

Aktenzeichen: 2 AZR 583/87

Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 18. Februar 1988

- 2 AZR 583/87 -

I. Arbeitsgericht

Bochum

Urteil vom 3. Dezember 1986

- 2 Ca 1392/86 -

II. Landesarbeitsgericht

Hamm

Urteil vom 9. Juni 1987

- 7 Sa 204/87 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Gewerbsmäßigkeit der Arbeitnehmerüberlassung

Gesetz:

AÜG Art. 1 § 1 Abs. 1 und 2, §§ 10, 13; BGB § 613 a

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

Parallelsache zu 2 AZR 578/87



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 583/87

7 Sa 204/87 Hamm

Verkündet am
18. Februar 1988

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. Februar 1988 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Ascheid, die ehrenamtliche Richterin Michels sowie den ehrenamtlichen Richter Strümper für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision der Beklagten zu 2) gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 9. Juni 1987 - 7 Sa 204/87 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Beklagte zu 2) streitet mit der Klägerin in der Revisionsinstanz noch darüber, ob ein Arbeitsverhältnis zwischen ihr und dem während des Revisionsverfahrens am 3. Dezember 1987 verstorbenen Ehemannes der Klägerin, dem Angestellten Wilhelm J (Erblasser) bis zu dessen Ableben bestanden hat.

Der am 2. November 1929 geborene Erblasser nahm im Jahre 1949 eine Tätigkeit bei der Beklagten zu 1), der H. H KG, auf. Persönlich haftender Gesellschafter der Beklagten zu 1) war der Kaufmann H H senior. Die Beklagte zu 1) unterhielt in B und W Möbelhäuser. Ihre Zentrale und Zentralverwaltung befanden sich ebenfalls in B . Zuletzt war der Erblasser bei der Beklagten zu 1) Werbeleiter. Ihm war Prokura erteilt worden. Er bezog für seine Tätigkeit ein monatliches Bruttogehalt von 7.000,-- DM. Darüber hinaus stellte die Beklagte zu 1) ihm ein Firmenfahrzeug und hatte ihm ein betriebliches Altersruhegeld versprochen.

Seit 1972 gehörte die Beklagte zu 1) der E -Gesellschaft-Möbel (im folgenden: EGM) mit Sitz in K an. Zur EGM haben sich zehn rechtlich selbständige Möbelhändler zusammenge-



schlossen, um ihren Einkauf und ihre Werbung zu zentralisieren und durch das Bündeln von Aufträgen für ihre Mitglieder Sonderkonditionen bei den Möbelproduzenten und -lieferanten zu erarbeiten. Etwa 70 % der Umsätze der einzelnen Möbelhäuser werden über die EGM abgewickelt. Geschäftsführer dieser Gesellschaft ist Herr Walter St , der zugleich Inhaber einer der Mitgliedsfirmen der EGM, der R Möbelzentrum St KG, ist. Für die EGM arbeiten drei Personen. Seit Gründung dieser Gesellschaft im Jahre 1972 erfüllte der Kläger die Aufgaben der zentralen Werbung. Daneben war er Leiter des Ressorts Werbung der Beklagten zu 1). Sein Arbeitsplatz befand sich ausschließlich bei der Beklagten zu 1). 80 % seiner Arbeitszeit verwandte er auf die Tätigkeit für die EGM. Sein Gehalt zahlte ausschließlich die Beklagte zu 1). Sie erfüllte auch die übrigen arbeitsvertraglichen Verpflichtungen.

Am 18. Oktober 1984 trafen die Beklagte zu 1), die EGM sowie der Erblasser und der Einkaufsleiter der Beklagten zu 1), Herr M , nachfolgende Vereinbarung (im folgenden: Vereinbarung 1984):

"1. Die EGM errichtet eine außenliegende Geschäftsstelle. Der Geschäftsstelle obliegt die Wahrnehmung der Aufgaben:

1.1. Einkauf

1.2. Werbung

Der Leiter Einkauf ist zugleich Geschäftsstellenverwalter; der Leiter Werbung ist stellvertretender Geschäftsstellenverwalter.

2. Die außenliegende Geschäftsstelle hat ihren Sitz in B , R - straße 5.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Umfang und Art der Möblierung sowie der technischen Einrichtungen bestimmt die EGM.

Zur Beschaffung notwendige Kauf- und/oder Mietverträge schließt die EGM ab, ebenfalls Mietverträge über Geschäftsräume.

3. H stellt die Mitarbeiter an die EGM ab.

Für die Zeit der Abstellung verbleiben die Mitarbeiter arbeitsrechtlich bei H.

Vorgesetzter der Mitarbeiter ist der jeweilige EGM-Verbandsvorsitzende; er regelt auch den Fall der Stellvertretung.

4. Der Geschäftsstelle wird ein Sekretariat zugeordnet. Angestellte desselben sind Angestellte der EGM, die die notwendigen Verträge abschließt und alle vertraglichen und sonstigen Leistungen erbringt.

Vorgesetzter ist der Geschäftsstellenverwalter.

Er erstellt für die Stelle eine Stellenbeschreibung.

5. Der für den Einkauf verantwortliche Mitarbeiter ist Herr M.

Der für die Werbung verantwortliche Mitarbeiter ist Herr J.

Aufgaben, Kompetenz und Verantwortung regeln Stellenbeschreibungen, die von der EGM für jeden Mitarbeiter vor Vertragsschluß zu verfassen sind. Die Stellenbeschreibungen sind Bestandteil dieses Vertrags.

6. Die zwischen H und den Mitarbeitern auf der Grundlage der Anstellungsverträge vereinbarten jährlichen Festbezüge zahlt H weiter in der Höhe, wie sie für 1984 fällig waren und der EGM bekanntgegeben wurden. Zusätzliche Bezüge vereinbart die EGM mit den Mitarbeitern für die Dauer der Abstellung. Kehren die Mitarbeiter nach Beendigung ihrer Abstellung vor Ablauf ihres Anstellungsvertrages zu H zurück, so bildet die 84-ger Vergütung verglichen mit der Entwicklung der



Bezüge vergleichbarer Mitarbeiter bei H
die Grundlage für die ab dann jähr-
lich neu zu vereinbarenden Bezüge.

7. Die mit H und den Mitarbeitern abge-
schlossenen Anstellungsverträge behalten
uneingeschränkt Gültigkeit, es sei denn,
daß Einschränkungen oder Erweiterungen ge-
mäß dieser Vereinbarung zu berücksichtigen
sind.

Sollten aus zur Zeit nicht bekannten Grün-
den während der Zeit der Abstellung Ände-
rungen oder Ergänzungen zu den Anstellungsver-
trägen notwendig werden, so sind solche
in Übereinstimmung zwischen H und
der EGM vorzunehmen.

Alle gemäß Anstellungsvertrag von H
zu erbringenden geldlichen und im Schrei-
ben vom 13. 10. 1984 beschriebenen Leistun-
gen erstattet die EGM monatlich an H .
Ausgenommen sind Leistungen, die H
für die betriebliche Altersversorgung der
Mitarbeiter erbringt. Diese gehen weiter-
hin unverändert zu Lasten von H .

8. Die Abstellung der Mitarbeiter von H
an die EGM ist unbefristet; längstens je-
doch für die Dauer der Laufzeit des Anstel-
lungsvertrages zwischen H und den
Mitarbeitern.

Die EGM ist jedoch berechtigt, unter Ein-
haltung einer j ä h r l i c h e n Kün-
digungsfrist, erstmals bis 31. 12. 1986,
zum 31. 12. 1987, diese Vereinbarung auf-
zukündigen. Die Mitarbeiter kehren danach
zu H zurück.

9. Zur Ausübung ihrer Tätigkeit stellt die EGM
jedem Mitarbeiter einen PKW zur Verfügung,
der auch privat gegen Entgelt von den Mit-
arbeitern genutzt werden kann. Eine ent-
sprechende vertragliche Regelung trifft die
EGM mit den Mitarbeitern, wobei die jetzt
schon zwischen H und den Mitarbeitern
geltende Regelung zugrunde gelegt wird.

H verkauft der EGM die derzeit von
den Mitarbeitern genutzten Firmen-PKW's zum
Schätzwert am 31. 12. 1984, so daß die PKW's
ab 1. 1. 1985 in das Eigentum der EGM über-
gehen.

10. Die Mitarbeiter sind nur dann in der Lage,



die ihnen von der EGM gestellten Aufgaben nutzbringend für alle Mitglieder zu erfüllen, wenn ein ständiger Informationsaustausch zwischen den Mitgliedern bzw. deren beauftragten Mitarbeitern und den Herren M und J stattfindet.

EGM und die Mitarbeiter stellen hierzu gemeinsam einen alle Mitglieder verpflichtenden Informationskatalog zusammen, aus dem insbesondere ersichtlich sein soll, welche Informationen zu welchem Zeitpunkt gegenseitig fließen sollen.

11. Mit Wirksamwerden dieser Vereinbarung sind alle Verbandsmitglieder gleichberechtigt, Leistungen von der EGM, die durch die Mitarbeiter, insbesondere dem Leiter Werbung zu erbringen sind, zu kaufen. Hierüber trifft die EGM eine geeignete Regelung.

....."

Durch diese Vereinbarung änderten sich die Arbeitsbedingungen des Erblassers zunächst nicht; mit ihr wurde jedoch erstmals seine Tätigkeit für die EGM vertraglich festgeschrieben. Wie in Ziffer 2 der Vereinbarung festgelegt, bezog die Geschäftsstelle der EGM im Frühjahr 1985 ein eigenes Büro in unmittelbarer Nähe des Möbelhauses B der Beklagten zu 1). Der Arbeitsplatz des Erblassers befand sich seitdem nicht mehr in den Räumen der Beklagten zu 1).

Die Beklagte zu 1) konnte ab März 1986 die Löhne und Gehälter für ihre Mitarbeiter nicht mehr auszahlen, da ihre Hausbank am 1. April 1986 angekündigt hatte, termingebundene Zahlungen nicht mehr ausführen zu wollen. Sie stellte deshalb ihre Aktivitäten im April 1986 ein und traf mit dem Betriebsrat am 4. April 1986 eine Vereinbarung dahingehend, daß die Möbelhäuser in B und W geschlossen werden sollten. Der Be-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

triebsrat stimmte in dieser Vereinbarung den beabsichtigten Kündigungen der Arbeitsverhältnisse zu. Zugleich erklärte die Geschäftsführung, sie versuche sicherzustellen, daß allen Mitarbeitern ein neuer Anstellungsvertrag durch ein anderes Handelsunternehmen angeboten werde, das beabsichtige, am selben Standort ein Handelsgeschäft zu betreiben. Die Modalitäten solcher Anstellungsverträge wurden in Ziffer 5 der Vereinbarung vom 4. April 1986 festgehalten.

Durch notariellen Kaufvertrag vom 15. April 1986 verkaufte die Beklagte zu 1) die Möbelhäuser B und W an die Beklagte zu 2), die M GmbH. Im Rahmen dieses Vertrags hat sich die Beklagte zu 2) verpflichtet, die Mitarbeiter der Beklagten zu 1) zu übernehmen, ihren bisherigen sozialen Besitzstand zu wahren und ihnen die rückständigen Gehälter ab März 1986 zu zahlen. Insgesamt hat die Beklagte zu 2) etwa 250 Mitarbeiter übernommen. Sie hat ihre geschäftliche Tätigkeit im Möbelhaus B Anfang Juni 1986 aufgenommen.

Dem Erblasser bot die Beklagte zu 2) keinen Anstellungsvertrag an. Ab April 1986 wurde die Gehaltszahlung an den Erblasser wegen der bei der Beklagten zu 1) aufgetretenen Liquiditätsschwierigkeiten in der Form abgewickelt, daß der Erblasser von der EGM etwa in Höhe des Nettobetrag das Entgelt als Vorschuß erhielt und die Beklagte zu 1) bzw. die Beklagte zu 2) die Lohn-, Kirchensteuer und die Sozialversicherungsbeiträge zahlten. Dies geschah, um zu verhindern, daß bei einer direkten Überweisung der EGM an die Beklagte zu 1) die Gelder nicht ordnungsgemäß



an den Kläger weitergeleitet oder von Drittgläubigern gepfändet oder eingezogen würden. Demgemäß stellten die Beklagte zu 1) für April/Mai 1986 und die Beklagte zu 2) für Juni/Juli 1986 der EGM die für den Erblasser gezahlten Lohn-, Kirchensteuern und Sozialversicherungsbeiträge nebst 14 % Mehrwertsteuer in Rechnung.

Am 23. Juni 1986 kündigte die Beklagte zu 1) das mit dem Erblasser bestehende Arbeitsverhältnis aus Anlaß der Stilllegung des Unternehmens zum 31. Dezember 1986.

Mit der am 10. Juli 1986 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat sich der Erblasser zunächst gegen die Kündigung gewehrt und weiter die Verurteilung der Beklagten zu 1) und des Beklagten zu 2) als Gesamtschuldner zur Rückzahlung einer Gesellschaftseinlage begehrt. Er hat vorgetragen, die Kündigung sei gemäß § 613 a Abs. 4 BGB unwirksam, da sie allein aus Anlaß des Betriebsübergangs auf die Beklagte zu 2), ausgesprochen worden sei. Außerdem sei der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört worden.

Im weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens hat der Erblasser den Zahlungsantrag zurückgenommen und zusätzlich die Feststellung begehrt, daß mit der Beklagten zu 2) mit Wirkung vom 1. Juni 1986 ein Arbeitsverhältnis besteht und diese verpflichtet ist, ihn entsprechend den Arbeitsbedingungen, die bei der Beklagten zu 1) galten, weiterzubeschäftigen. Hierzu hat er die Auffassung vertreten, durch den Erwerb der Möbelhäuser B

und W sei auch sein zur Beklagten zu 1) bestehendes Arbeitsverhältnis auf die Beklagte zu 2) übergegangen. Durch



die Vereinbarung vom 18. Oktober 1984 sei er lediglich zur EGM abgeordnet, ein Arbeitsverhältnis zur EGM aber zu keiner Zeit begründet worden.

Der Erblasser hat zuletzt beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten zu 1) vom 23. Juni 1986 zum 31. Dezember 1986 nicht aufgelöst ist,
2. festzustellen, daß ab 1. Juni 1986 ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 2) besteht,
3. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, ihn zu den bisherigen Arbeitsbedingungen, die bei der Beklagten zu 1) galten, weiterzubeschäftigen.

Die Beklagten haben beantragt, die gegen sie gerichteten Klageanträge abzuweisen.

Die Beklagte zu 1) hat vorgetragen, die ausgesprochene Kündigung sei wirksam, da sie ihren Betrieb stillgelegt habe. Im übrigen arbeite der Erblasser ab dem 1. Juli 1986 in Abweichung von der früher getroffenen Vereinbarung unmittelbar bei der EGM in K und erbringe ausschließlich für diese seine Arbeitsleistung. Durch die Entlohnung seitens der EGM sei er deren Arbeitnehmer geworden und gleichzeitig bei ihr ausgeschieden.

Die Beklagte zu 2) hat vorgetragen, durch die Übernahme der Möbelhäuser B und W sei sie nicht verpflichtet gewesen, auch dem Erblasser ein Arbeitsverhältnis anzubieten bzw. ihn zu den Bedingungen des Arbeitsvertrages mit der Be-



klagten zu 1) zu beschäftigen, zumal der Erblasser mit Wirkung vom 1. Juli 1986 ausschließlich Mitarbeiter der EGM in K sei.

Das Arbeitsgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben.

Gegen dieses Urteil hat nur die Beklagte zu 2) Berufung eingelegt. Sie hat weiter vorgetragen, daß ein Fortbestand des Arbeitsverhältnisses des Erblassers zur Beklagten zu 1) nach dem 18. Oktober 1984 fraglich sei. Es sei vielmehr davon auszugehen, daß der Erblasser von diesem Zeitpunkt an ausschließlich Arbeitnehmer der EGM mit Sitz in K gewesen sei. Auf keinen Fall sei ein möglicherweise zur Beklagten zu 1) fortbestehendes Arbeitsverhältnis vom Betriebsübergang erfaßt worden. Bei dem Vertrag vom 18. Oktober 1984 handele es sich um einen Vertrag sui generis, der nicht unter das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz fallen könne, da die einzelnen Regelungen des Vertrags nicht der typischen Arbeitnehmerüberlassung entsprächen. Weiter habe der Erblasser ausschließlich der H Werbeabteilung angehört, die als gesonderter Betriebsteil für die Möbelhäuser der Beklagten zu 1) tätig gewesen sei, ohne jedoch den Möbelhäusern organisatorisch anzugehören. Bei verständiger Würdigung der gegebenen Situation sei vielmehr davon auszugehen, daß der Erblasser tatsächlich schon seit März 1986 ausschließlich Arbeitnehmer der EGM gewesen sei und deshalb weder eine arbeitsvertragliche Beziehung zu der Beklagten zu 1) noch zu ihr bestehen könne.

Die Beklagte zu 2) hat beantragt, unter Abänderung des an-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



gefochtenen Urteils des Arbeitsgerichts die Klage bezüglich der Anträge zu 1), 2) und 3) abzuweisen.

Der Erblasser hat ergänzend vorgetragen, aus den einzelnen Vertragsbestimmungen der Vereinbarung vom 18. Oktober 1984 ergebe sich, daß ein eigenständiges Vertragsverhältnis mit der EGM nicht gewollt gewesen sei.

Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und den Weiterbeschäftigungsantrag abgewiesen. Im übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte zu 2) ihren Berufungsantrag weiter, soweit die Berufung bezüglich des Klageantrags zu 2) zurückgewiesen wurde. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist unbegründet.

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, das Arbeitsverhältnis des Erblassers mit der Beklagten zu 1) habe bis zum 31. Mai 1986 fortbestanden und sei mit Wirkung vom 1. Juni 1986 gem. § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Beklagte zu 2) übergegangen. Die Beklagte zu 2) habe durch den notariellen Kaufvertrag und damit durch Rechtsgeschäft den aus den Möbelhäusern B und W bestehenden Betrieb der Beklagten zu 1) übernommen. Zum Zeitpunkt der Betriebsübernahme habe der Erblasser in einem Ar-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



beitsverhältnis zur Beklagten zu 1) gestanden. Dieses sei weder durch den zwischen der Beklagten zu 1) und der EGM mit Zustimmung des Erblassers abgeschlossenen Vertrag vom 18. Oktober 1984 auf die EGM übergegangen, noch sei zwischen dieser Gesellschaft und dem Kläger gem. Art. 1 § 10 Abs. 1 oder § 13 AUG kraft gesetzlicher Fiktion ein Arbeitsverhältnis begründet worden. Denn die Abstellung des Erblassers an die EGM habe weder eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung noch eine verbotene Arbeitsvermittlung dargestellt. Der Erblasser sei im Zeitpunkt des Betriebsübergangs auch Arbeitnehmer des Möbelhauses B und damit des von der Beklagten übernommenen Betriebes gewesen. Da der Betrieb und damit auch die Arbeitgeberstellung der Beklagten zu 1) am 1. Juni 1986 auf die Beklagte zu 2) übergegangen sei, sei die Beklagte zu 1) am 23. Juni 1986 nicht mehr kündigungsberechtigt gewesen.

Diese Würdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

II.1. Das Berufungsgericht hat seine Ansicht, die Beklagte habe aufgrund notariellen Kaufvertrages vom 15. April 1986 die bis dahin von der Beklagten zu 1) betriebenen Möbelhäuser B

und W im Sinne des § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB übernommen, im wesentlichen wie folgt begründet:

Für die Übernahme eines Einzelhandelsgeschäfts sei im wesentlichen darauf abzustellen, daß zu einem solchen Geschäft die Betriebsräume, die Ladeneinrichtung, das Warensortiment bzw. die Lieferantenverträge sowie die Rechtsbeziehungen des Einzelhan-



delskaufmanns zu seinen Kunden gehöre. Wesentlich sei hierbei der arbeitstechnische Zweck eines Ladengeschäfts, der darin besteht, mit Hilfe von Arbeitnehmern Waren von Großhändlern oder Erzeugern anzukaufen und an den Endverbraucher zu verkaufen. Durch die Übernahme der beiden Möbelhäuser sei die Beklagte zu 2) wie zuvor die Beklagte zu 1) imstande, Möbel an Endverbraucher zu verkaufen. Unerheblich sei, daß die Beklagte zu 2) einer anderen Einkaufsgemeinschaft angehöre. Denn allein dadurch mache sie nicht deutlich, ob sie ihr Warensortiment geändert habe. Das Warensortiment bestimme die Kundschaft und bilde das Kernstück des Betriebes. Es sei nicht aufgezeigt, daß die Beklagte zu 2) Möbel einer anderen Qualitätsstufe vertreibe als die Beklagte zu 1). Es könne deshalb davon ausgegangen werden, daß sie denselben Kundenkreis anspreche wie die Beklagte zu 1). Sie habe zudem die Betriebsform beibehalten.

2. Diese Würdigung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Sie stimmt mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, insbesondere mit dem vom Berufungsgericht auch ausdrücklich angezogenen Senatsurteil vom 30. Oktober 1986 (- 2 AZR 696/82 - AP Nr. 58 zu § 613 a BGB, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgesehen) überein, das sich mit dem Betriebsübergang von Einzelhandelsgeschäften befaßt, und wird auch von der Revision nicht angegriffen. Die Beklagte zu 2) geht in der Revisionsbegründung ausdrücklich davon aus, daß sie die Betriebe (Filialen) der KG in B und W übernommen habe.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

III. Nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB tritt der Erwerber eines Betriebes in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverhältnissen ein, die im Zeitpunkt des Betriebsübergangs mit dem früheren Betriebsinhaber bestanden haben. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, daß auch diese Voraussetzung erfüllt sei, weil der Erblasser im Zeitpunkt der Übernahme des Möbelhauses B durch die Beklagte zu 2) in einem Arbeitsverhältnis zu der Beklagten zu 1) gestanden habe.

1. Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen und näher begründet hat, ist das Arbeitsverhältnis des Erblassers mit der Beklagten zu 1) durch die Vereinbarung 1984 nicht aufgehoben worden. Vielmehr ist in dieser Vereinbarung ausdrücklich festgelegt worden, daß der Erblasser arbeitsrechtlich bei der Beklagten zu 1) verbleiben und der mit ihr abgeschlossene Anstellungsvertrag uneingeschränkt Gültigkeit behalten sollte (vgl. Ziffern 3 und 7 der Vereinbarung 1984). Insoweit erhebt die Revision auch keine Rügen.

2. Zwischen dem Erblasser und der EGM ist auch nicht kraft gesetzlicher Fiktion gem. Art. 1 § 10 Abs. 1 oder § 13 AUG vor dem Verkauf des Möbelhauses B an die Beklagte zu 2) ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen.

a) Das Berufungsgericht hat dies im wesentlichen mit folgender Begründung angenommen:

Die Beklagte zu 1) habe mit der Abstellung des Erlassers an



die EGM keine gewerbsmäßige und damit wegen Fehlens einer Erlaubnis verbotene Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG betrieben, die gem. Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der EGM geführt habe. Grundsätzlich gehe das Gesetz dann von einer Arbeitnehmerüberlassung aus, wenn sich der Arbeitnehmer bei Vertragsschluß dazu verpflichte, seine Arbeitsleistung jeweils vorübergehend bei anderen Unternehmen zu erbringen, so daß seine Hauptpflicht gerade darin bestehe, jeweils für andere Unternehmen tätig zu werden, und diese Tätigkeit auf Dauer ausgerichtet sei. Von einer gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung spreche man dann, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen einer auf Gewinnerzielung und planmäßigen Wiederholung gerichteten selbständigen Tätigkeit Dritten zur Arbeitsleistung überlassen werde. Eine solche Verpflichtung habe der Erblasser jedoch mit der Vereinbarung 1984 nicht übernommen. Er habe weiterhin auch im Interesse der Beklagten zu 1) tätig bleiben sollen, wenn auch im Rahmen des Verbandes, dessen Mitglied sie gewesen sei. Daneben habe er auch Leistungen für Dritte erbringen sollen. Darüber hinaus sei ein gewerbsmäßiges Handeln der Beklagten zu 1) nicht vorgesehen gewesen. Aus der Vereinbarung 1984 ergebe sich ausdrücklich, daß sie den Erblasser nicht zur Gewinnerzielung habe überlassen wollen.

Eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung liege auch dann vor, wenn sich mehrere Unternehmen zu einer Art Werksarbeitsgemeinschaft zusammenschließen und sich die Mitarbeit eines dieser Unternehmen auf die Überlassung von Arbeitnehmern beschränke. In einem solchen Fall greife das Verbotsgesetz des



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



§ 12 a AFG ein. Die EGM sei jedoch eine Arbeitsgemeinschaft eigener Art, die bestimmte Leistungen, nämlich Einkauf und Werbung, für ihre Mitglieder erbringe, die diese sonst selbst erbringen müßten.

Es liege auch keine unerlaubte Arbeitsvermittlung vor, die gem. Art. 1 § 13 AÜG zu einem Arbeitsverhältnis zwischen dem Erblasser und der EGM geführt habe. Zwar habe die Beklagte zu 1) den Erblasser sowie den Angestellten M der EGM über die nach Art. 1 § 3 Nr. 6 AÜG zulässige Einsatzbefristung hinaus zur Arbeitsleistung überlassen und die EGM ihr das Gehalt nach dem Stande von 1984 erstattet. Dennoch greife die Vermutung einer unerlaubten Arbeitsvermittlung gemäß Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG nicht ein, weil diese Vermutung widerlegt sei. Die Vereinbarung 1984 stelle zwar im Verhältnis zwischen der Beklagten zu 1) und der EGM keinen reinen Dienstvertrag dar, weil sich die Beklagte zu 1) nicht zu Dienstleistungen verpflichtet, sondern Arbeitnehmer überstellt habe. Dennoch komme die Vereinbarung 1984 der Gestaltung eines Dienstvertrages nahe. Sie entspreche eher einer Freistellung des Klägers zur EGM als einer Arbeitnehmerüberlassung bzw. Arbeitsvermittlung. Das zur Beklagten zu 1) bestehende Arbeitsverhältnis habe ruhen sollen. Die Arbeitsleistung sei bei der EGM zu erbringen gewesen. Diese habe die wirtschaftlichen Lasten übernommen, da sie dem Erblasser das von der Beklagten zu 1) erworbene Fahrzeug zur Verfügung gestellt und das Gehalt einschließlich der Sozialabgaben und Steuern ohne Gewinnzuschlag für die Beklagte zu 1) dieser erstattet habe. Für eine Freistellung spreche weiter, daß der Erblasser nach Beendigung seiner Tätig-



keit für die EGM wieder in den Betrieb der Beklagten zu 1) habe eingegliedert und seine Arbeitszeit bei der EGM als Betriebszugehörigkeit zur Beklagten zu 1) habe gewertet werden sollen. Nur deshalb habe die Beklagte zu 1) allein die Aufwendungen für die betriebliche Altersversorgung des Erblassers getragen. Bis auf das Kündigungsrecht hätten ihre Arbeitgeberrechte und -pflichten geruht. Diese Gestaltung sei wie die Freistellung zu einer Werksarbeitsgemeinschaft zu werten, die nicht unter das AÜG falle. Da der Erblasser auf jeden Fall über die Beklagte zu 1) habe ausscheiden sollen, sei durch die Vereinbarung 1984 kein ausschließliches Arbeitsverhältnis zur EGM begründet worden. Ob ein solches neben dem Arbeitsverhältnis der Beklagten zu 1) habe bestehen sollen, könne offen bleiben. Für die Anwendung des § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB komme es allein auf die zur Beklagten zu 1) bestehenden Rechtsbeziehungen im Zeitpunkt des Betriebsübergangs an.

Dieser Würdigung ist im Ergebnis zu folgen.

b) Gem. Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG ist kein Arbeitsverhältnis zwischen dem Erblasser und der EGM begründet worden. Nach dieser Vorschrift gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer als zustandegekommen, wenn der (Arbeits-)Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer nach Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG rechtsunwirksam ist, weil der Arbeitgeber als Verleiher einem Dritten, dem Entleiher, Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen hat, ohne die dazu erforderliche Erlaubnis zu besitzen. Im vorliegenden Fall fehlt es an der Ge-



werbsmäßigkeit der Arbeitnehmerüberlassung.

aa) Die Beklagte zu 1) hat den Erblasser der EGM im Sinne des Art. 1 § 1 Abs. 1 AUG zur Arbeitsleistung überlassen.

Eine Überlassung zur Arbeitsleistung im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung in einem Drittbetrieb erbringt und hierbei hinsichtlich der Arbeitsausführung den Weisungen des Fremdbetriebsinhabers oder seiner Repräsentanten unterliegt (vgl. BAGE 29, 7, 9 = AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972, zu II 1 b der Gründe; BAGE 43, 102, 105 = AP Nr. 5 zu § 10 AUG, zu I 1 a der Gründe, jeweils m.w.N.). Diese Voraussetzungen waren für den Erblasser jedenfalls seit dem Frühjahr 1985 erfüllt. Nach den Feststellungen im unstreitigen Teil des Tatbestandes des angefochtenen Urteils, die nach § 561 Abs. 1 ZPO für den Senat bindend sind, erfüllte der Erblasser seit der Gründung der EGM im Jahre 1972 die Aufgaben des Zentraleinkaufs der EGM und wandte für diese Gesellschaft 80 % seiner gesamten Arbeitszeit auf, arbeitete allerdings im Betrieb der Beklagten zu 1). Aufgrund der Vereinbarung 1984 wurde er ausdrücklich an die EGM abgestellt, übte dort die Funktionen des Werbeleiters und stellvertretenden Geschäftsstellenverwalters aus und war dem jeweiligen Verbandsvorsitzenden der EGM unterstellt. Nachdem die EGM im Frühjahr 1985 außerhalb des Möbelhauses B ein eigenes Büro bezogen hatte, befand sich dort auch sein Arbeitsplatz. Der Erblasser war somit der Weisungsbefugnis des jeweiligen Repräsentanten der EGM unterstellt und spätestens seit dem Frühjahr 1985 in den Betrieb der EGM einge-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



gliedert.

bb) Für diese Arbeitnehmerüberlassung hat die Beklagte zu 1) jedoch keiner Erlaubnis nach Art. 1 § 1 Abs. 1 AUG bedurft.

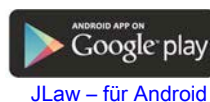
Die Erlaubnis ist erforderlich, wenn Arbeitgeber Dritten (Entleihern) gewerbsmäßig Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlassen wollen. Unter gewerbsmäßig im Sinne des Art. 1 § 1 Abs. 1 AUG ist jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbständige Tätigkeit zu verstehen (BAGE 29, 7, 10 = AP, aaO; BAGE 43, 102, 106, 107 = AP, aaO, zu I 3 a der Gründe; jeweils m.w.N.). Dabei kommt es nicht darauf an, daß der Betrieb überwiegend auf dem Gebiet der Arbeitnehmerüberlassung tätig ist; es genügt, daß die Arbeitnehmerüberlassung als solche im Einzelfall der Hauptzweck des Geschäfts ist (BAGE 43, 102, 106 = AP, aaO).

Im vorliegenden Fall fehlt es für die Gewerbsmäßigkeit der Überlassung des Erblassers zur Arbeitsleistung bei der EGM an der Dauer der Gewerbetätigkeit.

Zwar sind an dieses Tatbestandsmerkmal keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Die gesetzliche Regelung soll nach ihrem sozialen Schutzzweck die Arbeitnehmer vor unseriösen Verleihern bewahren und einen sozial- und arbeitsrechtlichen Mindestschutz gewährleisten. Zugleich soll sie verhindern, daß Dauerarbeitsplätze von Zeitarbeitnehmern eingenommen werden (BAGE 31, 135,



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



144 = AP Nr. 2 zu § 1 AÜG, zu II 2 a der Gründe). Deshalb findet jede Art der Arbeitnehmerüberlassung, die wiederholt, wenn auch u.U. mit größeren Unterbrechungen, vorgenommen werden soll, nicht nur gelegentlich statt, sondern ist damit bereits auf gewisse Dauer angelegt. Entscheidend ist dabei nicht die Dauer an sich, d.h. der Ablauf einer bestimmten Zeit. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Tätigkeit (Arbeitnehmerüberlassung) "auf Dauer" gerichtet ist. Deshalb ist die Überlassung von Arbeitskräften zur Deckung eines kurzfristigen Spitzenbedarfs eines Unternehmens nicht gewerbsmäßig im Sinn des Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG (so zu- treffend Becker/Wulfgramm, AÜG, 3. Aufl., Art. 1 § 1 Rz 28 a).

Eine auf Dauer gerichtete Arbeitnehmerüberlassung liegt aber auch dann nicht vor, wenn, wie im vorliegenden Fall, ein Unternehmer, der ein Handelsunternehmen betreibt, zwei seiner leitenden Mitarbeiter zur Dienstleistung auf unbestimmte Zeit an eine von ihm mit anderen Unternehmern derselben Branche gegründete Gesellschaft abstellt, die bestimmte Teiltätigkeiten, hier den Einkauf und die Werbung, koordinieren und dadurch die Wettbewerbsfähigkeit aller ihrer Mitglieder verbessern soll. Eine solche Arbeitnehmerüberlassung ist nicht auf Wiederholung angelegt. Die Mitgliedsfirmen der EGM haben bisher von ihnen selbst wahrgenommene Aufgaben einer Gesellschaft übertragen, damit gewissermaßen eine rechtlich verselbständigte Einkaufs- und Werbeabteilung gegründet und deren beide Führungspositionen mit Stammarbeitnehmern einer ihrer Mitglieder besetzt. Der Erblasser und der Einkaufsleiter M sollten somit die Tätigkeiten fortsetzen, die sie - überwiegend - nach den Feststellungen des



Berufungsgerichts vor der Vereinbarung 1984 bereits im Betrieb der Beklagten zu 1) für die EGM ausgeübt hatten.

Eine solche Arbeitnehmerüberlassung widerspricht auch nicht dem vorstehend beschriebenen Schutzzweck der Erlaubnispflicht. Da in der EGM Unternehmen derselben Branche zusammengeschlossen sind, hätten die von der Beklagten zu 1) "verliehenen" Arbeitnehmer auch bei Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit der EGM nicht zu ungünstigeren Bedingungen als bei der Beklagten zu 1) gearbeitet. Ferner wurden durch die Überlassung bei der EGM auch keine Dauerarbeitsplätze durch Zeitarbeiter, sondern durch Stammarbeiter des Verleihers besetzt.

c) Die Beklagte zu 1) hat mit der Abstellung des Erblässers an die EGM auch keine unerlaubte Arbeitsvermittlung betrieben, so daß auch gem. Art. 1 § 13 AÜG kein Arbeitsverhältnis zur EGM fingiert worden ist (vgl. zu den Rechtsfolgen einer unerlaubten Arbeitsvermittlung nach dieser Vorschrift BAGE 29, 7, 13 = AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972, zu II 2 b der Gründe).

Zwar hat die Dauer der Abstellung des Erblässers an die EGM die nach Art. 1 § 3 Nr. 6 AÜG zulässige Einsatzbefristung überstiegen. Die hierdurch nach Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG begründete Vermutung, daß die Beklagte zu 1) Arbeitsvermittlung betrieben hat, ist jedoch durch die Fallumstände widerlegt. Die Überlassung von Arbeitnehmern an Dritte stellt sich nur dann als Arbeitsvermittlung dar, wenn zwischen dem Überlassenden und den Arbeitnehmern keine echten arbeitsvertraglichen Beziehungen be-



stehen, die Tätigkeit des Überlassenden darauf gerichtet ist, Arbeitssuchende mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zusammenzuführen, und damit, insbesondere mit dem etwaigen Abschluß eines Arbeitsvertrages, ihr Ende findet (vgl. BVerfG, EzAÜG Nr. 6, zu III 4 der Gründe; Sandmann/Marschall, AÜG, Stand: 7. Ergänzung, November 1987, Art. 1 § 1 Anm. 40 a ff). Hierfür gibt es jedoch im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte. Die Beklagte zu 1) hat nicht lediglich das Zustandekommen vertraglicher Beziehungen zwischen dem Erblasser und der EGM gefördert und mit dem Abschluß der Vereinbarung 1984 die rechtlichen Beziehungen mit ihm beendet. Sie hat vielmehr mit der EGM vereinbart, daß der zwischen ihr und dem Erblasser abgeschlossene Anstellungsvertrag weiterhin Gültigkeit behalten sollte, darüber hinaus weiter das Gehalt unmittelbar an den Erblasser bezahlt, die Lasten für seine betriebliche Altersversorgung getragen und die wesentlichen Arbeitgeberpflichten weiter erfüllt.

IV. Hat das Arbeitsverhältnis des Erblasser mit der Beklagten zu 1) im Zeitpunkt der Übernahme des Möbelhauses B durch die Beklagte zu 2) Anfang Juni 1986 fortbestanden, so ist die Beklagte zu 2) zu diesem Zeitpunkt gem. § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB in die Rechte und Pflichten aus diesem Arbeitsverhältnis eingetreten.

Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, die Beklagte zu 2) sei in alle im Zeitpunkt der Betriebsübernahme bestehenden Arbeitsverhältnisse mit den Rechten und Pflichten eingetreten, wie sie bis dahin zwischen den Arbeitnehmern und der Beklagten zu



1) bestanden hätten. Da die Beklagte zu 2) den aus den beiden Möbelhäusern B und W bestehenden Betrieb der Beklagten zu 1) in seinem Gesamtbestand übernommen habe, sei auf das Arbeitsverhältnis des Erblassers in dem Zustand des Ruhens, wie er aufgrund der Vereinbarung 1984 im Verhältnis zur Beklagten zu 1) bestanden hatte, auf sie übergegangen.

Diese Würdigung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Das Berufungsgericht hat im unstreitigen Teil des angefochtenen Urteils festgestellt, der Erblasser sei Leiter der Werbezentrale der Beklagten zu 1) und diese Abteilung der Hauptverwaltung in B

zugeordnet gewesen. Diese Feststellung ist für den Senat gem. § 561 ZPO ebenso bindend wie die in den Entscheidungsgründen getroffene Feststellung, die Beklagte zu 2) habe den aus den beiden Möbelhäusern bestehenden Betrieb "in seinem Gesamtbestand" übernommen. Damit steht fest, daß auch die Hauptabteilung des Betriebes und die ihr zugeordnete Abteilung Werbung auf die Beklagte zu 2) übergegangen ist. Die Beklagte zu 2) ist deshalb auch in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis des Erblassers eingetreten, das in dieser Abteilung, wenn auch im Zustand des Ruhens, weiterbestanden hat. Insoweit erhebt die Beklagte zu 2) mit der Revision auch keine Rügen mehr.

V. War das Arbeitsverhältnis des Erblassers Anfang Juni 1986 auf die Beklagte zu 2) übergegangen, hatte die Beklagte zu 1) damit ihre Arbeitgeberstellung verloren und konnte deshalb durch die am 23. Juni 1986 ausgesprochene Kündigung dieses Arbeitsverhältnis nicht mehr beenden. Andere Beendigungstatbestände vor



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



dem Ableben des Erblassers sind nicht festgestellt.

VI. Die Revision der Beklagten zu 2) war sonach mit der sich aus § 97 Abs. 1 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Hillebrecht

Triebfürst

Ascheid

Weyers

Strümper

