

Aktenzeichen: 8 AZR 1043/06
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 14. August 2007
- 8 AZR 1043/06 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 16. Mai 2006
- 8 Ca 1249/06 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 23. Oktober 2006
- 15 Sa 1314/06 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Betriebsübergang - Auftragsnachfolge - Identität der wirtschaftlichen
Einheit - veränderte Organisation

Gesetze:

BGB § 613a Abs. 1; KSchG § 1 Abs. 2, § 17 Abs. 1

Leitsätze:

keine

Hinweis des Senats:

Parallelsachen - 8 AZR 1043/06 - (führend, vorliegend) und - 8 AZR
1044/06 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 1043/06
15 Sa 1314/06
Landesarbeitsgericht
Berlin

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
14. August 2007

URTEIL

Diederich, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

1.

Beklagte zu 1), Berufungsbeklagte zu 1) und Revisionsklägerin zu 1),

2.

Beklagte zu 2), Berufungsbeklagte zu 2) und Revisionsklägerin zu 2),

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 14. August 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Haible und Brückmann für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Beklagten zu 1) und der Beklagten zu 2) wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 23. Oktober 2006 - 15 Sa 1314/06 - aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 16. Mai 2006 - 8 Ca 1249/06 - wird zurückgewiesen, soweit es die Klage gegen die Beklagte zu 2) abgewiesen hat.

Im Übrigen wird der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2) hat der Kläger zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer von der Beklagten zu 1) wegen Betriebsstilllegung ausgesprochenen ordentlichen Kündigung und über den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte zu 2) infolge eines Betriebsübergangs.

Der Kläger war seit dem 15. September 1995 als Fachkraft für die Instandhaltung von gebäudetechnischen Anlagen gegen ein Bruttomonatsentgelt iHv. 2.200,00 Euro bei der Beklagten zu 1) beschäftigt. Diese erbrachte auf dem Campus V-Klinikum, einem Teilbereich des Universitätsklinikums C, technische Dienstleistungen, die die „Erbringung von technischer Betriebsleitung und Management, technischen Anlagen und Systembetrieb und Instandhaltung sowie gebäudetechnischen Servicedienst für die betriebs- und versorgungstechnischen Anlagen/Systeme für die Gebäude der Ring- und Nordbebauung“ umfassten. Die Beklagte zu 1) nutzte dafür Büro- und Aufenthaltsräume sowie Räume für Lager und Werkstatt des Klinikums. Dieses stellte auch eine Software für Reparaturaufträge sowie Wasser und Elektrizität zur Verfügung. Die betreuten technischen Anlagen, wie Klima-, Heizungs- und Elektroanlagen, waren Eigentum des Klinikums. Sonstige Facility-Leistungen erbrachte das Klinikum zum Teil selbst, teilweise wurden sie von Drittfirmen erbracht.



2005 wurde beschlossen, für alle Einzelstandorte des Klinikums C und alle Aufgaben des Facility-Managements nur noch einen Auftrag zu vergeben. Dafür wurde die Beklagte zu 2) gegründet, an der sich das Klinikum C zu 51 % und eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus mehreren anderen Gesellschaften, zu 49 % beteiligte. Der Beklagten zu 1) wurde im Sommer 2005 angekündigt, künftig den Dienstleistungsauftrag nicht mehr zu erhalten. Die Gesellschafterversammlung der Beklagten zu 1) beschloss am 19. Dezember 2005, in diesem Fall den Betrieb stillzulegen. Nachdem das Klinikum mit Schreiben vom 29. Dezember 2005 den Dienstleistungsauftrag zum 31. März 2006 gekündigt hatte, kündigte die Beklagte zu 1) mit Schreiben vom 30. Dezember 2005 das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zum 30. April 2006. Im Kündigungszeitpunkt beschäftigte die Beklagte zu 1) 19 Arbeitnehmer. Die Beklagte zu 2) nahm mit etwa 1.900 Beschäftigten ab dem 1. Januar 2006 ihre Tätigkeit auf, die Aufgaben aus dem Dienstleistungsauftrag der Beklagten zu 1) übernahm sie ab dem 1. April 2006. Allein in der Betriebstechnik beschäftigt die Beklagte zu 2) ca. 340 Arbeitnehmer. Sie forderte neun Arbeitnehmer der Beklagten zu 1) zu Bewerbungen auf und stellte schließlich sechs frühere Mitarbeiter der Beklagten zu 1) ein.

3

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei wegen eines Betriebsübergangs auf die Beklagte zu 2) unwirksam. Er hat behauptet, die Beklagte zu 1) habe die Lüftungs-, Elektro-, Luft- und Wasserverteilstellenanlagen nicht nur gewartet, sondern auch betrieben, konditioniert und den Bedürfnissen des Klinikums angepasst. Um die Vorgaben des Klinikums zu erfüllen, habe die Beklagte zu 1) diese Anlagen als eigene Betriebsmittel benutzt, zB Rechner zur Steuerung der Lüftungsanlagen. Außerdem habe sie mit weiteren Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb unterhalten, in dem mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt worden seien. Dies sei weder bei der Sozialauswahl noch bei der erforderlichen Massenentlassungsanzeige berücksichtigt worden. Auch sei dieser gemeinsame Betrieb nicht stillgelegt worden.

4

Der Kläger hat beantragt

5

1. festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten zu 1) vom 30. Dezember 2005 nicht beendet wurde;
2. festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis seit dem 1. April 2006 mit der Beklagten zu 2) fortbesteht.

Die Beklagten haben die Abweisung der Klage beantragt. Dazu hat die Beklagte zu 1) behauptet, ihr Auftrag habe in der Wartung der Betriebsanlagen des Klinikums bestanden. Sie habe nicht mit, sondern an ihnen gearbeitet. Die Beklagte zu 2)

6



nehme wesentlich umfangreichere Aufgaben mit einer völlig anderen Organisation wahr. Diese hat auf eine reine Funktionsnachfolge verwiesen. Die früher von der Beklagten zu 1) ausgeführten Tätigkeiten machten nur einen Bruchteil ihres Betriebszwecks aus. Sie erbringe das Facility-Management für das gesamte Klinikum und setze ihre Mitarbeiter entsprechend den jeweiligen Bedürfnissen in den unterschiedlichen Bereichen ein. Die betriebliche Organisation bestehe nicht fort. Führungskräfte, Vorgesetzte und die Servicemitarbeiter seien campusübergreifend tätig.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers war vor dem Landesarbeitsgericht erfolgreich. Mit ihren Revisionen begehren beide Beklagten die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

7

Entscheidungsgründe

Die Revisionen sind zulässig und begründet. Sie führen zur Aufhebung des landesarbeitsgerichtlichen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht. Das Urteil beruht auf der rechtsfehlerhaften Annahme, ein Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2) liege vor.

8

A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Betrieb der Beklagten zu 1) sei mit Ablauf des 31. März 2006 auf die Beklagte zu 2) schon deswegen übergegangen, weil das Klinikum den ursprünglich der Beklagten zu 1) erteilten Dienstleistungsauftrag nunmehr an die Beklagte zu 2) vergeben habe. Unterhalte ein Unternehmen seit 11 Jahren einen einzigen Betrieb mit zuletzt 19 Arbeitnehmern, dessen Zweck nur darin bestehe, in einem räumlich abgrenzbaren Bereich des Universitätskrankenhauses technische Dienstleistungen (technische Betriebsleitung, Wartung und Instandhaltung) zu erbringen, dann stelle der Dienstleistungsauftrag das für den Bestand des Betriebs wesentliche Betriebsmittel dar, er sei prägend für den Betrieb. Werde dieser Auftrag an ein eigens dafür gegründetes Unternehmen übertragen, liege darin ein Betriebsübergang. Da der Auftrag, nicht das Vorhandensein einer eingearbeiteten Belegschaft für die Existenz der Beklagten zu 1) wesentlich gewesen sei, komme es nicht darauf an, ob die Beklagte zu 2) den wesentlichen Teil der Belegschaft der Beklagten zu 1) übernommen habe. Von der von der Rechtsprechung geforderten Voraussetzung, bei einem betriebsmittelarmen Betrieb müsse der überwiegende Teil der alten Arbeitnehmerschaft übernommen werden, sei vorliegend abzusehen. Dies sei metho-

9



disch verfehlt, widerspräche der Zielsetzung der Richtlinie 2001/23/EG und eröffne dem Betriebsübernehmer erhebliche Manipulationsmöglichkeiten.

Hilfsweise hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die Beklagte zu 2) habe auch wesentliche Betriebsmittel, nämlich die Heizungs-, Sanitär- und Klimaanlage übernommen. Denn der Beklagten zu 1) hätten nicht nur Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten, sondern auch die technische Betriebsleitung obliegen. Beide Beklagten hätten dem Klinikum Wasser, Luft und Wärme im benötigten Umfang und der benötigten Qualität zur Verfügung zu stellen, weswegen die Betriebsanlagen Betriebsmittel beider Beklagten darstellten. Die veränderte Arbeitsorganisation bei der Beklagten zu 2) stehe einem Betriebsübergang nicht entgegen. Die Veränderung erreiche nicht relevante Ausmaße. Es reiche nicht aus, dass die Techniker nunmehr nicht mehr nur in einem Bereich, sondern bei Bedarf auf dem gesamten Campus eingesetzt werden.

Bei einer wertenden Gesamtbetrachtung, die dem Hauptzweck des § 613a BGB und der Richtlinie 2001/23/EG Rechnung trage, überwiegen die Momente, die für einen Betriebsübergang sprächen. Ziel der Normen sei es, einen Gleichlauf zwischen Arbeitsplatz und Arbeitsverhältnis herzustellen. Es solle verhindert werden, dass der Arbeitnehmer trotz des Fortbestands seines Arbeitsplatzes bei einem anderen Inhaber seine Arbeitsstelle verliere. Der Arbeitsplatz des Klägers sei jedoch bei der Beklagten zu 2) weiter vorhanden. Da die Kündigung schon wegen des Betriebsübergangs unwirksam sei, könne offenbleiben, ob sich der Kläger mit Erfolg auch auf andere Unwirksamkeitsgründe berufen könne.

B. Dem folgt der Senat nicht.

Das Landesarbeitsgericht hat verkannt, dass Voraussetzung für einen Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte zu 2) nicht der Fortbestand des Arbeitsplatzes, sondern ein Betriebsübergang ist; ein solcher ist aber nicht gegeben. Die vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen tragen auch die Hilfsbegründung nicht.

I. Die Vorschrift des § 613a Abs. 1 BGB setzt den rechtsgeschäftlichen Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils auf einen anderen Inhaber voraus. Erforderlich ist die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit.

1. Eine wirtschaftliche Einheit besteht aus einer organisatorischen Gesamtheit von Personen und/oder Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftli-



chen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören als Teilaspekte der Gesamtwürdigung namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebs, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude oder bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit. Die Identität der Einheit kann sich auch aus anderen Merkmalen, wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln ergeben. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- und Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu (*st. Rspr. des Senats im Anschluss an EuGH 11. März 1997 - C-13/95 - [Ayse Sützen] Rn. 13 - 18, EuGHE I 1997, 1259 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 14 = EzA BGB § 613a Nr. 145 und zuletzt 15. Dezember 2005 - C-232/04 und C-233/04 - [Güney-Görres] Rn. 32 - 35, EuGHE I 2005, 11237 = AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 41; zB BAG 22. Juli 2004 - 8 AZR 350/03 - BAGE 111, 283, 291 = AP BGB § 613a Nr. 274 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 27; 18. März 1999 - 8 AZR 159/98 - BAGE 91, 121, 126 = AP BGB § 613a Nr. 189 = EzA BGB § 613a Nr. 177*).

2. In Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann auch eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ist in diesem Fall anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hatte. Hingegen stellt die bloße Fortführung der Tätigkeit durch einen anderen Auftragnehmer (Funktionsnachfolge) ebenso wenig einen Betriebsübergang dar wie die reine Auftragsnachfolge (*BAG 24. August 2006 - 8 AZR 317/05 - Rn. 26, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 152 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 60; 13. Juni 2006 - 8 AZR 271/05 - Rn. 20, AP BGB § 613a Nr. 305 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 53; 18. März 1999 - 8 AZR 196/98 - AP BGB § 613a Nr. 190 = EzA BGB § 613a Nr. 178, zu B I der Gründe; 29. Juni 2000 - 8 AZR 520/99 -, zu II 2 a der Gründe*). Eine Einheit darf nämlich nicht als bloße Tätig-

16



keit verstanden werden (*EuGH 11. März 1997 - C-13/95 - [Ayse Sützen] Rn. 15, EuGHE I 1997, 1259 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 14 = EzA BGB § 613a Nr. 145*). Der bloße Verlust eines Auftrags an einen Mitbewerber stellt daher für sich genommen auch keinen Übergang im Sinne der Betriebsübergangsrichtlinie dar (*EuGH 11. März 1997 - C-13/95 - [Ayse Sützen] Rn. 16, aaO*).

3. In betriebsmittelgeprägten Betrieben kann ein Betriebsübergang auch ohne Übernahme von Personal vorliegen (vgl. zuletzt *EuGH 20. November 2003 - C-340/01 - [Carlito Abler] Rn. 36/37, EuGHE I 2003, 14023 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 34 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 13; vgl. auch BAG 22. Juli 2004 - 8 AZR 350/03 - BAGE 111, 283, 292 = AP BGB § 613a Nr. 274 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 27*). Der Umstand, dass die von dem neuen Unternehmer übernommenen Betriebsmittel nicht seinem Vorgänger gehörten, sondern vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wurden, schließt den Betriebsübergang nicht aus. Auch ist im Fall einer Auftragsneuvergabe die Überlassung der Betriebsmittel zur eigenwirtschaftlichen Nutzung keine notwendige Voraussetzung für die Feststellung eines Betriebsübergangs vom ursprünglichen Auftragnehmer auf den neuen Auftragnehmer (*EuGH 15. Dezember 2005 - C-232/04 und C-233/04 - [Güney-Görres] Rn. 42, EuGHE I 2005, 11237 = AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 41; BAG 6. April 2006 - 8 AZR 222/04 - Rn. 27, AP BGB § 613a Nr. 299 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 49*).

Sächliche Betriebsmittel sind im Rahmen einer Auftragsneuvergabe wesentlich, wenn bei wertender Betrachtungsweise ihr Einsatz den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs ausmacht (*BAG 2. März 2006 - 8 AZR 147/05 - Rn. 22, AP BGB § 613a Nr. 302 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 50; 6. April 2006 - 8 AZR 222/04 - Rn. 23, AP BGB § 613a Nr. 299 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 49; vgl. auch 13. Juni 2006 - 8 AZR 271/05 - Rn. 20, AP BGB § 613a Nr. 305 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 53*) und sie somit unverzichtbar zur auftragsgemäßen Verrichtung der Tätigkeiten sind (*BAG 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - Rn. 21, NZA 2007, 793*). Der Betriebsübergang tritt mit dem Wechsel in der Person des Inhabers des Betriebs ein. Entscheidend ist die Übernahme der Organisations- und Leitungsmacht.

II. Danach vermag die Identität des Auftrags und des Alleinauftraggebers einen Betriebsübergang nicht zu begründen.



1. Die bloße Auftragsnachfolge stellt weder einen Betriebsübergang iSv. § 613a BGB noch den Übergang einer wirtschaftlichen Einheit im Sinne der Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG dar (*BAG 24. August 2006 - 8 AZR 317/05 - Rn. 26, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 152 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 60; 13. Juni 2006 - 8 AZR 271/05 - Rn. 20, AP BGB § 613a Nr. 305 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 53; 29. Juni 2000 - 8 AZR 520/99 -, zu II 2 a der Gründe; 18. März 1999 - 8 AZR 196/98 - AP BGB § 613a Nr. 190 = EzA BGB § 613a Nr. 178, zu B I der Gründe; EuGH 11. März 1997 - C-13/95 - [Ayse Sützen] Rn. 16, EuGHE I 1997, 1259 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 14 = EzA BGB § 613a Nr. 145*). 20

Der Schutz der betroffenen Arbeitnehmer ist da geboten, wo die betriebliche Einheit fortbesteht. Die Neuvergabe eines Auftrags ist zunächst nur die Folge des Wettbewerbs auf einem freien Dienstleistungsmarkt. Der Übergang einer wirtschaftlichen Einheit setzt neben einer etwaigen Auftragsnachfolge die Feststellung zusätzlicher Umstände voraus, die in der Gesamtwürdigung die Annahme des Fortbestands der wirtschaftlichen Einheit rechtfertigen. Eine Tätigkeit ist noch keine wirtschaftliche Einheit. Auch in der vom Landesarbeitsgericht in Bezug genommenen Entscheidung des Senats vom 6. April 2006 (- 8 AZR 222/04 - AP BGB § 613a Nr. 299 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 49) war der Umstand, dass der ursprüngliche Arbeitgeber und der Betriebsübernehmer jeweils denselben Auftrag hatten, nur eines von mehreren Kriterien für die Beibehaltung der Betriebsidentität. Hinzu kam im dort entschiedenen Fall die fortgesetzte Nutzung der sächlichen Betriebsmittel in Gestalt von standortgebundenen umfangreichen Anlagen und Maschinen zur „Weiterverarbeitung“ einer Tageszeitung. 21

2. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts gilt dies auch dann, wenn ein Dienstleistungsauftrag der einzige Auftrag eines Betriebs ist. Von der Streuung seiner Auftragsverhältnisse hängt zwar ab, mit welchem wirtschaftlichen Risiko sich ein Dienstleistungsunternehmen am Markt betätigt. Der Wegfall des einzigen Auftraggebers kann für ein Unternehmen und seine Arbeitsplätze existenzvernichtend sein. Der Übergang einer wirtschaftlichen Einheit setzt jedoch den Fortbestand einer organisatorischen Zusammenfassung von Ressourcen voraus. Eine bloße Auftragsneuvergabe erfüllt diese Voraussetzung nicht. 22

Bei Handels- und Dienstleistungsbetrieben hat der Senat in der Frage eines Betriebsübergangs den immateriellen Betriebsmitteln, also Geschäftsbeziehungen zu Dritten, Kundenstamm und etwaige Kundenlisten, Know-how und die Einführung des 23



Unternehmens am Markt besondere Bedeutung beigemessen (*BAG 27. Oktober 2005 - 8 AZR 568/04 - Rn. 16, AP BGB § 613a Nr. 292 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 42*). Auch insoweit bedarf es aber einer Gesamtbetrachtung, die das Personal, welches diese Tätigkeiten verrichtet hat, deren Führungskräfte und deren Arbeitsorganisation, die Betriebsmethoden und gegebenenfalls auch die zur Verfügung stehenden Betriebsmittel berücksichtigt. Eine bloße Funktionsnachfolge erfüllt auch bei solchen Betrieben nicht die Voraussetzung eines Betriebsübergangs (*BAG 27. Oktober 2005 - 8 AZR 568/04 - aaO; 27. Oktober 2005 - 8 AZR 45/05 - Rn. 20, AP BGB § 613a Nr. 293 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 43*).

3. Das Landesarbeitsgericht hat verkannt, dass die Beklagte zu 2) mit ca. 1.900 Beschäftigten ihre Aufgaben in einer wesentlich veränderten organisatorischen Zusammenfassung von Ressourcen erfüllt als vorher die Beklagte zu 1) mit 19 Arbeitnehmern im Bereich des Campus V-Klinikum. In der Konsequenz seiner eigenen Überlegungen hätte das Landesarbeitsgericht, das dem Auftrag entscheidendes Gewicht beimisst, erkennen müssen, dass vorliegend die früher von der Beklagten zu 1) bewältigten Aufgaben nunmehr für die Beklagte zu 2) nur noch einen Teilbereich des Auftragsvolumens darstellen, die Aufgabenstellung in die Auftrags- und Organisationsstruktur der Beklagten zu 2) integriert wurde. Allein im Bereich der Betriebstechnik beschäftigt die Beklagte zu 2) etwa 340 Arbeitnehmer, die im gesamten Bereich des Klinikums C eingesetzt werden können. Die Beklagte zu 1) war mit ihrer Belegschaft nicht in der Lage, ein solches Konzept umzusetzen (*ErfK/Preis 7. Aufl. § 613a BGB Rn. 40*). „Den“ Arbeitsplatz des Klägers mit der Aufgabenstellung, ausschließlich die Betriebstechnik auf dem Campus V-Klinikum zu gewährleisten, gibt es bei der Beklagten zu 2) nicht mehr. Deren Techniker haben vielmehr die Serviceleistungen im Gesamtbereich des Klinikums C zu erbringen. Dass sie dies, soweit sie im V-Klinikum tätig werden, an demselben Ort und in den gleichen Räumen wahrnehmen, ist dagegen nicht von entscheidender Bedeutung, da die geschuldeten Dienstleistungen zwangsläufig nur standortgebunden erfolgen können. Zur Aufrechterhaltung des Betriebsablaufs beim Auftraggeber mussten sie notwendig auch ohne zeitliche Unterbrechung fortgeführt werden. Daraus lässt sich ein Betriebsübergang nicht ableiten.

4. Auch wenn man als Normziel von § 613a BGB annimmt, ein Gleichlauf von Arbeitsplatz und Arbeitsverhältnis solle sichergestellt werden (*Willemsen/Hohenstatt/Schweibert Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen 2. Aufl. G Rn. 20*), kann deswegen nicht vom gesetzlichen Erfordernis eines Betriebsübergangs abgese-

24

25



hen werden. Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ist vorrangig; ein Betriebsübergang ist nicht allein deshalb zu bejahen, weil der Arbeitnehmer seine Tätigkeit bei dem neuen Betriebsinhaber erbringen könnte (*ErfK/Preis § 613a BGB Rn. 5; Staudinger/Richardi/Annuß BGB (2005) § 613a Rn. 42*). Auch europarechtlich ist nichts anderes geboten. Die vom Landesarbeitsgericht herangezogene Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 7. März 1996 (- C-171/94 - [*Merckx*] *EuGHE I* 1996, 1253 = *AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 9* = *EzA BGB § 613a Nr. 138*) ist noch zu der Vorgängerrichtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 (ABl. L 61 vom 5. März 1977 S. 26) ergangen. In deren Art. 1 Abs. 1 ist erst mit der Änderung durch die Richtlinie 98/50/EG des Rates vom 29. Juni 1998 (ABl. L 201 vom 17. Juli 1998 S. 88), gleichlautend mit der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 (ABl. L 82 vom 22. März 2001 S. 16) Buchst. b eingefügt worden, wonach „als Übergang im Sinne dieser Richtlinie der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“ gilt. Nachdem die Betriebsübergangsrichtlinie nunmehr selbst ausdrücklich auf das Erfordernis der Identitätswahrung abstellt, kann von erheblichen Änderungen in Aufbau und Organisation eines Unternehmens, wie im vorliegenden Fall, nicht abgesehen werden.

III. Soweit das Landesarbeitsgericht hilfsweise angenommen hat, die Beklagte zu 2) habe von der Beklagten zu 1) als wesentliche Betriebsmittel die Heizungs-, Sanitär- und Klimaanlage des Klinikums übernommen, folgt dem der Senat nicht. Dies steht bereits im Widerspruch zu den tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts bei seiner Hauptbegründung. Dort ist es gerade davon ausgegangen, der Betrieb der Beklagten zu 1) sei nicht betriebsmittel-, sondern vielmehr auftragsgeprägt. Nach den ausdrücklichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts war jedoch Inhalt des Dienstleistungsauftrags der Beklagten zu 1) die „Erbringung von technischer Betriebsleitung und Management, technischen Anlagen und Systembetrieb und Instandhaltung sowie gebäudetechnischen Servicedienst für die betriebs- und versorgungstechnischen Anlagen/Systeme für die Gebäude der Ring- und Nordbebauung“. Damit oblag der Beklagten zu 1) die technische Betriebsleitung auf dem Campus V-Klinikum. Die technischen Anlagen des Klinikums C im Bereich des V-Klinikums waren das Objekt, an dem die Beklagte zu 1) ihren Betriebszweck verwirklichte, nämlich die technische Betriebsleitung, das Management und die Instandhaltung dieser Anlagen samt der sie bergenden Gebäude. Die Dienstleistungen wurden „für“ die genannten betriebs- und versorgungstechnischen Anlagen und Systeme erbracht. Auftragsinhalt war nicht die Lieferung von

26

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



Wärme, Wasser und Energie in bestimmter Menge und Qualität, sondern allein das technische Facility-Management für die betreffenden Gebäudeanlagen. Diese Dienstleistung war und ist Gegenstand der Aufträge des Klinikums C an die Beklagte zu 1) und an die Beklagte zu 2). Dazu hatten und haben die Auftragnehmer die Anlagen des Klinikums C zu bedienen und zu warten. Mit anderen Worten: sie haben die technischen Anlagen des Klinikums C so zu fahren und instand zu halten, dass die Vorgaben des Klinikums, zB eine bestimmte Raumtemperatur herzustellen, erfüllt werden. Sie haben aber nicht Wärme, Wasser, Luft, Strom usw. selbst in einer bestimmten Menge und Güte zu liefern. Insofern kann auch keine Parallele zum Fall eines Kantinenbetreibers (*EuGH 20. November 2003 - C-340/01 - [Carlito Abler] EuGHE I 2003, 14023 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 34 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 13*) oder der Fluggastkontrolle (*BAG 13. Juni 2006 - 8 AZR 271/05 - AP BGB § 613a Nr. 305 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 53*) gezogen werden. Für die nur „an“ den Anlagen zu erbringenden Tätigkeiten machen die Anlagen selbst bei wertender Betrachtungsweise nicht den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs aus und stellen für diese Tätigkeit keine sächlichen Betriebsmittel dar.

IV. Soweit das Urteil des Landesarbeitsgerichts auf die Revision der Beklagten zu 1) aufzuheben ist, kann der Senat noch nicht abschließend in der Sache entscheiden. Ob die Kündigung der Beklagten zu 1) gem. § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt war, bedarf noch der (nach der Rechtsauffassung des Landesarbeitsgerichts entbehrliehen) Feststellung, ob und inwiefern die Stilllegungsabsicht der Beklagten zu 1) im Kündigungszeitpunkt bereits greifbare Formen angenommen hatte. Dabei wird das Landesarbeitsgericht folgende Überlegungen zu beachten haben:

1. Eine Kündigung ist aus innerbetrieblichen Gründen nach § 1 Abs. 2 und 3 KSchG sozial gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt (*BAG 5. Dezember 2002 - 2 AZR 522/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 126 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 50, zu B I 1 der Gründe; 28. Oktober 2004 - 8 AZR 391/03 - BAGE 112, 273, 278 = AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 69 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 56*). Zu den dringenden betrieblichen Erfordernissen, die nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG einen Grund zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung abgeben können, gehören die Stilllegung des gesamten Betriebs, einer Betriebsabteilung oder eines Betriebsteils durch den Arbeitgeber (*BAG 27. November 2003 - 2 AZR 48/03 - BAGE*



109, 40, 42 = AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 64 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 128; 22. Januar 1998 - 8 AZR 243/95 - AP BGB § 613a Nr. 173 = EzA BGB § 613a Nr. 161, zu B III 1 der Gründe). Unter Betriebsstilllegung ist die Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zu verstehen, die ihre Veranlassung und ihren unmittelbaren Ausdruck darin findet, dass der Unternehmer die bisherige wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, die Verfolgung des bisherigen Betriebszwecks dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne nicht weiter zu verfolgen (BAG 27. November 2003 - 2 AZR 48/03 - aaO; 18. Januar 2001 - 2 AZR 514/99 - BAGE 97, 10, 13 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 115 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 109). Mit der Stilllegung des gesamten Betriebs entfallen alle Beschäftigungsmöglichkeiten. Der Arbeitgeber muss endgültig entschlossen sein, den Betrieb stillzulegen (BAG 29. September 2005 - 8 AZR 647/04 - Rn. 24, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 139 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 140; 16. Mai 2002 - 8 AZR 319/01 - AP BGB § 613a Nr. 237 = EzA BGB § 613a Nr. 210, zu B III 1 b bb der Gründe mwN). Demgemäß ist von einer Stilllegung auszugehen, wenn der Arbeitgeber seine Stilllegungsabsicht unmissverständlich äußert, allen Arbeitnehmern kündigt, etwaige Mietverträge zum nächstmöglichen Zeitpunkt auflöst, die Betriebsmittel, über die er verfügen kann, veräußert und die Betriebstätigkeit vollständig einstellt (vgl. BAG 22. Mai 1997 - 8 AZR 101/96 - BAGE 86, 20, 25 = AP BGB § 613a Nr. 154 = EzA BGB § 613a Nr. 149). Die betreffenden betrieblichen Umstände müssen greifbare Formen angenommen haben. Diese liegen vor, wenn im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung auf Grund einer vernünftigen, betriebswirtschaftlichen Betrachtung davon auszugehen ist, zum Zeitpunkt des Kündigungsstermins sei mit einiger Sicherheit der Eintritt eines die Entlassung erforderlich machenden betrieblichen Grundes gegeben (BAG 27. November 2003 - 2 AZR 48/03 - aaO mwN; 28. Oktober 2004 - 8 AZR 391/03 - BAGE 112, 273, 280 = aaO).

2. Sollte das Landesarbeitsgericht in seiner neuen Entscheidung zu dem Ergebnis kommen, die Kündigung der Beklagten zu 1) sei wegen der beabsichtigten Betriebsstilllegung aus dringenden betrieblichen Gründen erfolgt, so stellte sich eine Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG) als entbehrlich dar. Dies gilt auch, wenn die Beklagte zu 1) zusammen mit anderen Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb geführt haben sollte.

29



- a) Von einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen ist auszugehen, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird. Dazu müssen sich die beteiligten Unternehmen zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben. Diese einheitliche Leitung muss sich auf die wesentlichen Funktionen eines Arbeitgebers in sozialen und personellen Angelegenheiten erstrecken. Eine lediglich unternehmerische Zusammenarbeit genügt nicht. Vielmehr müssen die Funktionen des Arbeitgebers in den sozialen und personellen Angelegenheiten des Betriebsverfassungsgesetzes institutionell einheitlich für die beteiligten Unternehmen wahrgenommen werden (*BAG 15. Februar 2007 - 8 AZR 310/06 - Rn. 32, ZIP 2007, 1618; 16. Februar 2006 - 8 AZR 211/05 - Rn. 18, AP BGB § 613a Nr. 301 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 47; 13. Juni 2002 - 2 AZR 327/01 - BAGE 101, 321, 323 f. = AP KSchG 1969 § 23 Nr. 29 = EzA KSchG § 23 Nr. 24; 18. Oktober 2000 - 2 AZR 494/99 - BAGE 96, 78, 87 f. = AP KSchG 1969 § 15 Nr. 49 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 51; 13. Juni 1985 - 2 AZR 452/84 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 10 = EzA KSchG § 1 Nr. 41, zu A II 2 b bb der Gründe; vgl. auch 11. Februar 2004 - 7 ABR 27/03 - BAGE 109, 332, 335 = AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 22 = EzA BetrVG 2001 § 1 Nr. 2*). 30
- b) Eine unternehmensübergreifende Sozialauswahl ist nicht vorzunehmen, wenn der Gemeinschaftsbetrieb im Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr besteht (*vgl. BAG 13. September 1995 - 2 AZR 954/94 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 72 = EzA KSchG § 1 Nr. 48, zu II 1 a der Gründe*). Ist im Zeitpunkt der Kündigung einer von mehreren Betrieben, die einen Gemeinschaftsbetrieb gebildet haben, stillgelegt, so sind damit die Arbeitgeberfunktionen im Bereich der sozialen und personellen Angelegenheiten sowie die unternehmerischen Funktionen im Bereich der wirtschaftlichen Angelegenheiten dem vormals einheitlichen Leitungsapparat der beteiligten Unternehmen entzogen, der Gemeinschaftsbetrieb aufgelöst und damit die „gemeinsame Klammer“, die eine unternehmensübergreifende Sozialauswahl veranlasst hätte, entfallen. 31
- c) Gleiches gilt, wenn im Zeitpunkt der Kündigung einer der Betriebe, die zusammen einen Gemeinschaftsbetrieb gebildet haben, zwar noch nicht stillgelegt ist, auf Grund einer unternehmerischen Entscheidung, die bereits greifbare Formen angenommen hat, aber feststeht, dass er bei Ablauf der Kündigungsfrist des Arbeitnehmers 32



stillgelegt sein wird (*BAG 18. September 2003 - 2 AZR 79/02 - BAGE 107, 318, 326 = AP KSchG 1969 § 17 Nr. 14 = EzA KSchG § 17 Nr. 11*). Kündigungsgrund ist in einem solchen Fall das dringende betriebliche Erfordernis, das einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in dem stillzulegenden Betrieb nach Ablauf seiner Kündigungsfrist entgegensteht. Eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in dem Gemeinschaftsbetrieb kommt damit nicht mehr in Betracht. Wird mit der Stilllegung des einen Betriebs auch die gemeinsame Leitungsstruktur beseitigt, so besteht ab dem Stilllegungszeitpunkt nur noch ein Betrieb fort, in dessen Führung durch den Unternehmer, dessen Betrieb stillgelegt worden ist, nicht mehr eingegriffen werden kann. Der Inhaber des stillzulegenden Betriebs ist damit nicht mehr in der Lage, eine Weiterbeschäftigung seiner Arbeitnehmer, denen wegen der Stilllegung betriebsbedingt zu kündigen ist, in dem fortgeführten Betrieb des anderen Unternehmers rechtlich durchzusetzen. Damit fehlt es schon im Kündigungszeitpunkt für eine Sozialauswahl zwischen den Arbeitnehmern des ursprünglichen Gemeinschaftsbetriebs an der Vergleichbarkeit.

3. Das Landesarbeitsgericht wird hinsichtlich des Feststellungsantrags zu 1) weiter zu prüfen haben, ob die Kündigung der Beklagten zu 1) das Arbeitsverhältnis mangels Erstattung einer Massenentlassungsanzeige nicht auflösen konnte. 33

a) Die Unterlassung einer Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 1 KSchG vor der Kündigung führt zwar in der Regel dazu, dass diese das Arbeitsverhältnis nicht auflösen kann und deshalb der Kündigungsschutzklage stattzugeben ist (*BAG 13. Juli 2006 - 6 AZR 198/06 - Rn. 21, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 22 = EzA KSchG § 17*), soweit nicht das Gebot des Vertrauensschutzes entgegensteht (*vgl. dazu BAG 23. März 2006 - 2 AZR 343/05 - Rn. 32 f., AP KSchG 1969 § 17 Nr. 21 = EzA KSchG § 17 Nr. 16; 13. Juli 2006 - 6 AZR 198/06 - aaO*). Die Verpflichtung zur Erstattung einer Massenentlassungsanzeige setzt nach § 17 Abs. 1 KSchG aber voraus, dass in dem Betrieb in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt sind und die Schwellenwerte nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 - 3 KSchG überschritten werden. 34

b) Im Betrieb der Beklagten zu 1) waren zum Zeitpunkt der Kündigung nur 19 Arbeitnehmer beschäftigt. Für die Bestimmung der Beschäftigtenzahl und auch bei der Ermittlung, ob die Schwellenwerte überschritten werden, ist, wenn mehrere Unternehmen einen gemeinschaftlichen Betrieb bilden, auf den Gemeinschaftsbetrieb abzustellen (*vgl. auch ErfK/Kiel § 17 KSchG Rn. 8; HWK/Pods/Molkenbur 2. Aufl. § 17 KSchG Rn. 7*). Anders als für die Erforderlichkeit einer Sozialauswahl bleibt der Gemein- 35



schaftsbetrieb auch dann maßgeblich, wenn ein an dem Gemeinschaftsbetrieb beteiligtes Unternehmen beabsichtigt, die betriebliche Tätigkeit einzustellen und damit den Gemeinschaftsbetrieb aufzulösen. Denn der Betriebsbegriff des § 17 Abs. 1 KSchG ist europarechtskonform im Sinne der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 (ABl. L 225 vom 12. August 1998 S. 16) auszulegen. Danach ist auf die Einheit abzustellen, der die von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgaben angehören (vgl. *ErfK/Kiel aaO*; *HWK/Pods/Molkenbur aaO*; *KR-Weigand 8. Aufl. § 17 KSchG Rn. 15a*). Ob die fragliche Einheit eine Leitung hat, die selbständig Massenentlassungen vornehmen kann, ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht entscheidend (7. Dezember 1995 - C-449/93 - Rn. 34, *EuGHE I 1995, 4291* = *EzA KSchG § 17 Nr. 5*).

C. Das Landesarbeitsgericht wird, soweit über die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2) nicht schon zu entscheiden war, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

36

Hauck

Böck

Breinlinger

zugleich für den zum
31. August 2007 aus-
geschiedenen ehren-
amtlichen Richter
Haible
Hauck

Brückmann

