

Aktenzeichen: 2 AZR 795/87
Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 5. Mai 1988
- 2 AZR 795/87 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 19. Februar 1987
Bochum - 3 Ca 1793/86 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 20. Oktober 1987
Hamm - 7 Sa 706/87 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Nein



Entscheidungsstichwort:

Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung

Gesetz: AÜG Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 2, §§ 10, 13; AktG § 18; BGB
§ 613 a

Leitsatz:

Die erlaubte konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung nach Art 1 § 1 Abs 3 Nr 2 AÜG setzt nicht voraus, daß der Konzern, dem Verleiher und Entleiher angehören, unter das Aktiengesetz fällt; dem Konzern somit zumindest eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien angehören muß.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 795/87

7 Sa 706/87 Hamm

Verkündet am
5. Mai 1988

Im Namen des Volkes!

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. Mai 1988 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Ascheid sowie die ehrenamtlichen Richter Mauer und Baerbaum 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 gegen das
Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm
vom 20. Oktober 1987 - 7 Sa 706/87 -
wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht.

Der im Jahre 1935 geborene Kläger nahm am 1. April 1950 bei der Möbel Heinrich H KG (künftig: KG) die Tätigkeit als Möbelverkäufer auf. Mit Vertrag vom 17. Oktober 1973 wurde er Leiter des Distrikts C. Dieser Vertrag war zunächst bis zum 21. Dezember 1975 befristet und sah eine jeweilige Verlängerung um ein Jahr vor, solange er nicht fristgemäß gekündigt wurde. Von diesem Kündigungsrecht hat die KG in der Folgezeit keinen Gebrauch gemacht. Dem Kläger wurden verschiedene rechtlich unselbständige Filialen zur Leitung übertragen. Seit dem Jahre 1982 war er Leiter der unselbständigen Filiale R .

Sitz der KG war B . Die KG unterhielt in mehreren Städten des Ruhrgebiets und in W Möbelhäuser, darunter die Filialen in L , H , R und C . Im Jahre 1983 wurde durch Gesellschaftsvertrag vom 10. Juni die PK- GmbH (künftig: PK-GmbH) mit Sitz in H gegründet. Geschäftsführer dieser GmbH wurde der Komplementär der KG, Heinrich H . Die Gesellschaft wurde am



3. August 1983 in das Handelsregister eingetragen. Sie übernahm in der zweiten Hälfte des Jahres 1984 die früheren unselbständigen Filialen der KG in H , L , R und C

Der Kläger wollte nicht zur PK-GmbH überwechseln. Daraufhin schlossen die KG, die PK-GmbH und der Kläger am 31. August 1984 folgenden Vertrag:

"Herr Z wickelt nach Beendigung des Räumungsverkaufs den Auszug der KG aus R ab. Nach Beendigung desselben am 07./08. September 1984 wird Herr Z an die PK abgestellt und H. Alfred H jun. unterstellt. Die Abstellung wird zunächst befristet bis 31. März 1985. In dieser Zeit wird H. Z unverändert als Mitarbeiter der KG geführt und empfängt von dort seine Bezüge gemäß den derzeit gültigen Vereinbarungen.

H. Z ist Leiter der Filiale R der PK. Er übt dort auch eigene Verkaufstätigkeit aus.
...

H. Z ist verantwortlich für Personaleinsatzplanung der Voll- und Teilzeitkräfte sowohl in R als auch in C. Die C Filiale ist als solche H. Z nicht unterstellt.

H. Z wird aufgetragen, eine Beurteilung aller sowohl im Verkauf als auch in der Auslieferung beschäftigten Mitarbeiter vorzunehmen. Der Zeitpunkt, zu dem die Beurteilung abzugeben ist und die Beurteilungskriterien werden H. Z vom Geschäftsführer der PK rechtzeitig bekannt gegeben.

H. Z ist verantwortlich für die Auslieferungs- und Fuhrparkplanung für die Filialen der PK in R und C. Er ist Vorgesetzter der Auslieferer. Ihm untersteht auch das in He im City-Center für die PK eingerichtete Lager. Insoweit H. Z die Warenannahme nicht selbst vornehmen kann, wird diese Aufgabe einem Mitarbeiter der Filiale der



Albert H GmbH He übertragen. Hierüber wird eine besondere Regelung vereinbart.

Der Geschäftsführer der PK hat rechtzeitig vor dem 31. März 1985 darüber zu entscheiden, ob statt der zunächst vereinbarten Abstellung eine Übernahme durch die PK erfolgt; anderenfalls erfolgt der Arbeitseinsatz von H. Z ab April 1985 wieder bei der KG. Seitens der Unternehmensleitung der KG ist H. Z zum Zeitpunkt der Entscheidung des Geschäftsführers der PK über die Weiterverwendung und seinen Einsatz bei der KG zu unterrichten.

Alle während der Zeit der Beschäftigung des H. Z bei der KG erworbenen Ansprüche bleiben uneingeschränkt aufrechterhalten. Die Wirksamkeit des zwischen der KG und H. Z bestehenden Anstellungsvertrages wird somit durch diese Vereinbarung nicht berührt.

Trotz der zunächst beabsichtigten befristeten Abstellung war der Kläger bis zum 31. März 1986 in der Filiale der PK-GmbH in R als Filialleiter tätig, ohne daß ausdrücklich vertragliche Vereinbarungen zwischen ihm und der PK-GmbH getroffen wurden. Die Gehälter zahlte für ihn weiterhin die KG. In den Monaten Januar bis März 1986 zahlte die PK-GmbH das Gehalt aus und erstellte die Gehaltsabrechnungen. Abrechnungen erstellte aber auch die Zentrale der "H -Gruppe" in B . Von hier aus wurde dem Kläger weiterhin das Gehalt zugewiesen.

Zur "H -Gruppe" zählten zur damaligen Zeit neben der KG die PK-GmbH und die Möbelhaus Albert H GmbH mit Sitz in G . Geschäftsführender Gesellschafter dieser GmbH war ebenfalls Heinrich H .

Anfang April 1986 beendete der Kläger seine Tätigkeit in R und stellte seine Arbeitsleistung der KG zur Ver-



fügung. Anlaß hierfür war ein Telefonat des früheren Personal-
leiters der KG, Volker R . Ob der Kläger daraufhin durch die
KG zurückbeordert worden ist, ist unter den Parteien umstritten.

Für seine Tätigkeit bezog der Kläger zuletzt ein Bruttomo-
natsgehalt von 4.300,-- DM.

Die KG stellte ihre werbende Tätigkeit mit Wirkung vom
2. April 1986 ein. Sie konnte die Löhne und Gehälter der in den
Möbelhäusern B und W verbliebenen Mitarbeiter
ab März nicht mehr bezahlen. Mit ihrem Betriebsrat traf sie aus
diesem Anlaß unter dem 4. April 1986 eine Vereinbarung dahin-
gehend, daß beide Möbelhäuser geschlossen werden sollten. Darüber
wurden die Mitarbeiter in einer Betriebsversammlung, die entweder
am 3. oder erst am 4. April 1986 in B durchgeführt worden
ist, in Kenntnis gesetzt. Mit der Vereinbarung stimmte der Be-
triebsrat allen Kündigungen zu. Zugleich wurde ihm gegenüber an-
gedeutet, daß gegebenenfalls ein anderes Handelsunternehmen am
selben Standort ein Handelsgeschäft betreiben könnte. Für diesen
Fall sollte allen Mitarbeitern ein neuer Arbeitsvertrag angeboten
werden.

Am 11. April 1986 wurden in den Räumen der Adolf Sch KG
in Ha drei notariell beglaubigte Verträge abgeschlossen.
So veräußerte zunächst die F Grundstücksverwaltungs GmbH,
für sie handelnd der Komplementär der KG, Heinrich H sen.,
den Grundbesitz mit Lagergebäude einschließlich Hochregallager in
der Herzogstraße in B an die A Grundstücksverwaltungs XXI



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

GmbH mit Sitz in Ha . Die KG veräußerte ihrerseits an die A Grundstücksverwaltungs XXII GmbH mit Sitz in Ha die gewerblich genutzten Räume in der Herner Straße 427, in der Meesmannstraße 18 und in der Rensingstraße 2, dem Stammsitz der Heinrich H KG. Schließlich veräußerte die KG der Möbel U GmbH mit Sitz in Go , der Beklagten, die Betriebs- und Geschäftsausstattung einschließlich der geringwertigen Wirtschaftsgüter, die im Eigentum der Veräußerin standen, das Warenlager mit einem Wert von ca. 11.300.000,-- DM und den Auftragsbestand (Kaufverträge) mit einem Wert von ca. 7.000.000,-- DM. Gemäß II dieses Kaufvertrages (Nr. 205 der Urkundenrolle für das Jahr 1986 des Notars Dr. H. von B aus Ha) verpflichtete sich die Beklagte, mit den derzeitigen Mitarbeitern der KG neue Anstellungsverträge abzuschließen, die allerdings keine Schmälerung der aktiven Tätigkeitsvergütung beinhalten und den sozialen Besitzstand wie z.B. die Dauer der Betriebszugehörigkeit wahren sollten. Um welche Mitarbeiter es sich hierbei handelte, sollte sich entsprechend II des Vertrages aus der Personalliste ergeben, die die Veräußerin dem Notar Dr. von B übergab. In dieser Liste waren 231 Mitarbeiter aufgeführt, unter ihnen auch der Kläger.

Die Beklagte übernahm ca. 230 Mitarbeiter der KG und zahlte die ab März 1986 rückständigen Gehälter. Auch der Kläger erhielt die Gehälter bis einschließlich Mai. Das April-Gehalt zahlte die KG, das Mai-Gehalt die Beklagte im Auftrage der KG. Die erforderlichen Gehaltsabrechnungen erstellte die Beklagte. Am 30. Mai bzw. 1. Juni 1986 nahm die Beklagte ihre Aktivitäten in



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

B auf. Der Kläger hat für sie von Anfang an als Möbelerkäufer gearbeitet. Er lehnte es jedoch ab, mit ihr einen neuen Arbeitsvertrag abzuschließen. Mit einem an ihn gerichteten Schreiben vom 12. August 1986 stellte die Beklagte fest, er sei weiterhin Angestellter der KG geblieben und in deren Auftrag beschäftigt worden, da er es wiederholt abgelehnt habe, mit ihr einen Arbeitsvertrag abzuschließen. Den 31. August 1986 sehe sie nunmehr als Beschäftigungsende an.

Nach entsprechender Mitteilung an die KG kündigte diese das ihrer Meinung nach mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis am 13. August 1986 aus wichtigem Grund fristlos auf. Zur Begründung führte sie aus, er habe mit Wirkung vom 1. Juni 1986 bei der Beklagten eine nicht genehmigte Tätigkeit aufgenommen. Da sie wegen Einstellung ihrer werbenden Tätigkeit keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr für ihn habe, sehe sie sich außerstande, das Arbeitsverhältnis mit ihm fortzuführen.

Durch Beschluß der Gesellschafter wurde die KG aufgelöst. Dieser Beschluß wurde dem Handelsregister am 12. September 1986 angezeigt. H. H sen. schied als Komplementär aus der Gesellschaft aus und wurde zugleich zum Liquidator bestellt. Die PK-GmbH wurde ebenfalls durch Gesellschafterbeschluß aufgelöst. Dies wurde im Handelsregister am 10. Juli 1986 eingetragen. Liquidator ist ebenfalls H. H sen.

Mit der am 28. August 1986 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat sich der Kläger zunächst gegen die seiner Meinung



nach im Schreiben vom 12. August 1986 enthaltene Kündigung gewandt und später die Feststellung begehrt, daß zwischen ihm und der Beklagten ein Arbeitsverhältnis entsprechend den zuvor zur KG bestehenden Bedingungen bestehe. Zur Begründung hat er die Auffassung vertreten, der Erklärung der Beklagten stehe § 613 a Abs. 1 BGB entgegen; denn sie sei mit dem Erwerb des Möbelhauses B in sein zur KG fortbestehendes Arbeitsverhältnis eingetreten. Dieses Arbeitsverhältnis habe im Zeitpunkt der Betriebsübernahme tatsächlich und rechtlich bestanden. Entgegen dem Hinweis in der Vereinbarung vom 31. August 1984 sei es nicht zu einer Übernahme durch die PK-GmbH gekommen. Lediglich aus abrechnungstechnischen Gründen seien die Versicherungsnachweise für die Monate Januar bis März 1986 von dieser Gesellschaft ausgestellt worden.

Der Kläger hat zuletzt beantragt

festzustellen, daß zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Zur Begründung hat die vorgetragen, zwischen ihr und dem Kläger bestehe kein Arbeitsverhältnis. Sie sei weder in ein zur KG bestehendes Arbeitsverhältnis eingetreten noch habe sie mit dem Kläger ein Arbeitsverhältnis begründet. Sie habe ausschließlich den zunächst Anfang April 1986 geschlossenen Betrieb B der KG übernommen. Diesem Betrieb sei der Kläger nicht zuzuordnen, da er seit 1982 ununterbrochen in der von ihr nicht übernommenen Filiale R gearbeitet habe.



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



Das Arbeitsgericht hat der Klage mit der Begründung stattgegeben, durch den Erwerb des Möbelhauses B sei die Beklagte gemäß § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB in das zwischen dem Kläger und der KG fortbestehende Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten als Arbeitgeberin eingetreten. Die Abstellung des Klägers zur PK-GmbH habe die arbeitsvertraglichen Beziehungen zur KG nicht verändert; es sei kein Arbeitsverhältnis zur PK-GmbH begründet worden, da die KG den Kläger lediglich ausgeliehen habe.

Mit ihrer Berufung hat die Beklagte weiter vorgetragen, das Arbeitsgericht habe verkannt, daß sie lediglich das Möbelhaus B, nicht jedoch die KG übernommen habe. Der Kläger sei vor Aufnahme seiner Tätigkeit für die PK-GmbH nicht in diesem Möbelhaus tätig gewesen. Für eine Zuordnung zu diesem Betrieb der KG gebe es keine vertragliche Grundlage. Sollte der Kläger nicht Arbeitnehmer der PK-GmbH sein, könne er allenfalls der KG als Gesamtunternehmen, nicht jedoch ausschließlich dem von ihr übernommenen Betrieb B zugeordnet werden. Da § 613 a Abs. 1 BGB lediglich einen betriebsbezogenen, nicht jedoch auch einen unternehmensbezogenen Schutz gewährleiste, sei sie zu keiner Zeit in ein zur KG bestehendes Arbeitsverhältnis eingetreten. Durch die Beschäftigung des Klägers im Auftrage der KG könne mit ihr allenfalls ein faktisches Beschäftigungsverhältnis entstanden sein, das sie jederzeit berechtigt beenden könne. Mehr habe sie mit ihrem Schreiben vom 12. August 1986 nicht zum Ausdruck bringen wollen.



Der Kläger hat in der Berufungsinstanz zusätzlich den Hilfsantrag verfolgt,

die Beklagte zu verurteilen, ihn unter Wahrung des sozialen Besitzstandes, der sich aus der Dauer der Betriebszugehörigkeit ergibt und zu der bisherigen Tätigkeitsvergütung, die bei der Möbelhaus Heinrich H KG galt, zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, den Hilfsantrag abzuweisen.

Der Kläger hat ergänzend vorgetragen, Anfang August 1984 habe die KG darauf hingewiesen, daß allein aus konzerninternen Gründen Filialbetriebe rechtlich verselbständigt würden. Nachdem er ausdrücklich erklärt habe, weder zu einem Wechsel zur PK-GmbH noch zu einem Ausscheiden bei der KG bereit zu sein, sei ihm im Gegensatz zu den sonstigen Mitarbeitern, die vollständig zur PK-GmbH überführt worden seien, die Vereinbarung vom 31. August 1984 vorgelegt worden. Man habe ihm in diesem Zusammenhang damals bedeutet, er solle lediglich vorübergehend die durch ihn zuvor geleitete Filiale weiter betreuen. Nachträglich habe sich hieran nichts verändert. Da die PK-GmbH noch keinen geeigneten Nachfolger gefunden habe, sei sein Verbleiben in R sodann zunächst bis zum Ende des Jahres 1985 verlängert worden. Die Gehälter habe abredgemäß die KG gezahlt. Im Einverständnis mit der KG habe er sodann auch über den 1. Januar 1986 hinaus den Filialbetrieb R geleitet. Während seines bis zum 4. April 1986 andauernden Urlaubs habe ihm der Personalleiter R am 2. April telefonisch mitgeteilt, er müsse als Arbeitnehmer der KG seine Tätigkeit in R einstellen und sich unverzüglich nach seinem Urlaub in B melden. Ein di-



rekter Kontakt sei dann am 5. April hergestellt worden. Anlässlich dieses Telefonats habe ihn Herr R ausdrücklich aufgefordert, sämtliche Schlüssel dem Prokuristen der PK-GmbH Alfred H jun. auszuhändigen, die Tätigkeit in R einzustellen und sich in B zu melden. Dieser Aufforderung sei er gefolgt. Entgegen früheren Andeutungen der Beklagten sei die Filiale R nicht Ende März 1986 geschlossen worden. Die Mitarbeiter hätten dort bis zum Jahresende gearbeitet. Aufgrund dieses Rückrufs habe die KG sein Gehalt für April gezahlt und die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für den Zeitraum 28. April bis 27. Mai 1986 entgegengenommen. Sie habe ihn ferner auf die dem Notar Dr. von B überreichten Personalliste gesetzt und die Beklagte veranlaßt, in ihrem Namen das Gehalt für den Monat Mai 1986 auszuführen. Daraus werde deutlich, daß er Arbeitnehmer der KG gewesen, den dieser Gesellschaft verbliebenen Betrieben zuzuordnen sei und aus diesem Grunde vom Betriebsübergang auf die Beklagte miterfaßt werde.

Das Landesarbeitsgericht hat den Personalleiter R als Zeugen vernommen und sodann die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

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 Klägers mit der KG habe mit dieser bis 31. Mai 1986 fortbestanden und sei mit Wirkung vom 1. Juni 1986 gem. § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Beklagte übergegangen. Die Beklagte habe durch den notariellen Kaufvertrag und damit durch Rechtsgeschäft den aus den Möbelhäusern B und W bestehenden Betrieb der KG übernommen. Zum Zeitpunkt der Betriebsübernahme habe der Kläger in einem Arbeitsverhältnis zur KG gestanden. Dieses sei weder durch den zwischen der KG, der PK-GmbH und dem Kläger abgeschlossenen Vertrag vom 31. August 1984 oder spätere Vereinbarungen zwischen den Parteien dieses Vertrages auf die PK-GmbH übergegangen, noch sei zwischen dieser Gesellschaft und dem Kläger gem. Art. 1 § 10 Abs. 1 oder § 13 AÜG kraft gesetzlicher Fiktion ein Arbeitsverhältnis begründet worden, weil die Abstellung des Klägers an die PK-GmbH weder eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung noch eine verbotene Arbeitsvermittlung dargestellt habe. Der Kläger sei im Zeitpunkt des Betriebsübergangs schließlich auch Arbeitnehmer des Möbelhauses B und damit des von der Beklagten übernommenen Betriebes gewesen.

Diese Würdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

II.1. Das Berufungsgericht hat seine Ansicht, die Beklagte habe aufgrund notariellen Kaufvertrages vom 11. April 1986 die bis



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



dahin von der KG 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 Einzelhändlerkaufmanns 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 wie zuvor die KG im Stande, Möbel an Endverbraucher zu verkaufen. Unerheblich sei, daß die Beklagte einer anderen Einkaufsgemeinschaft angehöre. Denn allein dadurch mache sie nicht deutlich, ob sie ihr Warensortiment geändert habe. Vielmehr dürfte das Gegenteil feststehen, zumal die Beklagte durch den Kaufvertrag den bestehenden Auftragsbestand und damit die mit der KG abgeschlossenen Kaufverträge sowie das vorhandene Warenlager übernommen habe. Hierdurch werde eher deutlich, daß sie das Warensortiment der KG beizubehalten beabsichtige. Das Warensortiment bestimme die Kundschaft und bilde das Kernstück des Betriebes. Es sei auch nicht aufgezeigt, daß die Beklagte Möbel einer anderen Qualitätsstufe vertreibe als die KG. Sie spreche somit denselben Kundenkreis an. Sie habe zudem die Betriebsform beibehalten. Daß sie nicht die Betriebsgrundstücke und die gewerblich genutzten Gebäude erworben habe, sei unerheblich, da die jeweiligen Käufer



ihr die Nutzungsrechte eingeräumt hätten.

2. Diese Würdigung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Sie stimmt mit der Rechtsprechung des BAG, 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 geht in der Revisionsbegründung ausdrücklich davon aus, daß sie die Betriebe (Filialen) der KG in B und W übernommen habe.

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 Kläger im Zeitpunkt der Übernahme des Möbelhauses B durch die Beklagte in einem Arbeitsverhältnis zu der KG gestanden habe.

1. Der Kläger ist weder gemäß § 613 a Abs. 1 BGB noch aufgrund vertraglicher Vereinbarung Arbeitnehmer der PK-GmbH geworden.

a) Das Berufungsgericht hat dies im wesentlichen wie folgt begründet:



Der Kläger sei als Arbeitnehmer der KG zuletzt Leiter der zunächst unselbständigen Filiale R gewesen. Zwar sei diese im Sommer 1984 auf die zuvor gegründete PK-GmbH übergegangen. Damit sei die PK-GmbH jedoch nicht gemäß § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB in die Rechte und Pflichten aus diesem Arbeitsverhältnis eingetreten. Denn der Kläger habe dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die PK-GmbH widersprochen. Dies ergebe sich aus dem Vertrag vom 31. August 1984. Erst Ende März 1985 sollte entschieden werden, ob die zunächst bis 31. März 1985 befristete Abstellung in eine Übernahme durch die PK-GmbH umgeändert werden oder die KG seinen Einsatz in ihrem Betrieb planen sollte. Nach dem Sachvortrag des Klägers sei es nicht zu einer solchen Übernahme gekommen. Er sei vielmehr weiterhin "abgestellter Filialleiter" in R geblieben. Dies werde durch den Umstand erhärtet, daß die KG weiterhin die fälligen Gehälter an ihn gezahlt und die Gehaltsabrechnungen erstellt habe. Die Abrechnung der Gehälter für die Monate Januar bis März 1986 durch die PK-GmbH stehe dieser Annahme nicht entgegen. Nach der Aussage des Zeugen R seien die Abrechnungen in der Zentrale in B erstellt und von den rechtlich selbständigen Gesellschaften für ihre Arbeitnehmer eigene Abrechnungsbögen verwandt worden. Auf den Abrechnungsbögen der KG seien dementsprechend nur die Gehälter ihrer Arbeitnehmer aufgeschlüsselt worden. Die Umstellung in den Monaten Januar bis März 1986 sei ohne vorausgehende Vereinbarung mit dem Kläger lediglich aus abrechnungstechnischen Gründen erfolgt. Die KG habe die Gehaltsabrechnung mit der PK-GmbH einsparen wollen. Ab April 1986 habe wiederum die KG die Gehälter des Klägers gezahlt, weil sein Name in



der dem Notar Dr. von B übergebenen Personalliste gestanden und er damit als Arbeitnehmer der KG gegolten habe. Aus diesem Grunde habe der Zeuge den Kläger auch zu der Anfang April 1986 in B abgehaltenen Betriebsversammlung einladen wollen.

Damit sei entsprechend dem Sachvortrag des Klägers davon auszugehen, daß die PK-GmbH entgegen der Ankündigung in der Vereinbarung vom 31. August 1984 den Kläger nicht übernommen habe. Der Kläger sei somit weder anlässlich des Betriebsübergangs der Filiale R auf die PK-GmbH gemäß § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB noch später durch dreiseitigen Vertrag Arbeitnehmer der PK-GmbH geworden. Die Beklagte habe auch selbst für die KG rückständige Gehälter an den Kläger gezahlt und im Schreiben vom 12. August 1986 sogar die Auffassung vertreten, er sei weiterhin Angestellter der KG. Da sie lediglich die Möbelhäuser B und W der KG übernommen habe, habe für sie keine Veranlassung bestanden, an den Kläger im Namen der KG Gehälter zu zahlen, wenn er Arbeitnehmer einer anderen Gesellschaft gewesen sei.

Auch diese Würdigung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

b) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, ein rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang im Sinne des § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB führe dann nicht zum Übergang eines mit dem bisherigen Inhaber zu diesem Zeitpunkt bestehenden Arbeitsverhältnisses, wenn der Arbeitnehmer der bevorstehenden oder bereits



eingetretenen Rechtsfolge widerspricht (ständige Rechtsprechung des BAG; vgl. zuletzt Senatsurteil vom 30. Oktober 1986 - 2 AZR 101/85 - AP Nr. 55 zu § 613 a BGB, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts vorgesehen).

c) Ohne durchgreifenden Rechtsfehler hat das Berufungsgericht angenommen, daß der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die PK-GmbH widersprochen habe.

aa) Für die Zeit bis zum 31. März 1985 folgt dies aus dem Vertrag vom 31. August 1984, der ausdrücklich das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses des Klägers mit der KG und seine Abstellung an die PK-GmbH bis zu diesem Zeitpunkt vorsieht. Hiervon geht auch die Revision aus. Sie rügt jedoch ohne Erfolg, der Kläger sei ab 1. April 1985 von der PK-GmbH als Arbeitnehmer übernommen worden, weil er nach Ablauf der bis 31. März 1985 festgelegten Frist weiterhin in der Filiale R und damit in einem Betrieb der PK-GmbH eingesetzt worden sei.

bb) Bei der Würdigung des Vertrages vom 31. August 1984 sowie des Verhaltens der Parteien dieses Vertrages nach dem 31. März 1985 geht es um die Auslegung eines atypischen Vertrages. Sie kann vom Revisionsgericht nur eingeschränkt daraufhin überprüft werden, ob sie gegen zwingende Auslegungsregeln, Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstößt oder wesentlichen Auslegungstoff unberücksichtigt läßt. Dem Revisionsgericht steht so- nach die Prüfung nur dahin offen, ob die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung des Vertrages möglich ist, nicht aber, ob



sie tatsächlich richtig ist (Senatsurteil vom 30. September 1958 - 2 AZR 356/56 - AP Nr. 7 zu § 550 ZPO). Solche Rechtsfehler hat die Revision jedoch nicht aufgezeigt.

cc) Wie in dem Vertrag vom 31. August 1984 ausdrücklich festgelegt worden ist, sollte der Kläger zunächst befristet bis 31. März 1985 an die PK-GmbH abgestellt werden und in diesem Zeitraum unverändert Arbeitnehmer der KG bleiben. Damit hatte der Kläger einem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die PK-GmbH gemäß § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB widersprochen: Diese Rechtsfolge sollte eben nicht durch den Übergang der Filiale R , seines damaligen Beschäftigungsbetriebes, auf die PK-GmbH eintreten, sondern einer späteren, vor dem 31. März 1985 zu treffenden Entscheidung vorbehalten bleiben.

dd) Es kann mit der Beklagten unterstellt werden, daß in dem Vertrag vom 31. August 1984 für die Zeit nach dem 31. März 1985 ursprünglich entweder eine Übernahme des Klägers durch die PK-GmbH oder sein Einsatz in einem Betrieb der KG vorgesehen war. Der Vertrag schließt jedoch eine Verlängerung der Abstellung des Klägers unter Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses mit der KG, wie dies der Kläger vorgetragen hat, nicht aus; den Vertragspartnern stand es frei, eine von der ursprünglich vorgesehenen Gestaltung abweichende Vereinbarung zu treffen. Eine solche Abrede hat das Berufungsgericht festgestellt und aus der Handhabung der Gehaltsauszahlung und -abrechnung, der Einladung des Klägers zu der Betriebsversammlung sowie aus dem Schreiben der Beklagten vom 12. August 1986 an den Kläger gefolgert. Diese Auslegung ist



rechtlich möglich. Gehaltszahlung und -abrechnung durch die KG im gesamten Jahr 1985 sind als Indizien für eine fortbestehende Arbeitgeberstellung der KG geeignet. Durch die Änderung des Abrechnungsmodus für die Monate Januar bis März 1986 sollte nach der Aussage des Zeugen R die nach der bisherigen Handhabung erforderliche Verrechnung des Gehalts mit der PK-GmbH entfallen. Das Berufungsgericht konnte darin eine bloße abrechnungstechnische Maßnahme sehen und mußte nicht zwingend folgern, dieser Umstellung habe zumindest mit Wirkung ab 1. Januar 1986 eine Übernahme des Klägers durch die PK-GmbH zugrundegelegen. Gegen eine solche Übernahme konnte es weiter anführen, daß ab April 1986 wiederum die KG bzw. (für Mai 1986) die Beklagte "im Namen und im Auftrag" der KG abrechnete. Gleiches gilt für den Umstand, daß der Zeuge R, wie seine Einladung an den Kläger zur Betriebsversammlung der KG im April 1986 ausweist, sowie die Beklagte selbst in ihrem Schreiben vom 12. August 1986 den Kläger als Arbeitnehmer der KG ansahen. Der Zeuge war Personalleiter der KG. Seine Wertung der rechtlichen Beziehungen des Klägers zur KG kann daher ebenso als Indiz für das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses des Klägers mit der KG angesehen werden wie die Wertung in dem Schreiben der Beklagten vom 12. August 1986. Im übrigen hat nicht nur der Zeuge den Kläger als Arbeitnehmer der KG angesehen, wie die Revision zu bedenken gibt, sondern die KG selbst; denn in dem Kaufvertrag vom 11. April 1986 zwischen der KG und der Beklagten ist unter Abschnitt II ausdrücklich die Verpflichtung der Beklagten begründet worden, mit den derzeitigen Mitarbeitern der KG neue Anstellungsverträge abzuschließen, wobei sich aus der am selben Tag dem Notar über-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

reichten Personalliste - die auch den Namen des Klägers enthält - ergeben sollte, um welche Mitarbeiter es sich handele.

ee) Das Berufungsgericht konnte somit aufgrund der Gesamtwürdigung der vorstehend angesprochenen Umstände zu dem Ergebnis gelangen, der Kläger sei bis zu der Übernahme des Möbelhauses B der KG am 1. Juni 1986 durch die Beklagte nicht von der PK-GmbH übernommen worden, sondern Arbeitnehmer der KG geblieben. Soweit die Revision bemängelt, das Berufungsgericht habe die Gehaltszahlung und -abrechnung durch die KG im Jahre 1985 zu hoch, die Abrechnung in den ersten drei Monaten des Jahres 1986 hingegen zu gering bewertet, versucht sie lediglich, die Vertragsauslegung des Berufungsgerichts durch eine eigene zu ersetzen. Sie zeigt insoweit aber keine Rechtsfehler auf und übersieht, daß das Revisionsgericht nur nachprüfen kann, ob die Auslegung rechtlich möglich ist, nicht aber, ob auch andere Auslegungen in Betracht kommen können. Gleiches gilt für den Einwand, es sei nicht erkennbar, warum die vom Berufungsgericht angenommenen abrechnungstechnischen Gründe nicht schon vor dem 1. Januar 1986 zum Tragen gekommen seien, und die zunächst fehlerhafte Einschätzung der komplizierten Rechtslage sei der Beklagten nicht vorwerfbar. Die KG kann die nach dem bisherigen Abrechnungsmodus erforderlichen Gehaltsverrechnungen mit der PK-GmbH für das laufende Jahr 1985 hingenommen und erst ab dem folgenden Jahr für änderungsbedürftig angesehen haben. Diese mögliche Deutung liegt der Auslegung durch das Landesarbeitsgericht zugrunde. Ebenso konnte es zu Ungunsten der Beklagten werten, daß sie jedenfalls noch Mitte August 1986 den Kläger als

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
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Arbeitnehmer der KG angesehen hatte.

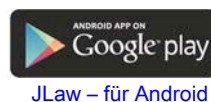
Zutreffend weist die Revision zwar darauf hin, das Berufungsgericht habe den Versicherungsnachweis der PK-GmbH, in dem eine Beschäftigungszeit des Klägers vom 1. Januar bis 31. März 1986 bescheinigt ist, nicht ausdrücklich in seine Würdigung einbezogen. Diesem Umstand kommt jedoch angesichts der auf die Aussage des Zeugen R gestützten Feststellung des Berufungsgerichts, die Abrechnung in diesem Zeitraum sei nur aus abrechnungstechnischen Gründen von der PK-GmbH erstellt worden, sowie der übrigen vom Berufungsgericht gewürdigten Umstände keine ausschlaggebende Bedeutung für die Vertragsauslegung zu. Eine rechtsfehlerhafte Auslegung liegt jedoch nur vor, wenn das Berufungsgericht wesentlichen Auslegungstoff unberücksichtigt läßt.

2. Zwischen dem Kläger und der PK-GmbH ist auch nicht kraft gesetzlicher Fiktion gem. Art. 1 § 10 Abs. 1 oder § 13 AUG ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen.

a) Das Berufungsgericht hat hierzu im wesentlichen ausgeführt, mit der Fortsetzung der Tätigkeit des Klägers als Filialleiter in R nach deren Übernahme durch die PK-GmbH habe weder eine unerlaubte gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung noch eine unerlaubte Arbeitsvermittlung vorgelegen. Zwar habe die KG den Kläger der PK-GmbH zur Arbeitsleistung überlassen. Die Dauer der Überlassung habe letztlich auch die zulässige Einsatzzeit von sechs Monaten überschritten. Zugunsten des Klägers sei jedoch



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



Sinn und Zweck der Ausnahmegvorschrift des Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG heranzuziehen. Die Vorschrift gelte zwar nicht unmittelbar. Es liege keine reine konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung vor; denn hierfür sei eine Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG erforderlich. § 18 AktG sei jedoch nicht anwendbar, weil zumindest ein Konzernunternehmen eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien sein müsse. Die "H -Gruppe" habe aber nur aus einer KG und zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung (PK-GmbH und Albrecht H GmbH) bestanden.

Jedoch lasse sich aufgrund der besonderen Unternehmensstruktur der "H -Gruppe" der in dieser Ausnahmeregelung enthaltene Gedanke sowie ihr Sinn und Zweck auf das frühere Gesamtunternehmen übertragen. Es sei u.a. aus steuerlichen Gründen in rechtlich selbständige Gesellschaften aufgegliedert worden. Dennoch sei ihre Führung bei der KG verblieben. Ihr Komplementär, Heinrich H sen., sei zugleich Geschäftsführer der beiden Gesellschaften mit beschränkter Haftung gewesen. Diese neugegründeten Unternehmen sowie die KG hätten damit einer einheitlichen Leitung unterlegen. Somit sei ein Rechtsgebilde entstanden, das dem im § 18 AktG beschriebenen Konzern ähnele.

Die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung solle nicht erlaubnispflichtig sein, solange konzernangehörige Arbeitnehmer durch vorübergehende Arbeit bei anderen Konzernunternehmen Sonderfunktionen, darunter auch kaufmännische oder organisatorische Aufbauarbeiten wahrnehmen. Bei einer solchen Arbeitnehmerüber-



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



lassung sei in der Regel nicht der arbeits- und sozialrechtliche Status des Leiharbeitnehmers gefährdet.

Sinn und Zweck dieser Regelung komme der Interessenlage des Klägers sehr nahe. Sein weiterer Einsatz in der Filiale R nach deren Übernahme durch die PK-GmbH habe der Kontinuität gedient, nachdem nach seinen Angaben auch nach dem 31. März 1985 kein Nachfolger gefunden worden sei. Hierin habe eine Aufbauhilfe für ein mit der KG personell und wirtschaftlich verbundenes Unternehmen gelegen. Dem Hinweis der KG, diese Tätigkeit eine weitere Zeit auszuführen, sei zu entnehmen, daß, wie schon in der Vereinbarung vom 31. August 1984 selbst festgehalten, eine zeitliche Begrenzung vorgesehen gewesen sei. Diese sei als vorübergehend im Sinn des Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG anzusehen; dieser Begriff sei nach Sinn und Zweck der Norm weiter auszulegen und könne auch eine mehrjährige Abordnung erfassen.

Es habe auch keine unerlaubte Arbeitsvermittlung im Sinne des Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG vorgelegen, und zwar auch nicht in der Zeit von Januar bis März 1986. Die lediglich verwaltungsinterne Umstellung in der Gehaltsabrechnung sei ohne vorausgehende Vereinbarung mit dem Kläger vorgenommen worden und habe lediglich der Vereinfachung in der internen Verrechnung gedient.

Die unternehmensinterne Arbeitnehmerüberlassung habe Anfang April 1986 geendet. Der Zeuge R habe zwar ausgesagt, er habe den Kläger wohl kaum aufgefordert, Schlüssel der Filiale R abzugeben, da er nicht die Schlüsselliste verwaltet



und nicht gewußt habe, welche Schlüssel der Kläger zur Verfügung gehabt habe. Er habe jedoch nicht ausschließen wollen, daß im Telefonat von einer Rückkehr des Klägers nach B gesprochen worden sei. Er habe vermutet, daß seinem Telefonat Gespräche zwischen dem Geschäftsführer Heinrich H sen. und dem Prokuristen A. H jun. vorausgegangen seien. Durch diese Entscheidung der KG sei der Kläger in ihre eigene Betriebsorganisation zurückgekehrt.

Dieser Würdigung ist im Ergebnis, wenn auch nicht in allen Teilen der Begründung zuzustimmen.

b) Nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer als zustandekommen, wenn der (Arbeits-)Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer nach Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG rechtsunwirksam ist. Das ist der Fall, wenn der Arbeitgeber als Verleiher einem Dritten, dem Entleiher, Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen hat, ohne die dazu erforderliche Erlaubnis zu besitzen.

Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, die nicht mit Verfahrensrügen angegriffen und deshalb gem. § 561 ZPO für den Senat bindend sind, ist der Kläger nach der Übernahme der Filiale R durch die PK-GmbH im Sommer 1984 dort jedenfalls bis 31. März 1985 weiter als Filialleiter tätig gewesen. Für die Zeit bis zu diesem Termin ergibt sich dies aus dem Vertrag vom 31. August 1984, für die Folgezeit aus der Fest-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

stellung des Berufungsgerichts, der Kläger sei auch weiterhin als von der KG "abgestellter Filialleiter" dort eingesetzt gewesen. Danach hat die KG den Kläger der PK-GmbH als Leiharbeitnehmer überlassen. Denn die Vereinbarung vom 31. August 1984 hatte eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne von Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG zum Gegenstand. Der Kläger wurde zur Arbeitsleistung, nämlich zur Leitung der Filiale R sowie zu eigener Verkaufstätigkeit an die PK-GmbH abgestellt. Sein Vorgesetzter und damit weisungsbefugt war Alfred H jun., einer der damaligen Gesamtprokuristen. Die Anstellung war zunächst bis 31. März 1985 befristet und wurde über diesen Termin hinaus verlängert, weil noch kein Nachfolger für den Kläger gefunden werden konnte. Der Kläger war somit voll in den Betrieb der PK-GmbH eingegliedert und hatte seine Arbeit allein nach den Weisungen des Gesamtprokuristen zu leisten. Damit war jedenfalls für die Zeit ab 1. September 1984 der Tatbestand der Überlassung von Arbeitnehmern zur Arbeitsleistung an Dritte im Sinne des Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG erfüllt, der dann gegeben ist, wenn ein Arbeitnehmer seine Arbeitsleistungen einem Drittbetrieb erbringt und hierbei hinsichtlich der Arbeitsausführung den Weisungen des Fremdbetriebsinhabers oder seiner Repräsentanten unterliegt (vgl. BAG 29, 7 = AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972, zu II 1 b der Gründe, m.w.N.).

c) Ob die KG den Kläger der PK-GmbH auch gewerbsmäßig im Sinne des Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG überlassen hat und die Fiktion des Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG eingreifen würde, ist aufgrund des festgestellten Sachverhalts nicht abschließend zu beurteilen,



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

kann jedoch offen bleiben. Nach der Ausnahmegvorschrift des Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG findet dieses Gesetz keine Anwendung auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet. Die Voraussetzungen dieser Bestimmung sind im vorliegenden Fall, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, das die Vorschrift nur sinngemäß anwenden will, erfüllt.

d) Die KG und die PK-GmbH sind von der Ausnahmegvorschrift erfaßte Konzernunternehmen.

aa) Das Berufungsgericht hat entscheidend auf die Verweisung auf den Begriff des Konzernunternehmens des § 18 AktG abgestellt und die Anwendung dieser aktienrechtlichen Norm deswegen scheitern lassen, weil kein der "H -Gruppe" angehörendes Unternehmen die Rechtsform einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien aufweise. Dieser Ansicht ist der Senat nicht gefolgt.

bb) Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG nimmt die Arbeitnehmerüberlassung zwischen "Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG" aus. Zu den wesentlichen Merkmalen eines Konzerns gehören nach dieser aktienrechtlichen Norm die rechtliche Selbstständigkeit der Unternehmen, ihre Zusammenfassung sowie ihre einheitliche Leitung (vgl. zum Konzernbegriff im einzelnen Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, AktG, § 18 Rz 6 ff.; Henn, Handbuch des Aktienrechts, 3. Aufl., S. 98 ff.; Koppensteiner in Kölner

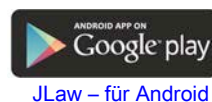


Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 18 Rz 12 ff.)). Der in § 18 Abs. 1 AktG geregelte Unterordnungskonzern setzt die Zusammenfassung eines herrschenden und eines oder mehrerer abhängiger Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens voraus. Ein Gleichordnungskonzern im Sinne des § 18 Abs. 2 AktG liegt vor, wenn rechtlich selbständige Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sind, ohne daß das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist. Nach § 18 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2, Abs. 2 Halbsatz 2 AktG sind die so zusammengefaßten einzelnen Unternehmen Konzernunternehmen.

Die vorbezeichneten Bestimmungen verwenden, ebenso wie die allgemeine Vorschrift des § 15 AktG über verbundene Unternehmen, den Begriff des Unternehmens ohne Beschränkung auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien. Daraus folgt, daß die Unternehmen, die im Verhältnis zueinander verbundene Unternehmen sind, und damit auch die Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG nicht sämtlich diese Rechtsform haben müssen (vgl. Geßler, aaO, § 15 AktG Rz 6 und 7). Der Unternehmensbegriff wird in den §§ 15 ff. AktG rechtsformneutral verwendet; ob ein Unternehmen vorliegt, richtet sich nicht nach der gewählten Rechtsform, sondern es kommen Rechtsträger aller Art in Betracht (vgl. Koppensteiner, aaO, § 15 Rz 30, 31). Das besondere materielle Konzernrecht des Aktiengesetzes gilt dagegen nur, wenn mindestens ein Konzernunternehmen eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien ist; dies ergibt sich aus dem Wortlaut oder dem Zusammenhang der auf den Konzern anwendbaren Vorschriften des Gesetzes, wie z.B. aus den §§ 291,



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



292, 311 AktG (Geßler, aaO, § 15 Rz 7; Henn, aaO, S. 74;
Koppensteiner, aaO, Vorb. § 291 AktG Rz 11).

cc) Aus der Verweisung auf § 18 AktG folgt jedoch nicht zugleich, daß die Ausnahmeregelung des Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG nur gelten soll, wenn der Konzern, dem Verleiher und Entleiher angehören, unter das Aktiengesetz fällt, dem Konzern somit zumindest eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien angehören muß. Mit ihr soll vielmehr lediglich gekennzeichnet werden, welche gesellschaftsrechtliche Erscheinungsformen als Konzern im Sinne der Sondernorm über die erweiterte Zulässigkeit der Arbeitnehmerüberlassung anzusehen sind.

Der Gesetzeswortlaut steht einer solchen Auslegung nicht entgegen. § 18 AktG, auf den verwiesen wird, ist nach seinem Wortlaut, ebenso wie die allgemeinen Vorschriften der §§ 15 ff. AktG über verbundene Unternehmen, rechtsformneutral gefaßt. Erst aus dem Kontext zu den materiellen konzernrechtlichen Vorschriften des Aktiengesetzes ergibt sich, daß einem dem Aktiengesetz unterfallenden Konzern zumindest ein Unternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien angehören muß. Die Verweisung auf die rechtsformneutral ausgestaltete allgemeine Vorschrift des § 18 AktG kann daher auch nur die eingeschränkte Bedeutung haben, losgelöst von dem systematischen Zusammenhang dieser Norm im Aktiengesetz die Unternehmensverflechtungen zu umschreiben, innerhalb derer die Arbeitnehmerüberlassung in erweitertem Umfang zulässig sein soll. Für eine solche Auslegung sprechen Entstehungsgeschichte sowie Sinn



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

und Zweck der Ausnahmegvorschrift.

Sie wurde durch das Beschäftigungsförderungsgesetz vom 26. April 1985 (BGBl. I, S. 710) in das AÜG eingefügt und geht auf eine Initiative des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung zurück (BT-Drucks. 10/3206); der Regierungsentwurf hatte eine solche Regelung nicht vorgesehen. Zur Begründung wurde angeführt (aaO, S. 33), bei der Entsendung und dem Austausch von Arbeitnehmern verschiedener Unternehmen desselben Konzerns innerhalb des Konzerns sei nur der interne Arbeitsmarkt des Konzerns betroffen, eine soziale Gefährdung der Leiharbeiter sei nicht gegeben. Die Anwendung der Vorschrift des AÜG auf diesen Personaltausch stelle im wesentlichen eine bürokratische Förmlichkeit dar. Die Beschränkung der Entsendungsdauer führe dazu, daß eine sinnvolle Einweisung oder Ausbildung innerhalb des Konzerns unnötig erschwert werde. Die vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen werde daher von der Anwendung des AÜG ausgenommen. Für die Bestimmung des Begriffs des Konzernunternehmens gelte § 18 AktG, wie dies auch in § 128 Abs. 4 Satz 1 AFG vorgesehen sei. Im Anschluß an diese Ausführungen wird zur Definition des Konzerns im wesentlichen der Wortlaut des § 18 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 und Abs. 2 Halbsatz 1 AktG wiedergegeben. In der Ausschlußbegründung findet sich kein ausdrücklicher oder auch nur erkennbarer Hinweis darauf, die Ausnahmebestimmung solle nur in einem dem AktG unterfallenden Konzern gelten. Vielmehr spricht die Formulierung, § 18 AktG gelte "für die Bestimmung des Begriffs des Konzernunternehmens", sowie die anschließende Wiedergabe der rechtsformneutralen Be-



griffsbestimmung dieser Vorschrift eher für den Willen des Gesetzgebers, die Arbeitnehmerüberlassung innerhalb jedes die Tatbestandsmerkmale des § 18 AktG nach seinem Wortlaut erfüllenden Unternehmensverbundes ohne Rücksicht auf den sich erst aus dem Kontext der aktienrechtlichen Vorschriften ergebenden begrenzten Wirkungsbereich dieser Vorschrift im AktG zu erleichtern.

Diese Auslegung wird auch dem vorstehend aus der Ausschlußbegründung wiedergegebenen Zweck der Ausnahmeregelung gerecht. Die konzernrechtlichen Regelungen des Aktienrechts stellen vor allem auf den gesellschaftsrechtlichen Schutz von Aktionären und Gläubigern einer Gesellschaft gegen Nachteile ab, die sich aus dem beherrschenden Einfluß eines anderen Unternehmens ergeben (vgl. BAGE 34, 230 = AP Nr. 1 zu § 54 BetrVG 1972; Koppensteiner, aaO, Vorb. § 291 Rz 5). Demgegenüber verfolgt die Ausnahmeregelung des Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG den Zweck, den Personalaustausch innerhalb eines Konzerns in gewissem Umfang zu erleichtern. Dieses Regelungsbedürfnis besteht unabhängig von der Rechtsform der dem Konzern angehörenden Unternehmen.

Eine solche Auslegung wird im übrigen auch für andere arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften vertreten, die für Konzerne Sonderregelungen enthalten und zur Definition des Konzernbegriffs auf § 18 AktG verweisen. So bestimmt § 128 AFG, der die Erstattungspflicht des Arbeitslosengeldes durch Arbeitgeber regelt, in dem auch im Ausschlußbericht (aaO) ausdrücklich erwähnten Abs. 4 Satz 1, daß Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG als ein Arbeitgeber gelten. Zu dieser wortgleich mit Art. 1 § 1



Abs. 3 Nr. 2 AÜG formulierten Verweisung vertreten Gagel (AFG, 3. Erg. Juni 1987, § 128 Rz 186, 197), Knigge/Ketelsen/Marschall/Wittrock (AFG, § 128 Rz 35) sowie der Präsident der Bundesanstalt für Arbeit in der Durchführungsanweisung zu § 128 AFG (RdErl. 197/85, Ziff. 4.1, abgedruckt bei Schönefelder/Kranz/Wanka, AFG, Stand Mai 1986, § 128 Rz 6) die Ansicht, Konzernunternehmen könnten alle Unternehmen ohne Rücksicht auf die Rechtsform sein, dem Konzern brauche somit keine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien anzugehören. Dieselbe Ansicht wird auch zur Auslegung des § 54 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zur Bildung von Konzernbetriebsräten einhellig im betriebsverfassungsrechtlichen Schrifttum vertreten, indem angenommen wird, diese Vorschrift verweise für den Konzernbegriff in einem Klammerzusatz auf § 18 Abs. 1 AktG (vgl. Dietz/Richardi, BetrVG, 6. Aufl., § 54 Rz 6; Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, BetrVG, 15. Aufl., § 54 Rz 10; Galperin/Löwisch, BetrVG, 6. Aufl., § 54 Rz 12 a; Gnade/Kehrmann/Schneider/Blanke, BetrVG, 2. Aufl., § 54 Rz 2; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, 2. Aufl., § 54 Rz 10; Kreutz, GK-BetrVG, § 54 Rz 19).

dd) Die KG als herrschendes und die PK-GmbH als abhängiges Unternehmen bildeten einen Unterordnungskonzern im Sinne des § 18 Abs. 1 Satz 1 AktG. Abhängige Unternehmen sind nach § 17 Abs. 1 AktG rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann. Diese Unternehmen bilden nach § 18 Abs. 1 Satz 1 AktG einen Konzern, wenn sie unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zu-



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



sammengefaßt sind, das herrschende Unternehmen somit die nach § 17 Abs. 1 AktG vorausgesetzte Leitungsmacht auch tatsächlich ausübt (vgl. Koppensteiner, aaO, § 17 Rz 15). Im vorliegenden Fall hat die KG gegenüber der PK-GmbH einen beherrschenden Einfluß ausgeübt und beide Unternehmen einheitlich geleitet. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, gegen die keine Verfahrensrüge erhoben ist und die deshalb den Senat binden, wurden aus der KG u.a. aus steuerlichen Gründen Filialen ausgegliedert und zwei neu gegründeten rechtlich selbständigen Gesellschaften mit beschränkter Haftung (PK-GmbH und Möbelhaus Albert H GmbH) zugeordnet. Die Führung dieser Unternehmen verblieb bei der KG, deren Komplementär, Heinrich H sen., zugleich geschäftsführender Gesellschafter der beiden Gesellschaften war. Die neu gegründeten Gesellschaften unterlagen damit einer einheitlichen Leitung. Deshalb wurden auch Briefbögen mit der Aufschrift "H Unternehmensleitung" verwendet.

e) Der Kläger war der PK-GmbH, wie die Ausnahmenvorschrift des Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG weiter voraussetzt, auch nur vorübergehend zur Arbeitsleistung zugewiesen worden. Nach dem Sinn und Zweck der Regelung, konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung wegen der insoweit in der Regel nicht bestehenden Gefährdung des arbeits- und sozialrechtlichen Status der Leiharbeitnehmer zu erleichtern, ist der Begriff "vorübergehend" weit auszulegen. Dies liegt im Interesse der betreffenden Arbeitnehmer. Ein Wechsel des Arbeitgebers hat für die betreffenden Arbeitnehmer insbesondere in arbeitsrechtlicher Hinsicht unter Umständen nachteilige Folgen, da zahlreiche Arbeitsbedingungen an die Be-



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



triebs- oder Unternehmenszugehörigkeit anknüpfen. Bei Aufrechterhaltung der arbeitsrechtlichen Beziehungen zu dem abordnenden Konzernunternehmen werden diese Nachteile vermieden (so zutreffend Becker/Wulfgramm, AÜG, 3. Aufl., Art. 1 § 1 Rz 120). Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht deshalb in der Abordnung des Klägers an die PK-GmbH eine vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung gesehen. Sie war zunächst auf sieben Monate befristet und auch nach Fristablauf nur für eine begrenzte Zeit, nämlich bis zur Einstellung eines Nachfolgers für den Kläger, vorgesehen. Ohne Erfolg wendete die Revision in diesem Zusammenhang ein, der Kläger habe mit der Weiterführung der Filiale in R keine Aufbauhilfe geleistet, vielmehr habe es sich nur um ein personelles Problem gehandelt. Das Gesetz enthält keine Beschränkung der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung auf bestimmte formale Tatbestände.

f) Ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der PK-GmbH ist auch nicht nach § 13 AÜG deshalb zustandegekommen, weil die KG gem. Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG mit der Überlassung des Klägers an die PK-GmbH unerlaubte Arbeitsvermittlung betrieben hat (vgl. zu den Rechtsfolgen der verbotenen Arbeitsvermittlung BAGE 29, 7 = AP, aaO, zu II 2 b der Gründe). Denn die Vorschrift des Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG ist, wie das gesamte Gesetz, auf eine konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung nach Art. 1 § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG nicht anzuwenden.

IV. Das Arbeitsverhältnis des Klägers war auch, wie § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB weiter voraussetzt, dem Betrieb der Komman-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

ditgesellschaft in B zugeordnet, den die Beklagte durch den notariellen Vertrag vom 11. April 1986 übernommen hat.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, Veräußerer und Erwerber des Betriebes könnten beschreiben, welche Arbeitnehmer und damit welche Arbeitsverhältnisse dem veräußerten Betrieb zugeordnet seien. Geschehe dies, so sei es dem Erwerber verwehrt, bei späteren Streitigkeiten vorzutragen, der eine oder andere Arbeitnehmer werde dennoch nicht vom Betriebsübergang erfaßt. Eine solche Abgrenzung hätten die Parteien des notariellen Vertrages vom 11. April 1986 unter II in die Verweisung auf die dem Notar übergebene Personalliste vorgenommen. Die Beklagte könne sich somit nicht mehr darauf berufen, der in der Personalliste als damaliger Mitarbeiter des Möbelhauses B aufgeführte Kläger sei diesem Betrieb nicht zuzuordnen gewesen. Diese Würdigung ist jedenfalls im Ergebnis richtig.

2. Wird ein Betrieb oder Betriebsteil veräußert, der mit anderen Betrieben oder Betriebsteilen organisatorisch eng verbunden war, so kann für einzelne Arbeitsverhältnisse zweifelhaft sein, ob sie dem veräußerten Betrieb oder Betriebsteil zuzuordnen sind und damit von § 613 a BGB erfaßt werden. Wird ein Arbeitnehmer in solchen Fällen vom Veräußerer wie vom Erwerber des Betriebes zurückgewiesen oder angefordert, ist in der Regel nach objektiven Merkmalen, insbesondere danach zu entscheiden, für welchen Betrieb oder Betriebsteil der Arbeitnehmer überwiegend tätig war. Sind jedoch alle Beteiligten darüber einig, daß ein Arbeitnehmer nach dem Betriebsübergang nur vom Erwerber beschäftigt wird, so



ist diese Regelung maßgebend (BAGE 39, 208 = AP Nr. 31 zu § 613 a BGB, zu 1 c der Gründe). Im vorliegenden Fall wendet die Beklagte ein, der Kläger habe nicht im Möbelhaus B , sondern im Möbelhaus R der PK-GmbH gearbeitet. Sollte sein Arbeitsverhältnis zur KG fortbestanden haben, könnte dies allenfalls der KG als Gesamtunternehmen, nicht aber dem Möbelhaus B zugeordnet werden. Dieser Einwand ist unbegründet. Wie sich aus dem notariellen Kaufvertrag vom 11. April 1986 ergibt, bestand zwischen den Vertragsparteien Einigkeit darüber, daß der Kläger zu den damaligen Mitarbeitern des von der Beklagten übernommenen Möbelhauses B ge- hörte. Da die Zuordnung seines Arbeitsverhältnisses nach objektiven Kriterien zweifelhaft sein konnte, war vorliegend der Parteiwille maßgebend.

V. Wie das Berufungsgericht schließlich ebenfalls zu Recht angenommen hat, fand der Betriebsübergang jedenfalls am 1. Juni 1986 statt, als die Beklagte mit ihren Aktivitäten im Möbelhaus B begann. Das Arbeitsverhältnis des Klägers ging somit spätestens zu diesem Zeitpunkt auf die Beklagte über. Es konnte deshalb durch die am 13. August 1986 von der KG ausgesprochene fristlose Kündigung nicht mehr aufgelöst werden, da diese ihre Arbeitgeberstellung mit dem Betriebsübergang verloren hatte. Die Beklagte hat keine Kündigung erklärt. Ihr Schreiben vom 12. August 1986 enthält nach ihrem eigenen Vortrag keine rechtsgestaltende Kündigungserklärung, sondern lediglich den de-



klaratorischen Hinweis, daß mit ihm ein faktisches Arbeitsverhältnis bestanden habe und sie sich von diesem lossage.

Hillebrecht

Triebfürst

Ascheid

Mauer

Baerbaum



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)