewährte § 6 ÜTV den vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmern bis zum 31.12.2015 ein Rückkehrrecht für den Fall einer „Kündigung iSd. § 1 KSchG ... aus betrieblichen Erfordernissen“.

Der Beklagte gewährte Q. plus einen Kredit über 1,5 Millionen €, auf dessen Rückzahlung er später verzichtete. Im Jahre 2014 trat der Beklagte aus der Komplementärgesellschaft von Q. plus aus. Deren Gesellschafterversammlung setzte sich fortan aus den bisherigen Kommanditisten zusammen.

Im Jahr 2017 wurde ein Gutachten zur Entwicklung von weiteren Handlungsoptionen in Bezug auf die Q. plus erstellt. Nach erstinstanzlich unbestrittener Darstellung der Klageparteien hatte es der Beklagte in Auftrag gegeben. In diesem Zusammenhang kamen die Gesellschafter der Q. plus zu dem Ergebnis, keine Maßnahmen bezüglich Q. plus vor dem 01.06.2018 zu ergreifen. Parallel begann die t. K GmbH (t. K), ein bundesweit für die Betriebskrankenkassen tätiger Dienstleister, bundesweit Abrechnungsleistungen anzubieten. An t. K waren auch Gesellschafter der Q. plus beteiligt, der Beklagte allerdings nur bis zum Jahr 2012. Im Sommer 2018 kündigten die Gesellschafter der Q. plus dieser sämtliche Aufträge zum 31.12.2018. Später verlängerten sie die Frist bis zum 30.06.2019.

Im Februar 2019 stellte die Q. plus Insolvenzantrag. Das Insolvenzverfahren wurde am 01.05.2019 in Eigenverwaltung eröffnet. Der operative Betrieb wurde eingestellt.

In der ersten Junihälfte 2019 widersprachen die Klageparteien schriftlich dem Betriebsübergang auf Q. plus aus dem Jahre 2011. Diese kündigte im Juli 2019 die Arbeitsverhältnisse zum 31.12.2019. Nachfolgende Kündigungsschutzverfahren mit Q. plus vor dem Arbeitsgericht Essen endeten durch Auflösungsvergleiche.

Mit ihrer im Januar 2020 bzw. im Fall der Klägerin zu 10) im April 2020 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage begehren die Klageparteien die Feststellung, dass zwischen ihnen und dem Beklagten ein Arbeitsverhältnis besteht, sowie ihre Beschäftigung dort.

Sie haben die Auffassung vertreten, das Unterrichtungsschreiben vom 09.05.2011 habe die einmonatige Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 S. 1 BGB nicht in Lauf gesetzt. Es sei nicht in korrekter Weise über die rechtlichen Folgen des Übergangs belehrt worden. Es fehlten Informationen über das Haftungssystem der § 613a Abs. 1 und 2 BGB, das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 BGB sowie über die Sperrfrist nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB. Ferner sei die Unterrichtung über die Anwendbarkeit tariflicher Normen unrichtig, da die bei dem Beklagten geltenden Tarifverträge nur bis zum 31.12.2012 angewandt worden seien. Dieses ergebe sich aus § 3 Abs. 4 des Überleitungstarifvertrags. Weiter fehle ein Hinweis darauf, dass der Q. plus das Recht eingeräumt worden sei, Tarifänderungen nach 2012 nicht zu übernehmen. Zudem sei der Hinweis falsch, dass betriebsbedingte Kündigungen bei einem Widerspruch unwendbar seien, da hierfür stets die individuellen Voraussetzungen zu prüfen seien.

Es sei auch nicht hinreichend über die wirtschaftlichen Folgen des Betriebsübergangs informiert worden. Wegen der Einzelheiten wird auf den Tatbestand der erstinstanzlichen Urteile Bezug genommen.

Das Widerspruchsrecht sei nicht verwirkt. Es fehle am Umstandsmoment. Der Beklagte habe schon aufgrund des tarifvertraglich vereinbarten Rückkehrrechts bis zum 31.12.2015 damit rechnen müssen, dass dieses eintrete. Erst von diesem Zeitpunkt an könne überhaupt ein Zeitmoment in Lauf gesetzt worden sein.

Der Beklagte könne sich auf eine Verwirkung des Widerspruchsrechts zudem nicht berufen, da dies treuwidrig wäre. Die Ausgründung sei mit dem Zweck erfolgt, Q. plus mit ihren zum größten Teil tarifvertraglich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer in eine Insolvenz zu führen. Der Beklagte selbst sei dagegen nur in Ausnahmefällen insolvenzfähig. Unmittelbar nach Wegfall des bis zum 31.12.2015 geltenden tariflichen Rückkehrrechts hätten sich die Gesellschafter Boni von der Q. plus auszahlen lassen und damit deren wirtschaftlich positive Entwicklung gezielt behindert. Zudem hätten die Gesellschafter ab 2017 mit der t. K GmbH systematisch eine Parallelorganisation aufgebaut. Diese habe allein den Zweck gehabt, die Aufgaben der Q. plus zu übernehmen. Die Insolvenz sei damit systematisch vorbereitet worden. Die Entscheidung, erst nach dem 01.06.2018 Maßnahmen zu ergreifen, habe unmittelbar dazu gedient, den Verwirkungseintritt zu erreichen.

Die Klageparteien haben jeweils beantragt,

- 1. festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht,**
- 2. den Beklagten zu verurteilen, sie bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits auf Grundlage des jeweiligen Arbeitsvertrags als Angestellte am Standort F. zu beschäftigen.**

Der Beklagte hat beantragt

die Klage abzuweisen.

Er hat die Auffassung vertreten, die Klageparteien hätten ihr Widerspruchsrecht verwirkt. Der Beklagte handele auch nicht treuwidrig, sich darauf zu berufen.

Der Teilbetriebsübergang habe nicht dem Zweck gedient, die Arbeitsverhältnisse Jahre später durch eine gezielte Insolvenz günstig abzuwickeln. Die Ausgliederung habe vielmehr dem Zweck gedient, das betriebswirtschaftliche Risiko der Abrechnungsdienstleistung nur auf diejenigen Betriebskrankenkassen zu verteilen, die diese Dienstleistung auch in Anspruch nähmen.

Der Beklagte habe mit dem Überbrückungskredit ein erhebliches wirtschaftliches Engagement gezeigt. Neben dem Kredit für die Gesellschaft selbst seien im Rahmen des übergeordneten Restrukturierungskonzepts bei ihm Kosten für die Zahlung von Abfindungen in Höhe von 1,15 Millionen Euro, für die Passivphase der Altersteilzeit von 985.000,00 € sowie für die Ausfinanzierung der betrieblichen Altersversorgung in Höhe von 831.000,00 € aufgelaufen. Ohne die Kosten für die Sanierungskonzeption hätten sich die Restrukturierungskosten auf 4,5 Millionen € belaufen, ohne jegliche Kalkulationen für die mögliche Ausübung des Rückkehrrechts.

Zudem habe Q. plus sich durchaus positiv entwickelt. Eine Schiefelage sei erst entstanden, nachdem mehrere Kassen im Jahr 2017 zur t. K gewechselt seien. Hierauf habe der Beklagte als Landesverband keinen Einfluss gehabt. Das Unterrichtungsschreiben vom 09.05.2011 habe er nicht bewusst falsch bzw. unvollständig abgefasst. Im Jahr 2011 sei aufgrund fehlender Rechtsprechung auch noch nicht klar gewesen, dass es eine feste zeitliche Grenze für die Verwirkung geben könne.

Im Übrigen sei er selbst nach § 171f SGB V iVm § 171bff. SGB V insolvenzfähig.

Er habe keinerlei Einfluss auf das Verhalten von Q. plus sowie t. K gehabt, da er weder Mitglied, Gesellschafter oder Aufsichtsratsmitglied dieser Unternehmen sei.

Die t. K sei im Jahr 2007 ursprünglich als Nachfolgerin des BKK-Bundesverbandes gegründet worden. Der Beklagte sei – ebenso wie alle anderen Landesverbände und Betriebskrankenkassen Gesellschafter gewesen, sei aber per 31.12.2012 ausgeschieden. Erst danach habe sich die t. K sukzessive zu einem Dienstleister entwickelt und weitere Aufgaben des Bundesverbandes seien durch den neu gegründeten Dachverband übernommen worden. Erst im Jahr 2017 habe die t. K die Abrechnung von Rezepten in ihr Dienstleistungsportfolio aufgenommen.

Das Arbeitsgericht, auf dessen Urteile Bezug genommen wird, hat in allen Fällen die Klagen abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, das Widerspruchsrecht der Klageparteien gegen den Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse sei nach mehr als sieben Jahren verwirkt. Daran ändere auch das bis zum 31.12.2015 bestehende tarifliche Rückkehrrecht aus § 6 ÜTV nichts. Das tarifliche Rückkehrrecht bestünde unabhängig neben dem Widerspruchsrecht aus § 613a Abs. 6 BGB. Seine bloße Existenz habe bei dem Beklagten das durch jahrelange Weiterarbeit bei der Erwerberin (Q. plus) entstehende Vertrauen darauf, dass die Mitarbeiter ihr Widerspruchsrecht nicht ausüben würden, nicht geschmälert. Jedenfalls aber sei mit dem Wegfall des tariflichen Rückkehrrechts am 31.12.2015 die Verwirkung in Anlehnung an die regelmäßige Verjährungsfrist innerhalb von drei Jahren und damit vor Ausübung des Widerspruchs eingetreten.

Die Berufung des Beklagten auf die Verwirkung des Widerspruchsrechts sei auch nicht treuwidrig. Es könne nicht festgestellt werden, dass die Gründung der Q. plus, die

Absicherung der Mitarbeiter bis zum 31.12.2015 sowie die Involvierung der Gewerkschaft allein dem Zweck der günstigen Abwicklung der Arbeitsverhältnisse diene. Ebenso wenig könne angenommen werden, die Gesellschafter der Q. plus bzw. der Beklagte hätten im Rahmen der Überlegungen über die Zukunft der Q. plus im Jahr 2017 bewusst einen Siebenjahreszeitraum für den Entzug der Aufträge gewählt, um Verwirkung eintreten zu lassen.

Gegen die Urteile des Arbeitsgerichts haben die Klageparteien innerhalb eines Monats nach Zustellung Berufung eingelegt und diese innerhalb zweier Monate begründet. Insoweit wird auf die Feststellungen im Sitzungsprotokoll vom 18.11.2020 Bezug genommen. Das Berufungsgericht hat die Klageverfahren gemäß § 147 ZPO mit Beschlüssen vom 17.08.2020 und 04.11.2020 zu dem führenden AZ 4 Sa 397/29 verbunden.

Die Klageparteien halten nach Maßgabe der Berufungsbegründungen unter Wiederholung und Vertiefung des erstinstanzlichen Vorbringens an ihrer Rechtsauffassung fest, dass die nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts geltende siebenjährige Regelfrist für die Verwirkung des Widerspruchsrechts hier u.a. wegen der Existenz des tariflichen Rückkehrrechts nicht vor dessen Ablauf am 31.12.2015 zu laufen begonnen habe. Alternativ sei eine längere Frist zugrunde zu legen. Auch sei dem Beklagten die Berufung auf die Verwirkung aus Treu und Glauben verwehrt, weil er von Anfang an die günstige Entledigung von teuren Mitarbeitern durch den Teilbetrieb-sübergang angestrebt habe.

Die Klageparteien beantragen,

die Urteile des Arbeitsgerichts Essen vom

- vom 08.06.2020 - 6 Ca 173/20 - (Kläger zu 1.),
- vom 08.06.2020 - 6 Ca 236/20 - (Klägerin zu 2.),
- vom 08.06.2020 - 6 Ca 198/20 - (Klägerin zu 3.),
- vom 17.06.2020 - 5 Ca 172/20 - (Kläger zu 4.),
- vom 17.06.2020 - 5 Ca 235/20 - (Klägerin zu 5.),
- vom 18.06.2020 - 1 Ca 256/20 - (Klägerin zu 6.),
- vom 18.06.2020 - 1 Ca 194/20 - (Klägerin zu 7.),
- vom 18.06.2020 - 1 Ca 237/20 - (Klägerin zu 8.),
- vom 17.06.2020 - 5 Ca 197/20 - (Klägerin zu 9.),
- vom 18.06.2020 - 1 Ca 967/20 - (Klägerin zu 10.),
- vom 23.06.2020 - 2 Ca 195/20 - (Klägerin zu 11.),
- vom 11.09.2020 - 4 Ca 196/20 - (Klägerin zu 12.) und
- vom 11.09.2020 - 4 Ca 171/20 - (Klägerin zu 13.)

abzuändern und

- 1. festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht,**
- 2. den Beklagten kostenpflichtig zu verurteilen, sie bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits auf Grundlage des jeweiligen Arbeitsvertrags als Angestellte am Standort F. zu beschäftigen.**

Der Beklagte hat beantragt

die Klage abzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil nach Maßgabe ihrer Berufungserwiderungen.

Wegen des weiteren Berufungsvorbringens der Parteien wird auf ihre zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie ihre Protokollerklärungen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässigen Berufungen der Klageparteien sind unbegründet. Die zulässigen Klagen sind insgesamt unbegründet. Zwischen den Klageparteien und den Beklagten besteht über den 31.05.2011 hinaus kein Arbeitsverhältnis. Folglich haben die Klageparteien gegen den Beklagten auch keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung. Die erstinstanzlichen Entscheidungen haben zutreffend erkannt, dass das Widerspruchsrecht der Klageparteien verwirkt ist und die Berufung des Beklagten darauf keine unzulässige Rechtsausübung darstellt.

A. Die von den Klageparteien jeweils zu Ziffer 1. gestellten Feststellungsanträge sind unbegründet. Die Arbeitsverhältnisse der Klageparteien sind in Folge eines Betriebsübergangs am 01.06.2011 gem. § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB von dem Beklagten auf die Q. plus übergegangen. Die Klageparteien haben dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses von dem Beklagten auf Q. plus mit Schreiben vom 07.06.2019 nicht wirksam widersprochen. Das Widerspruchsrecht der Klageparteien war - wie vom Arbeitsgericht zutreffend angenommen - zu diesem Zeitpunkt bereits verwirkt.

I. Die Arbeitsverhältnisse der Klageparteien sind am 01.06.2011 gem. § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB aufgrund des Betriebs- oder Betriebsteilübergangs des Apotheken-Abrechnungszentrums des Beklagten auf die Q. plus übergegangen. Hiervon gehen die Parteien des Rechtsstreits übereinstimmend aus. Ebenfalls haben dies die Tarifvertragsparteien des Überleitungstarifvertrages übereinstimmend angenommen. Auch das Berufungsgericht legt es dem Rechtsstreit zugrunde. Das Apotheken-Abrechnungszentrum war als Eigenbetrieb mit eigenem Leiter und Wirtschaftsplan eine übergangsfähige Einheit iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB („Betrieb oder Betriebsteil“). Nach-

dem bereits zum 01.01.2011 sämtliche Kundenaufträge des Beklagten für das Apotheken-Abrechnungszentrum auf die Q. plus übertragen worden waren, verblieb die Betriebsführung des Abrechnungszentrums aufgrund eines Geschäftsbesorgungsvertrages zwischen dem Beklagten und Q. plus zunächst bis zum 31.05.2011 bei dem Beklagten. Mangels Direktionsrechts gegenüber den Arbeitnehmern wurde die Q. plus noch nicht Betriebsinhaberin. Betriebsinhaber blieb vielmehr zunächst noch der Beklagte. Mit Beendigung des Geschäftsbesorgungsvertrages am 31.05.2011 fiel die Betriebsinhaberschaft allerdings der Q. plus zu, die diese in der Folge auch tatsächlich wahrnahm. Zugleich übernahm Q. plus zum 01.06.2011 nach Maßgabe des Teilbetriebsveräußerungsvertrages vom 16.06.2011 auch sämtliche auf das Apotheken-Abrechnungszentrum bezogene Vermögensgegenstände. Damit war am 01.06.2011 der Teilbetriebsübergang vollzogen mit der Folge, dass die Arbeitsverhältnisse der Klageparteien auf Q. plus übergegangen sind.

II. Die Vorinstanz hat zu Recht angenommen, dass die Monatsfrist für die Ausübung des Widerspruchsrechts nach § 613 a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht in Lauf gesetzt wurde. Die einmonatige Widerspruchsfrist nach dieser Vorschrift wird nur durch eine ordnungsgemäße Unterrichtung in Lauf gesetzt (BAG 19.11.2015 - 8 AZR 773/14, juris, Rn. 27 mwN). Das Unterrichtungsschreiben des Beklagten (Anlage K1) entspricht indes nicht den Anforderungen des § 613 a Abs. 5 BGB, da es das Haftungssystem des § 613 a BGB nicht zutreffend wiedergibt. Es fehlten Informationen über das Haftungssystem der § 613a Abs. 1 und 2 BGB, das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 BGB sowie über die Sperrfrist nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB. Ferner wurde nicht darüber unterrichtet, dass die bei dem Beklagten geltenden Tarifverträge gemäß § 3 Abs. 4 ÜTV nur längstens bis zum 31.12.2012 zwingend angewandt werden mussten.

III. Das Berufungsgericht teilt die Annahme der Ausgangsgerichte, das Widerspruchsrecht der Klageparteien sei zum Zeitpunkt seiner Ausübung bereits verwirkt gewesen.

1. Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers nach § 613 a Abs. 6 BGB kann gemäß § 242 BGB verwirken (zusammenfassend zuletzt BAG 28.06.2018 – 8 AZR 101/17, juris, Rn. 15-18 mwN).

a. Das Widerspruchsrecht ist ein Gestaltungsrecht, dessen Ausübung bewirkt, dass die Rechtsfolgen des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB nicht eintreten (st. Rspr., vgl. BAG 19.11.2015 - 8 AZR 773/14, Rn. 19 mwN, BAGE 153, 296). Es kann, wie jedes Recht, nur unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgeübt werden und deshalb verwirkt werden (st. Rspr., vgl. BAG 24.08.2017 - 8 AZR 265/16, Rn. 16 ff., BAGE 160, 70; 17.10.2013 - 8 AZR 974/12, juris Rn. 25 mwN). Dem steht Europarecht, insbesondere die Richtlinie 2001/23EG, nicht entgegen (BAG 24.08.2017 – 8 AZR 265/16, juris, Rn. 17 mwN).

b. 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 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 17.10.2013 - 8 AZR 974/12, juris, Rn. 26).

c. Zeit- und Umstandsmoment beeinflussen sich wechselseitig; beide Elemente sind - bildhaft ausgedrückt - im Sinne „kommunizierender Röhren“ miteinander verbunden (vgl. BAG 22.06.2011 - 8 AZR 752/09, juris, 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 24.07.2008 - 8 AZR 175/07, juris, Rn. 27). Umgekehrt gilt, je mehr Zeit seit dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs verstrichen ist und je länger der Arbeitnehmer bereits für den neuen Inhaber gearbeitet hat, desto geringer sind die Anforderungen an das Umstandsmoment (BAG 22.06.2011 - 8 AZR 752/09, aaO). Es müssen letztlich besondere Verhaltensweisen sowohl des Berechtigten als auch des Verpflichteten vorliegen, die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen (vgl. BAG 17.10.2013 - 8 AZR 974/12, juris, Rn. 27 mwN).

2. Danach war das Widerspruchsrecht der Klageparteien im Zeitpunkt seiner Ausübung mit Schreiben vom 07.06.2019 bereits verwirkt.

Zwar hatten die Klageparteien zu diesem Zeitpunkt noch nicht über ihr Arbeitsverhältnis bei der Erwerberin Q. plus disponiert (vgl. dazu BAG 21.12.2017 – 8 AZR 700/16, juris); dies geschah allenfalls nachfolgend in Kündigungsschutzprozessen mit der Erwerberin und könnte einem zuvor etwa wirksam ausgeübten Gestaltungsrecht nicht nachträglich die Wirksamkeit nehmen. Auch kann den Klageparteien nicht entgegengehalten werden, nach Eröffnung der Eigeninsolvenz am 01.05.2019 den Widerspruch nicht unverzüglich erklärt zu haben; es ist nicht ersichtlich, dass die Verzögerung um gut fünf Wochen auf Seiten des Beklagten einen vertrauensbegründenden Umstand gebildet hätte, der sein Interesse an der Nichtausübung des Widerspruchsrechts das Interesse der Klageparteien an seiner Ausübung überwiegen ließe (vgl. dazu etwa BAG 02.04.2009 – 8 AZR 262/07, juris, Rn. 25 ff.).

Doch haben die Klageparteien in Kenntnis der grundlegenden Informationen über den Betriebsübergang vom 01.06.2011 seit Ablauf der einmonatigen Widerspruchsfrist aus

§ 613 a Abs. 6 Satz 1 BGB am 09.06.2011 mehr als sieben Jahre für die Q. plus gearbeitet, ohne von ihrem Widerspruchsrecht Gebrauch zu machen. Dies führte zur Verwirkung ihres Widerspruchsrechts.

a. Wurde der Arbeitnehmer zwar nicht ordnungsgemäß iSv. § 613a Abs. 5 BGB unterrichtet, aber im Rahmen einer Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB von dem bisherigen Arbeitgeber und/oder dem neuen Inhaber über den mit dem Betriebsübergang verbundenen Übergang seines Arbeitsverhältnisses unter Mitteilung des Zeitpunkts oder des geplanten Zeitpunkts sowie des Gegenstands des Betriebsübergangs und des Betriebsübernehmers (grundlegende Informationen) in Textform in Kenntnis gesetzt und über sein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB belehrt, führt eine widerspruchslose Weiterarbeit bei dem neuen Inhaber über einen Zeitraum von sieben Jahren regelmäßig zur Verwirkung des Widerspruchsrechts (zu allem zuletzt BAG 28.06.2018 – 8 AZR 101/17, juris, Rn. 20-34 mwN).

aa. Allein die bloße widerspruchslose Weiterarbeit des Arbeitnehmers beim neuen Inhaber stellt keinen Sachverhalt dar, durch den das für die Verwirkung erforderliche Umstandsmoment verwirklicht werden könnte (st. Rspr., vgl. zuletzt BAG 28.06.2018 – 8 AZR 101/17, juris, Rn. 21 mwN). Ohne das Hinzutreten weiterer Umstände gibt der Arbeitnehmer durch das Erbringen der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung für den neuen Inhaber noch nicht zu erkennen, dass er an der Vertragsbeziehung mit dem bisherigen Arbeitgeber nicht mehr festhalten will und sein Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben wird.

bb. Eine andere Bewertung ist jedoch dann geboten, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen einer Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB über den mit dem Betriebsübergang verbundenen Übergang seines Arbeitsverhältnisses unter Mitteilung des Zeitpunkts oder des geplanten Zeitpunkts sowie des Gegenstands des Betriebsübergangs und des Betriebsübernehmers (grundlegende Informationen) in Textform in Kenntnis gesetzt und über sein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB belehrt wurde. In einem solchen Fall liegen besondere Umstände vor, die es rechtfertigen können, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für den Verpflichteten als unzumutbar anzusehen. Wurde der Arbeitnehmer im Rahmen einer Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB über den Übergang seines Arbeitsverhältnisses unter Angabe der grundlegenden Informationen einschließlich seines Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB unterrichtet, geht seine widerspruchslose Weiterarbeit für den neuen Inhaber über ein bloßes Unterlassen hinaus, das ein Umstandsmoment nicht zu begründen vermag (vgl. BGH 14.01.2010 - VII ZR 213/07, juris, Rn. 25; 14.11.2002 - VII ZR 23/02, juris, zu II 2 der Gründe).

Der Arbeitnehmer kann einer solchen Unterrichtung nicht nur hinreichend deutlich entnehmen, dass sein vormaliger Arbeitgeber infolge dieses Betriebsübergangs seine Position als „sein Arbeitgeber“ kraft Gesetzes an den neuen Inhaber abgibt oder abgegeben hat und dass sich der Erwerber mit dem Betriebsübergang als sein „neuer Arbeitgeber“ sieht. Mit der Belehrung über sein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB

wird dem Arbeitnehmer zudem vor Augen gehalten, dass und wie er den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses mit dem vormaligen Arbeitgeber aus dessen Sicht und aus Sicht des neuen Inhabers herbeiführen kann und - sofern er sich dazu entscheidet - auch muss. Arbeitet der Arbeitnehmer beim neuen Inhaber in Kenntnis dieser Umstände weiter, hat seine widerspruchslose Weiterarbeit eine andere Qualität als die eines schlichten Untätigbleibens. Sie stellt dann ein Umstandsmoment dar, das zur Verwirkung führen kann.

cc. Die widerspruchslose Weiterarbeit des Arbeitnehmers, der über den Übergang seines Arbeitsverhältnisses unter Angabe der oben genannten grundlegenden Informationen einschließlich seines Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB unterrichtet wurde, ist allerdings kein Umstandsmoment von einem solchen Gewicht, dass an das Zeitmoment nur geringe Anforderungen zu stellen wären. Mit der Weiterarbeit erfüllt der Arbeitnehmer lediglich die ihm unverändert - nunmehr gegenüber dem neuen Inhaber - obliegenden Vertragspflichten. Er gibt damit zwar zu erkennen, dass er den neuen Inhaber als seinen Arbeitgeber ansieht. Dies entspricht allerdings nur der im Zeitpunkt der Tätigkeit bestehenden objektiven Rechtslage. Die widerspruchslose Weiterarbeit für den neuen Inhaber rechtfertigt es deshalb erst dann, die späte Ausübung des Widerspruchsrechts als mit Treu und Glauben (§ 242 BGB) unvereinbar und für den vormaligen Arbeitgeber als unzumutbar anzusehen, wenn sie über einen erheblichen Zeitraum erfolgt.

Diesen Zeitraum, der frühestens mit dem Betriebsübergang beginnt, erachtet das Bundesarbeitsgericht unter Berücksichtigung der wechselseitigen schutzwürdigen Interessen als regelmäßig mit sieben Jahren angemessen (BAG 24.08.2017 – 8 AZR 265/16, juris, Rn. 26, 30 mwN). Dabei dienen die in §§ 195 BGB zur regelmäßigen Verjährung von Ansprüchen und in 121 Abs. 2 BGB zum Verlust des Anfechtungsrechts bestimmten Fristen als Orientierungshilfe. Vor dem Hintergrund, dass es sich beim Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB um ein Gestaltungsrecht handelt, das nicht der Verjährung unterliegt, und dass in der widerspruchslosen Weiterarbeit beim neuen Inhaber ein Umstandsmoment nur dann liegt, wenn der Arbeitnehmer über den Übergang seines Arbeitsverhältnisses unter Angabe der grundlegenden Informationen einschließlich seines Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB unterrichtet wurde, er mithin über das Bestehen seines Gestaltungsrechts in Kenntnis gesetzt wurde und in Kenntnis dieses Umstands weitergearbeitet hat, müsste der Zeitraum deutlich mehr als drei Jahre und deutlich weniger als zehn Jahre betragen (BAG 24.08.2017 – 8 AZR 265/16, juris, Rn. 27 ff. mwN; krit. *Bauer/Ernst*, NZA 2018, 1243 (1245)).

Der für die Erfüllung des Zeitmoments maßgebliche Zeitraum der widerspruchslosen Weiterarbeit beim neuen Inhaber beginnt in den Fällen, in denen – wie im vorliegenden Fall – die Frist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB erst nach dem Betriebsübergang abläuft, mit dem Zeitpunkt des Ablaufs dieser Frist (BAG 24.08.2017 – 8 AZR 265/16, juris, Rn. 31).

dd. Für die Annahme der Verwirkung kommt es nicht darauf an, ob der bisherige Arbeitgeber Kenntnis von der langjährigen Tätigkeit des Arbeitnehmers für den neuen Inhaber hat (BAG 24.08.2017 – 8 AZR 265/16, juris, Rn. 32 mwN).

ee. Einer regelmäßigen Verwirkung des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB unter den genannten Voraussetzungen nach siebenjähriger widerspruchsloser Weiterarbeit für den neuen Inhaber steht nicht entgegen, dass § 613a Abs. 6 BGB keine zeitliche Höchstgrenze für die Ausübung des Widerspruchsrechts vorsieht. Hieraus kann nicht gefolgert werden, dass das Widerspruchsrecht schrankenlos gewährleistet wäre (vgl. BAG 19. November 2015 - 8 AZR 773/14 - Rn. 36, BAGE 153, 296) und deshalb nicht verwirken könnte. Der Gesetzgeber hat in § 613a BGB - anders als in anderen Gesetzen (zB § 77 Abs. 4 Satz 3 BetrVG, § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG, § 3 Satz 3 MiLoG) - die Verwirkung nicht ausgeschlossen.

ff. Durch eine regelmäßige Verwirkung des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB unter den angeführten Voraussetzungen nach einer siebenjährigen widerspruchslosen Weiterarbeit für den neuen Inhaber wird der Arbeitnehmer auch regelmäßig nicht unverhältnismäßig in seinem durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes eingeschränkt (BAG 24.08.2017 – 8 AZR 265/16, juris, Rn. 34-36 mwN).

b. Die erkennende Kammer folgt dieser Rechtsprechung mit der Maßgabe, dass jedenfalls eine noch längere Frist für die Verwirkung nur in ganz besonderen Ausnahmekonstellationen in Betracht kommt. In Anwendung dessen war das Widerspruchsrecht der Klageparteien zum Zeitpunkt seiner Ausübung im Juni 2019 verwirkt.

aa. Der Beklagte hatte die Klageparteien mit Schreiben vom 09.05.2011 unstreitig unter Angabe der oben aufgeführten wesentlichen Umstände des Betriebsübergangs sowie über sein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB informiert. Der Betriebsübergang von dem Beklagten auf Q. plus hat zum 01.06.2011 stattgefunden. Damit lief die für die Verwirkung maßgebliche Regelfrist von sieben Jahren mit Ablauf des 09.06.2018 ab. Denn das den Fristlauf auslösende Ereignis war hier nicht der Betriebsübergang am 01.06.2011, sondern erst der spätere Ablauf der Monatsfrist des § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB am 09.06.2011 (BAG 24.08.2017 – 8 AZR 265/16, juris, Rn. 31). Die Klageparteien haben den Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse von dem Beklagten auf Q. plus im Juni 2019 und damit erst circa ein Jahr nach Ablauf der siebenjährigen regelmäßigen Verwirkungsfrist schriftlich widersprochen.

bb. Die Klageparteien haben keine Umstände vorgetragen, die ausnahmsweise ein Abweichen von der Regelfrist von sieben Jahren oder sonst eine andere Beurteilung gebieten könnten.

(1) Entgegen der Auffassung der Klageparteien hat die Frist nicht wegen des Rückkehrrechts aus § 6 ÜTV, das bis zum 31.12.2015 ausgeübt werden konnte, erst ab dem 01.01.2016 zu laufen begonnen, noch war sie aus diesem Grund zu verlängern.

(a) Die Verwirkungsfrist begann nicht wegen des Rückkehrrechts aus § 6 ÜTV erst am 01.01.2016 zu laufen, sondern ohne Abweichung vom Regelfall mit Ablauf der einmonatigen Widerspruchsfrist am 09.06.2011.

Den Klageparteien ist allerdings zuzugeben, dass die bloße Existenz des Rückkehrrechts bei dem beklagten Veräußerer die Bildung von Vertrauen in die Nichtausübung des Widerspruchsrechts etwas abschwächen konnte. Für die Fälle einer betriebsbedingten Kündigung bis zum Ablauf des Rückkehrrechts am 31.12.2015 konnten sich die Arbeitnehmer durch das Rückkehrrecht abgesichert fühlen und brauchten insoweit nicht auf ihr Widerspruchsrecht zurückzugreifen. Aus der widerspruchslosen Weiterarbeit beim Erwerber konnte daher insoweit auch nicht auf eine künftige Nichtausübung des Widerspruchsrechts geschlossen werden.

Dies ändert aber nichts daran, dass sich schon nach Ablauf der Widerspruchsfrist am 09.06.2011 bei dem Beklagten Vertrauen in die Nichtausübung des Widerspruchsrechts bilden konnte. Denn eine betriebsbedingte Kündigung, für welche das Rückkehrrecht aus § 6 ÜTV einen gewissen Schutz bietet, ist nicht der einzige Beweggrund für die Ausübung des Widerspruchsrechts. In Betracht kommen grundsätzlich sämtliche Kündigungsgründe sowie jedwede Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen, des Arbeitsklimas und sonstige Schwierigkeiten und Konflikte im Betriebsablauf beim Erwerber. Tatsächlich haben sich beispielsweise die materiellen Arbeitsbedingungen verändert, insbesondere nahmen sie nach 2012 nicht mehr an der tariflichen Dynamik teil. Aus der widerspruchslosen Weiterarbeit beim Erwerber konnte daher insoweit durchaus Vertrauen auf eine künftige Nichtausübung des Widerspruchsrechts aufgebaut werden.

(b) Das Rückkehrrechts aus § 6 ÜTV oder sonstige Umstände erfordern kein Abweichen von der Regelfrist von sieben Jahren.

In der widerspruchslosen Weiterarbeit des Arbeitnehmers, der über den Übergang seines Arbeitsverhältnisses unter Angabe der grundlegenden Informationen einschließlich seines Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 BGB unterrichtet wurde, liegt von vornherein nur ein Umstandsmoment von vergleichsweise geringem Gewicht (BAG 24.08.2017 – 8 AZR 265/16, juris, Rn. 27). Denn mit der widerspruchslosen Weiterarbeit erfüllen die Arbeitnehmer zunächst einmal nur ihre Vertragspflichten gegenüber dem Erwerber, wie sie sich vor einem Widerspruch darstellen. Wegen des geringen Gewichts des Umstandsmoments stellt die Rechtsprechung an das Zeitmoment mit der Frist von sieben Jahren dementsprechend hohe Anforderungen. Dies ist in Anbetracht der vom Gesetzgeber grundsätzlich in § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB geregelten einmonatigen Widerspruchsfrist, die der Interessenlage bei fortbestehenden Rechtsverhältnissen Rechnung trägt, eine besonders lange Frist. Eine nur geringfügige Abschwächung des Umstandsmoments führt schon aus diesem Grund nicht zu einer Verlängerung der Sieben-Jahres-Frist. Hinzu tritt der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit.

Nur ganz besondere Umstände können es rechtfertigen, die bereits lang bemessene Frist um einen weiteren, seinerseits kaum bestimmbareren Zeitraum zu verlängern.

Wächst somit das Vertrauen des Veräußerers in die Nichtausübung des Widerspruchsrechts des Arbeitnehmers durch dessen widerspruchslose Weiterarbeit beim Erwerber ohnehin nur schwach, lässt das parallel bestehende Rückkehrrecht bei betriebsbedingter Kündigung es nur geringfügig weniger stark wachsen als ohne das Rückkehrrecht. Sonstige Gesichtspunkte, die das Vertrauen des Beklagten in die Nichtausübung des Widerspruchsrechts durch die Klageparteien schmälern könnten, sind nicht ersichtlich. Der verbleibende geringfügige Unterschied rechtfertigt es aus den dargelegten Gründen nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht, die bereits lang bemessene Regelfrist von sieben Jahren noch um einen kaum bestimmbareren Zeitraum zu verlängern. Den Klageparteien verblieben nach Ablauf des tariflichen Rückkehrrechts am 31.12.2015 in Anwendung der Regelfrist von sieben Jahren bis zum 09.06.2018 noch mehrere Jahre zur Ausübung des gesetzlichen Widerspruchsrechts. Unter diesen Umständen besteht kein Grund zur Verlängerung der Regelfrist.

Daran ändert auch nichts, dass die Kündigung der Abrechnungsaufträge durch die Betriebskrankenkassen möglicherweise gezielt mit Blick auf die siebenjährige Verwirkungsfrist erst zum 31.12.2018 – später verlängert auf den 30.06.2019 – erfolgten. Zum einen handelt es sich bei den Betriebskrankenkassen um rechtlich selbständige, von dem beklagten Landesverband unabhängige Akteure; für einen auch nur tatsächlich bestimmenden Einfluss des Beklagten auf sie ist nichts ersichtlich. Zum anderen würde selbst ein entsprechendes unmittelbares Handeln des Beklagten keine Verlängerung der Frist rechtfertigen. Denn es wäre unmittelbar nur auf eine Verlängerung der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit der Q. plus gerichtet gewesen. Eine damit verbundene Absicht, die Ausübung des Widerspruchsrechts der Klageparteien nicht vor Ablauf der Verwirkungsfrist zu provozieren, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

(2) Dem Beklagten ist es auch nicht nach § 242 BGB verwehrt, sich auf die Verwirkung des Widerspruchsrechts der Klageparteien zu berufen. Insbesondere konnte das Berufungsgericht - ebenso wie die Vorinstanzen - nicht feststellen, dass der Beklagte von Anfang an geplant hätte, die Firma Q. plus nach Ablauf von acht Jahren durch Entziehung von Aufträgen, Geltendmachung von Treueboni und Aufbau eines Konkurrenzunternehmens in die Insolvenz zu treiben.

(a) Es liegen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vor, dass der Beklagte von Anfang geplant hätte, die Q. plus in die Insolvenz zu führen und sich damit teurer und tariflich unkündbarer Arbeitnehmer billig zu entledigen.

Unstreitig hatte sich bei dem Beklagten der Bereich der Apothekenabrechnung zuletzt vor dem Betriebsübergang unter anderem aufgrund von Verlusten von Aufträgen verschiedener Betriebskrankenkassen defizitär entwickelt. Im Rahmen der Struktur der Körperschaft des öffentlichen Rechts waren Reaktionsmöglichkeiten hierauf, vor allem

die Generierung neuen Geschäfts, nur eingeschränkt möglich. Dass dies einer der Beweggründe für die Ausgliederung in eine privatrechtliche Gesellschaft war, ergibt sich bereits aus dem Informationsschreiben vom 09.05.2011. Es wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass eine Liquidation des Bereichs mit erheblichen Kosten für den Beklagten verbunden gewesen wäre. Für den Beklagten war es bereits nach dem eigenen Vorbringen der Klageparteien wirtschaftlich attraktiver, eine – ggf. verlorene – Anschubfinanzierung für die Q. plus zu leisten, als den Eigenbetrieb in der bestehenden Struktur fortzuführen.

Eine weitere nicht von der Hand zu weisende Motivation des Beklagten für die Ausgliederung des Apothekenabrechnungszentrums auf eine externe Gesellschaft war es, die Finanzierung von Defiziten nicht im Umlageverfahren, sondern ausschließlich von den Mitgliedskassen tragen zu lassen, die die Dienstleistung dieser Einrichtung auch in Anspruch nahmen.

Das aus dem Informationsschreiben hervorgehende Ziel der Gründung der Q. plus, nämlich eine stärker wirtschaftliche Ausrichtung sowie die Generierung anderer Geschäfte, wurde in den folgenden Jahren offenbar auch erreicht. Zumindest ist es unstrittig, dass die wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft bis zum Entzug der Aufträge im Jahr 2018 durchaus positiv war. Auch die Begründung des Rückkehrrechts in § 6 ÜTV sowie die Gewährung eines Kredits von 1,5 Mio € nebst späterem Verzicht auf Rückzahlung sprechen nicht für die anfängliche Absicht des Beklagten, die Q. plus in die Insolvenz fallen zu lassen. Das Gleiche gilt für den Umstand, dass der Betriebübergang durch den Überleitungstarifvertrag gewerkschaftlich begleitet war.

(b) Spätere Entwicklungen, etwa die Inanspruchnahme von Treueboni durch die Gesellschafter bzw. Kunden im Jahre 2016 (über deren Rechtsgrund und Höhe kein Sachvortrag geleistet wurde) oder der Entzug von Aufträgen durch die Gesellschafter im Jahre 2018 lassen sich nicht dem Beklagten zurechnen und stellen dessen ursprüngliche Absichten auch nicht in Frage. Der Beklagte gehörte zu diesem Zeitpunkt nicht mehr zu den Gesellschaftern. Er hat weder Treueboni in Anspruch genommen noch Aufträge entzogen. Er hatte als rechtlich selbständiger Landesverband auch keine rechtlich zwingenden Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschafter. Ob er tatsächlich Einfluss genommen hat, ist nicht ersichtlich. Dass es möglicherweise, wie erstinstanzlich unbestritten war und erstmals in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht bestritten wurde, im Jahr 2017 ein Gutachten über die wirtschaftliche Lage der Q. plus in Auftrag gegeben hat, ändert daran nichts. Daraus kann nicht entnommen werden, dass er von Anfang an die Absicht gehabt hätte, die Q. plus in die Insolvenz fallen zu lassen. Zum einen zählte der Beklagte nicht zu dem Kreis der Gesellschafter. Zum anderen wäre es aus der Sicht des Jahres 2017 nicht rechtsmissbräuchlich, eine neue wirtschaftliche Lage und aktuelle Rechtsprechung für sein rechtliches Handeln zu berücksichtigen.

Es ist anzunehmen, dass Q. plus im Jahr 2018 von ihren damaligen Gesellschaftern mit der Verlagerung der Aufträge auf T. K der wirtschaftliche Boden entzogen wurde.

Diese Entscheidung oblag aber ebenfalls nicht dem Beklagten und ist ihm deshalb nicht zuzurechnen. Der beklagte Verband hatte nach seinem Austritt als Gesellschafter der t. K im Jahr 2012 und der Q. plus im Jahr 2014 insoweit keine Entscheidungsmacht.

cc. Das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf Seiten des Beklagten überwiegt das Interesse der Klageparteien an der Ausübung des Widerspruchsrechts im vorliegenden Fall in einer Weise, dass dem Beklagten die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist (vgl. BAG 17. Oktober 2013 - 8 AZR 974/12, juris, Rn. 26). Der Beklagte verfügt seit dem Jahr 2011 nicht mehr über entsprechende Beschäftigungsmöglichkeiten für die Klageparteien. Im Falle ihrer Rückkehr müsste er mit Nachzahlungsforderungen von Gehaltsdifferenzen über Jahre rechnen (BAG 20.05.2010 – 8 AZR 734/08, juris, Rn. 33 ff. mwN; vgl. zur Streitfrage HWK/N.-Bonanni, 9. Aufl. 2020, § 613a Rn. 355 mwN; *Bauer/Ernst*, NZA 2018, 1243 (1246 f.)). Die Interessen der Klageparteien sind demgegenüber dadurch begrenzt, dass sie selbst bei wirksamem Widerspruch alsbald mit einer betriebsbedingten Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses durch den Beklagten zu rechnen hätten. Dabei sind auch ordentlich „unkündbare“ Arbeitnehmer davor nicht völlig gefeit. Der Arbeitgeber muss grundsätzlich keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten neu schaffen, um eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit zu vermeiden. Es kommt allein darauf an, ob andere Beschäftigungsmöglichkeiten tatsächlich noch bestehen (BAG 20.06.2013 - 2 AZR 379/12, juris, Rn. 27 mwN).

B. Der Antrag auf vertragsgemäße Beschäftigung unterlag in Ermangelung eines Arbeitsverhältnisses der Abweisung.

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Revision war gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zuzulassen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann von den klagenden Parteien

REVISION

eingelegt werden.

Für die beklagte Partei ist gegen dieses Urteil ein Rechtsmittel nicht gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich oder in elektronischer Form beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361 2636-2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

Die elektronische Form wird durch ein elektronisches Dokument gewahrt. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 46c ArbGG nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (ERVV) v. 24. November 2017 in der jeweils geltenden Fassung eingereicht werden. Nähere Hinweise zum elektronischen Rechtsverkehr finden Sie auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts www.bundesarbeitsgericht.de.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Quecke

Hinterberg

Jansen

Beglaubigt
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
Landesarbeitsgericht Düsseldorf



- maschinell erstellt, ohne Unterschrift gültig, § 169 Abs. 3 ZPO -