

Aktenzeichen: 8 AZR 162/99
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 24. Februar 2000
- 8 AZR 162/99 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 2. April 1998
- 87 Ca 26515/97 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 16. Dezember 1998
- 4 Sa 73/98 -

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

Entscheidungsstichwort:
Betriebsübergang

Gesetz:
BGB § 613 a

Leitsätze:
Keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESGERICHTSHOF



8 AZR 162/99
4 Sa 73/98
Landesarbeitsgericht
Berlin

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Februar 2000

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte zu 2, Berufungsbeklagte zu 2 und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Februar 2000 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Ascheid, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Wittek und Prof. Dr. Mikosch sowie die ehrenamtlichen Richter Schmitzberger und Dr. Scholz für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten zu 2 wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 16. Dezember 1998 - 4 Sa 73/98 - teilweise aufgehoben und zur Klarstellung insgesamt wie folgt neu gefaßt:



Die Berufung der Klägerin wird insgesamt zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen !

Tatbestand

In der Revisionsinstanz streitet die Klägerin noch mit der Beklagten zu 2 darüber, ob mit dieser ein Arbeitsverhältnis besteht.

Die Klägerin war seit dem 1. Juli 1974 bei der N. (fortan: Gemeinschuldnerin) als Lohn- und Gehaltsbuchhalterin zu einem Bruttomonatsentgelt von zuletzt 3.610,00 DM beschäftigt.

Die Gemeinschuldnerin war auf dem Gebiet der Nachrichtentechnik tätig. Zu etwa 70 % verrichtete sie Montage- und Kabelverlegearbeiten. Im Umfang von ca. 30 % fielen Tiefbauarbeiten an. Im wesentlichen erhielt sie Aufträge von S.-Unternehmen und der D. AG, die etwa 80 % des Volumens ausmachten. Der Betriebsitz befand sich in B. -L. Es wurde auch ein Lagerplatz in B. -B. unterhalten. Daneben gab es Betriebsräume am J. und Räumlichkeiten in der B.

Die Beklagte zu 2 ist ein Tiefbauunternehmen, das sich hauptsächlich im Bereich der Entwässerung betätigt. Die Geschäftsanteile erwarb etwa 1975/76 der Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin. Später wurden sämtliche Anteile an die Gemeinschuldnerin übertragen und beide Unternehmen von demselben Geschäftsführer geleitet. Die Prokuristin K. der Gemeinschuldnerin besaß bis Mai 1997 Prokura auch für die Beklagte zu 2.

Bis Ende 1995 verfügten die Unternehmen über jeweils eigenes Personal, wobei die Gemeinschuldnerin höchstens 150 Arbeitnehmer und die Beklagte zu 2 höchstens 11 bis 15 Arbeitnehmer beschäftigte. Am 1. Januar 1996 besaß nur noch die Gemeinschuldnerin eigenes Personal. Soweit die Beklagte zu 2 Arbeitskräfte für ihre Aufträge benötigte, wurden die Arbeiten durch Arbeitnehmer der Gemeinschuldnerin ausgeführt und der Beklagten zu 2 in Rechnung gestellt. Seit 1995 reduzierte die Gemeinschuldnerin ihr Personal. Sie beschäftigte im April/Mai 1997 noch 30 gewerbli-



che Arbeitnehmer sowie die Klägerin und die Personalsachbearbeiterin S. in der Verwaltung.

Im April 1997 veräußerte die Gemeinschuldnerin die Geschäftsanteile der Beklagten zu 2 an deren jetzigen Geschäftsführer, der bis zum 31. Mai 1997 noch bei der Gemeinschuldnerin angestellt war. Die Beklagte zu 2 erwarb von der Gemeinschuldnerin einen Teil des Fuhrparks, nämlich drei Bagger, einen LKW-Zug, einige Kleinmaschinen und vier Kastenwagen, insgesamt etwa 1/10 bis 1/7 des Anlagevermögens. Zu dieser Zeit verfügte die Gemeinschuldnerin noch über 31 weitere Fahrzeuge. Im Zusammenhang mit einer fristlosen Kündigung der Büroräume durch den Vermieter am 23. April 1997 übernahm die Beklagte zu 2 etwa 1/20 der Büroausstattung.

Am 20. Mai 1997 stellte die Gemeinschuldnerin Konkursantrag. Der Beklagte zu 1 wurde zum Sequester bestellt. Ab 1. Juni 1997 stellte die Gemeinschuldnerin ihren Geschäftsbetrieb ein und nahm nur noch Abwicklungsarbeiten im Personalbereich und der Buchhaltung vor. Alle übrigen Arbeitnehmer wurden von der Arbeitsleistung freigestellt. Einen Auftrag der BVG mit drei Baustellen, den noch die Gemeinschuldnerin erhalten hatte, führte die Beklagte zu 2, jedenfalls in tiefbautechnischer Hinsicht, zu Ende, nachdem sie sich erfolgreich um dessen Neuerteilung beworben hatte. Sie übernahm 10 gewerbliche Arbeitnehmer der Gemeinschuldnerin und die Personalsachbearbeiterin S. Außerdem beschäftigt sie fünf Arbeitnehmer, die früher einmal bei der Gemeinschuldnerin tätig waren, darunter den Bauleiter T. Noch im Juni 1997 kündigte die Gemeinschuldnerin die Geschäftsräume in der B.

Die Gemeinschuldnerin kündigte der Klägerin mit Schreiben vom 17. Juni 1997 zum 31. Januar 1998. Der Sequester stellte sie im Einvernehmen mit der Gemeinschuldnerin ab 1. Juli 1997 von der Arbeitsleistung frei. Nach der Eröffnung des Konkursverfahrens am 1. Juli 1997 kündigte der zum Konkursverwalter bestellte Beklagte zu 1 das Arbeitsverhältnis am 4. Juli 1997 zum 31. Oktober 1997. Ferner kündigte er den Lagerplatz und räumte ihn, nachdem das überwiegende Betriebsvermögen der Gemeinschuldnerin am 23. September 1997 versteigert worden war.

Mit der am 2. Juli 1997 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage und der am 9. Juli 1997 eingegangenen Klageerweiterung hat die Klägerin beide Kündigungen angegriffen. Mit der weiteren Klageerweiterung vom 4. November 1997 hat sie den Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 2 geltend gemacht.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, ihr Arbeitsverhältnis mit der Gemeinschuldnerin bestehe aufgrund eines Betriebsübergangs mit der Beklagten zu 2 fort.



Beide Unternehmen hätten einen gemeinsamen Betrieb in der Bahnhofstraße geführt, den die Beklagte zu 2 nunmehr alleine fortführe. Der gemeinsame Betrieb ergebe sich aus der einheitlichen Leitung der Unternehmen durch den jeweils alleinigen Geschäftsführer und aus der Tätigkeit der Prokuristin für beide Unternehmen. Die eingehenden Aufträge seien aufgeteilt, aber über den einheitlichen Betrieb gemeinsam ausgeführt worden. Je nach Bedarf seien unabhängig von den Gesellschaften die Arbeitnehmer und Betriebsmittel eingesetzt worden. Die Beklagte zu 2 habe den Betrieb, jedenfalls in reduzierter Form, fortgeführt. Sie habe ohne Unterbrechung die noch der Gemeinschuldnerin erteilten und von ihr angefangenen Aufträge der D. AG, der Wasserwerke und der Verkehrsbetriebe übernommen und fortgeführt. Im August 1997 sei der frühere technische Leiter der Gemeinschuldnerin eingestellt worden. Jedenfalls liege hinsichtlich des Betriebsteils „Verwaltung“ ein Teilbetriebsübergang auf die Beklagte zu 2 vor. Das folge aus der Übernahme der Personalsachbearbeiterin S. und der Übernahme der Bürobetriebsmittel.

Die Klägerin hat, soweit in der Revision noch von Bedeutung, beantragt

festzustellen, daß ihr Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 2 fortbestehe.

Die Beklagte zu 2 hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat behauptet, die Gemeinschuldnerin habe am 30. Mai 1997 allen Arbeitnehmern gekündigt und sie von der Arbeit freigestellt. Ein gemeinsamer Betrieb habe nie bestanden. Sie, die Beklagte zu 2, habe schon immer ihre eigene Identität als Tiefbauunternehmen gehabt, während die betriebliche Identität der Gemeinschuldnerin durch die Nachrichtentechnik geprägt worden sei. Ein Betriebsübergang liege nicht vor. Auch habe die Prokuristin lediglich für die Gemeinschuldnerin gearbeitet.

Das Arbeitsgericht hat die Klage gegen beide Beklagten abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Klägerin zu der Beklagten zu 2 fortbestehe, und die Berufung im übrigen zurückgewiesen. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte zu 2 die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe



Die Revision ist begründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat im wesentlichen ausgeführt, das Arbeitsverhältnis der Klägerin sei gemäß § 613 a BGB auf die Beklagte zu 2 übergegangen. Die Gemeinschuldnerin und die Beklagte zu 2 hätten einen gemeinsamen Betrieb geführt. Das ergebe sich aus der gemeinsamen Leitung der beiden Unternehmen durch den Geschäftsführer und die Prokuristin sowie dem organisatorisch einheitlichen Einsatz der Betriebsmittel und der Arbeitnehmer je nach Bedarf der Unternehmen. Dieser gemeinsame Betrieb sei in dem Ende Mai 1997 bestehenden Umfang am 1. Juni 1997 auf die Beklagte zu 2 übergegangen. Wegen der lückenlosen Weiterverfolgung betrieblicher Aktivitäten über den 1. Juni 1997 hinaus, in aufgrund der Auftragslage vermindertem Umfang, liege eine Betriebsstillegung nicht vor. Der Annahme des Betriebsübergangs stehe nicht entgegen, daß nur ein Teil der Arbeitnehmer und der Betriebsmittel übernommen worden sei. Für die Feststellung der Identität der wirtschaftlichen Einheit komme es nur darauf an, daß die Beklagte zu 2 in die Lage versetzt worden sei, die betriebliche Tätigkeit in dem noch verbliebenen Umfang fortzusetzen. Dieser Umfang habe die betriebliche Identität zuletzt geprägt.

II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Das Landesarbeitsgericht hat einen Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2 zu Unrecht bejaht. Ein Arbeitsverhältnis mit der Klägerin ist zu keinem Zeitpunkt zustande gekommen.

1. Rechtsgeschäftlich ist ein Arbeitsverhältnis lediglich zwischen der Klägerin und der Gemeinschuldnerin begründet worden, nicht auch zu der Beklagten zu 2. Mit dieser ergibt sich ein Arbeitsverhältnis nicht daraus, daß der Klägerin die Buchhaltung beider Unternehmen oblag. Zwar kann mit mehreren Arbeitgebern ein einheitliches Arbeitsverhältnis begründet werden. Das setzt aber voraus, daß der Arbeitnehmer zu mehreren Arbeitgebern in arbeitsvertraglichen Beziehungen steht (*BAG 27. März 1981 - 7 AZR 523/78 - BAGE 37, 1, 10 ff.*). Das war hier nicht der Fall. Die Klägerin behauptet nicht einmal, ein Vertragsverhältnis mit der Beklagten zu 2 sei rechtsgeschäftlich begründet worden. Aus dem etwaigen Vorhandensein eines Gemeinschaftsbetriebs ergibt sich nichts. Das Besondere des Gemeinschaftsbetriebs ist (nur), daß verschiedene Arbeitgeber gemeinsam einen Betrieb führen. Diese sind im Regelfall hieran



mit jeweils ausschließlich eigenen Arbeitnehmern beteiligt (vgl. BAG 27. März 1981 aaO, zu I 1 c der Gründe; 5. März 1987 - 2 AZR 623/85 - BAGE 55, 117, 130 ff., zu B III der Gründe; Senat 26. August 1999 - 8 AZR 588/98 - nv., zu B 1 a der Gründe).

Der Gemeinschaftsbetrieb ist lediglich auf die arbeitstechnische Zusammenarbeit mehrerer Unternehmen in einer einheitlichen Organisation gerichtet. Durch die Zusammenfassung von Betriebsmitteln wird eine größere organisatorische Einheit mit einem einheitlichen Leitungsapparat geschaffen. Diese rechtliche Verbundenheit auf betrieblicher Ebene unterhalb der Unternehmensebene kann zwar den Inhalt der Vertragsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer beeinflussen, ändert aber an deren Selbständigkeit nichts. Weder ist der Wille der Beteiligten auf eine Erweiterung der Haftung gerichtet, noch besteht hierfür irgendein aner kennenswerter Grund. Auch die Klägerin war Dritten gegenüber nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet. Damit ist das Institut des Gemeinschaftsbetriebs nicht sinn- und wertlos. Vielmehr kommt ihm überall da, wo das Gesetz auf den Betrieb und dessen Größe abstellt (zB §§ 1, 9, 38, 42, 99 Abs. 1, 106 Abs. 1, 111 BetrVG; §§ 1 Abs. 1 - 3, 15 Abs. 4 und 5, 17, 23 Abs. 1 KSchG), erhebliche Bedeutung zu. Der Gemeinschaftsbetrieb führt etwa bei betriebsbedingten Kündigungen zu Vorteilen des Arbeitnehmers, weil der Arbeitgeber die Beschäftigungsmöglichkeiten auch bei den anderen Unternehmen ausschöpfen und durchsetzen muß. Ein unmittelbarer Anspruch gegen diese kann daraus aber nicht hergeleitet werden. Die Insolvenz eines der beteiligten Unternehmen ändert an diesen Grundsätzen nichts.

Sonstige Anhaltspunkte für die Annahme eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses auf vertraglicher Grundlage bestehen nicht. Gerade der Wechsel aller Arbeitnehmer der Beklagten zu 2 am 1. Januar 1996 zu der Gemeinschuldnerin zeigt, daß auf die Zuordnung der Arbeitnehmer Wert gelegt wurde. Es ist auch nichts dafür ersichtlich, daß die Beklagte zu 2 in irgendeiner Weise einen Vertrauenstatbestand dahingehend gesetzt hätte, sie werde die Klägerin weiter beschäftigen (vgl. Wiedemann Anm. AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 1 Bl. 8 f.).

2. Ein Betriebsübergang von der Gemeinschuldnerin auf die Beklagte zu 2 liegt nicht vor. Weder bei der Begründung noch bei der Auflösung von deren Zusammenarbeit ist das Arbeitsverhältnis der Klägerin auf die Beklagte zu 2 übergegangen.

a) Mit dem Erwerb der Beklagten zu 2 und der Aufnahme der Zusammenarbeit der beiden Unternehmen war ein Betriebsübergang nicht verbunden, selbst wenn darin



die Begründung eines Gemeinschaftsbetriebs gesehen wird. Ein Betriebsübergang auf eine Betriebsführungsgesellschaft (vgl. hierzu BAG 5. März 1987 aaO, zu B III 1 der Gründe; 11. November 1997 - 1 ABR 6/97 - AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 42 = EzA BetrVG 1972 § 111 Nr. 36, zu II 1 und 2 der Gründe und 29. April 1999 - 2 AZR 352/98 - AP KSchG 1969 § 23 Nr. 21 = EzA KSchG § 23 Nr. 21, zu III 4 der Gründe) liegt nicht vor. Hierfür hat die Klägerin nichts vorgetragen. Mit einer Vereinbarung über die gemeinsame Betriebsführung wird regelmäßig nicht die Befugnis, das Direktionsrecht auszuüben, auf eine Betriebsführungsgesellschaft übertragen, sondern nur das weiterhin bei den einzelnen Unternehmen liegende Direktionsrecht in seiner faktischen Ausübung koordiniert. Auf die Betriebsführungsgesellschaft wird nichts, was die Identität der wirtschaftlichen Einheit ausmacht, übertragen. Das schließt einen Betriebsübergang aus (Senat 26. August 1999 - 8 AZR 588/98 - aaO, zu B 2 b der Gründe).

b) Mit dem Ausscheiden eines Unternehmens als Teilhaber eines Gemeinschaftsbetriebs aus demselben kann ein Teilbetriebsübergang verbunden sein. Das ist nach den von dem Senat seit dem Urteil vom 24. April 1997 (- 8 AZR 848/94 - NZA 1998, 253, zu II 2 b aa der Gründe) in ständiger Rechtsprechung angewandten Kriterien zu beurteilen. So können etwa die verbleibenden Unternehmen gemeinsam oder einzelne von ihnen oder auch ein neu eintretendes Unternehmen den bisher von dem ausscheidenden Unternehmen geführten Betriebsteil übernehmen und fortführen. Bei einer unveränderten Fortführung des Gesamtbetriebs liegt einer dieser Fälle zwingend vor; denn dann wird auch der Teilbetrieb unverändert fortgeführt, so daß ein Teilbetriebsübergang anzunehmen ist (Senat 26. August 1999 - 8 AZR 588/98 - aaO, zu B 2 b der Gründe).

c) Die Klägerin hat - unabhängig davon, ob ein Gemeinschaftsbetrieb bestanden hat - nicht schlüssig vorgetragen, die Beklagte zu 2 habe den bis April/Mai 1997 der Gemeinschuldnerin zugeordneten Betriebsteil im wesentlichen unverändert fortgeführt.

aa) Ein Betriebsübergang setzt die Wahrung der Identität der betreffenden Einheit voraus. Der Begriff Einheit bezieht sich auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine 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 des Betriebes, der etwaige Übergang der materiellen Be-



triebsmittel wie Gebäude und 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. Eine Einheit darf nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden. Die Identität ergibt sich auch aus anderen Merkmalen wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln (*ständige Rechtsprechung des Senats im Anschluß an EuGH 11. März 1997 - Rs C-13/95 - EuGHE I 1997, 1259 [Ayse Süzen ./ Zehnacker Gebäudereinigung] zu Rn. 14; zuletzt EuGH 10. Dezember 1998 - verb. Rs C-173/96 und C-247/96 - NZA 1999, 189, 191 zu Rn. 30 - 32 [Hidalgo]; vgl. nur Senat 22. Mai 1997 - 8 AZR 101/96 - BAGE 86, 20, 28, zu B II 2 b bb der Gründe; 11. Dezember 1997 - 8 AZR 426/94 - BAGE 87, 296, 299, zu B I der Gründe; Senat 18. März 1999 - 8 AZR 159/98 - AP BGB § 613 a Nr. 189 = EzA BGB § 613 a Nr. 177, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu II 1 der Gründe*).

Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- oder Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu (*Senat 13. November 1997 - 8 AZR 375/96 - BAGE 87, 120, 126 f., zu II 1 der Gründe; 11. Dezember 1997 - 8 AZR 426/94 - aaO, zu B I der Gründe jeweils mwN*). Der Betriebsübergang tritt mit dem Wechsel in der Person des Inhabers des Betriebs ein. Der bisherige Inhaber muß seine wirtschaftliche Betätigung einstellen, der neue Inhaber sie im wesentlichen unverändert fortführen. Einer besonderen Übertragung der Leitungsmacht bedarf es daneben nicht (*vgl. Senat 12. November 1998 - 8 AZR 282/97 - AP BGB § 613 a Nr. 186 = EzA BGB § 613 a Nr. 170, zu B I 1 der Gründe; 18. März 1999 - 8 AZR 159/98 - aaO, zu II 1 der Gründe*).

Ob die Identität der Einheit gewahrt worden ist, hängt auch bei einem Baubetrieb von einer Gesamtwürdigung unter Einbeziehung aller bezeichneten Umstände ab. Im Vordergrund stehen die materiellen, immateriellen und personellen Mittel sowie die organisatorischen Konzepte, die der Durchführung der Bauarbeiten dienen und für deren Fortführung von wesentlicher Bedeutung sind. Ohne eine im wesentlichen unveränderte Fortführung der wirtschaftlichen Betätigung im Betrieb kann von einem Erhalt der wirtschaftlichen Einheit regelmäßig keine Rede sein. Führt ein anderer Unternehmer einen erheblich eingeschränkten und grundlegend anders organisierten Betrieb mit den sächlichen Betriebsmitteln eines früheren Betriebsinhabers, so liegt nicht ohne weiteres ein Betriebsübergang in Verbindung mit einer Änderung des Betriebs durch



den zweiten Unternehmer vor. Vielmehr ist die von vornherein auf Dauer eingeschränkte und anders organisierte Betriebstätigkeit auch bei der Prüfung des Übergangs eines "Baubetriebs" zu würdigen.

bb) Bei der gebotenen Gesamtwürdigung kann entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht festgestellt werden, die Identität des Betriebs der Gemeinschuldnerin oder des - unterstellten - gemeinsamen Betriebes sei durch die Beklagte zu 2 gewahrt worden.

Die Beklagte zu 2 führt die Tätigkeit der Gemeinschuldnerin in wesentlich eingeschränktem Umfang mit verändertem Zweck und anders organisiert fort. Die Gemeinschuldnerin war im wesentlichen, nämlich zu 70 %, mit Montage- und Kabelverlegearbeiten beschäftigt, Tiefbauarbeiten wurden nur zu 30 % durchgeführt. Demgegenüber ist die Beklagte zu 2 nach wie vor nur im Tiefbau tätig. Von den zuletzt noch 30 Arbeitnehmern sind unstreitig nur 10 übernommen worden. Insoweit hat auch die Klägerin nicht behauptet, die Beklagte zu 2 habe zusätzliche Mitarbeiter eingestellt, um den bisherigen Betrieb aufrechtzuerhalten.

Von dem Anlagevermögen ist nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nur ein geringer Teil übernommen worden, nämlich 1/10 bis 1/7.

Die Auffassung des Landesarbeitsgerichts, die Identität sei gewahrt worden, weil es allein auf die Auftragslage zum Zeitpunkt der Übernahme der Arbeitnehmer am 1. Juni 1997 ankomme und der in diesem Zeitpunkt noch vorhandene BVG-Auftrag übernommen worden sei, trifft nicht zu. Maßgeblich sind zwar grundsätzlich die Umstände bei Vollendung des Betriebsübergangs. Folgt man der Annahme des Landesarbeitsgerichts, es liege keine Betriebsstillegung vor, so kann doch mangels gegenteiliger Hinweise nicht darauf geschlossen werden, die Gemeinschuldnerin habe zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht mehr überwiegend auf dem Gebiet der Nachrichtentechnik mit Montage- und Kabelverlegearbeiten tätig werden wollen. Der Betrieb der Gemeinschuldnerin hat nicht lediglich in dem zeitlich begrenzten BVG-Auftrag bestanden. Aus der bloßen Auftragsnachfolge kann nicht auf einen Betriebsübergang geschlossen werden.

Die Wahrung der Identität ergibt sich nicht aus der Übernahme der Hauptbelegschaft. In Branchen, in denen es im wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Die Wahrung



ihrer Identität ist 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. Die Beklagte zu 2 hat die Hauptbelegschaft nicht übernommen. Sie beschäftigt unstreitig nur 1/3 der zuletzt noch bei der Gemeinschuldnerin tätigen Arbeitnehmer weiter. Es ist auch nicht ersichtlich, daß diese übernommenen Arbeitnehmer eine prägende Bedeutung für den Betrieb gehabt hätten. Allein die Weiterbeschäftigung eines Bauleiters genügt jedenfalls nicht.

Deswegen hat die Beklagte zu 2 keinen rationalisierten Betrieb übernommen (vgl. Senat 18. Juli 1996 - 8 AZR 127/94 - BAGE 83, 302, 305 f., zu I 2 der Gründe), sondern im Sinne einer bloßen Funktionsnachfolge die Geschäfte mit einem kleineren, mit weniger Personal neu organisierten Betrieb fortgeführt (vgl. Senat 23. September 1999 - 8 AZR 616/98 - nv., zu II 2 c der Gründe).

d) Die Beklagte zu 2 hat nicht einen etwaigen Betriebsteil „Verwaltung“ übernommen.

aa) Es erscheint schon zweifelhaft, ob die Verwaltung der Gemeinschuldnerin bzw. des Gemeinschaftsbetriebs überhaupt einen Betriebsteil darstellte. Betriebsteil ist eine Teilorganisation, in der sächlich und organisatorisch abgrenzbare arbeitstechnische Teilzwecke erfüllt werden, bei denen es sich um bloße Hilfsfunktionen handeln kann (BAG 9. Februar 1994 - 2 AZR 666/93 - AP BGB § 613 a Nr. 105 = EzA BGB § 613 a Nr. 116, zu II 3 a der Gründe mwN; Senat 24. April 1997 - 8 AZR 848/94 - aaO, zu II 2 b aa der Gründe; 11. September 1997 - 8 AZR 555/95 - BAGE 86, 271, 277 f., zu B 3 b der Gründe; 13. November 1997 - 8 AZR 52/96 - nv., zu B I 2 a der Gründe; 11. Dezember 1997 - 8 AZR 426/94 - aaO, zu B I 2 a der Gründe). Der Verwaltung eines Unternehmens kommt gegenüber anderen Bereichen nicht in jedem Fall die erforderliche Eigenständigkeit zu, um einen selbständig übertragungsfähigen Betriebsteil annehmen zu können. Ob das im Streitfall anders war, weil auch die Verwaltungsarbeiten für die Beklagte zu 2 erledigt wurden, kann dahingestellt bleiben.

bb) Es kann nicht festgestellt werden, daß die Beklagte zu 2 eine bestehende Arbeitsorganisation identitätswahrend übernommen hat. Nach den bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Beklagte zu 2 im April 1997 lediglich 1/20 der Büroausstattung übernommen. Nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin bestand die Verwaltung/Buchhaltung bei der Gemeinschuldnerin zuletzt lediglich aus der Kläge-



rin und der von der Beklagten zu 2 übernommenen Frau Schönherr. Die Übernahme einer von zwei Arbeitnehmerinnen führt nicht dazu, daß eine Abteilung identitätswahrend übergeht (*Senat 21. Januar 1999 - 8 AZR 298/98 - nv., zu II 1 c bb der Gründe*). Die Verwaltungsarbeiten wurden auch nicht im wesentlichen unverändert fortgeführt. Vielmehr wurden Buchhaltung und Personalbereich der Gemeinschuldnerin abgewickelt.

e) Ob bei der Gemeinschuldnerin ein Teilbetrieb "Tiefbau" bestand und auf die Beklagte zu 2 übergegangen ist, kann dahingestellt bleiben; denn die Klägerin kann einem solchen Teilbetrieb nicht zugeordnet werden. Der Übergang eines Arbeitsverhältnisses setzt voraus, daß der Arbeitnehmer dem übertragenen Betriebsteil angehört. Nicht ausreichend ist es, wenn er, ohne dem Betriebsteil anzugehören, Tätigkeiten für den übertragenen Betriebsteil verrichtet (*Senat 11. September 1997 - 8 AZR 555/95 - aaO, zu B 3 a der Gründe; 13. November 1997 - 8 AZR 375/96 - aaO, zu II 3 der Gründe; 21. Januar 1999 - 8 AZR 298/98 - nv., zu II 1 b aa der Gründe; EuGH 7. Februar 1985 - Rs 186/83 - Slg. 1985, 519, 528 Nr. 16 [Botzen]; EuGH 12. November 1992 - Rs C-209/91 - EuGHE I 1992, 5755 [Rask], zu Nr. 16 der Gründe*). Es kommt nicht darauf an, ob der verbleibende Restbetrieb fortgesetzt werden könnte (*BAG 13. November 1997 - 8 AZR 375/96 - aaO, zu II 2 g der Gründe*). Die Klägerin macht selbst nicht geltend, sie habe einem Teilbetrieb "Tiefbau" angehört.

3. Es bedarf nicht der von der Klägerin angeregten Vorlage an den EuGH. Das letztinstanzlich entscheidende Gericht hat zwar gemäß Art. 234 EGV (= Art. 177 Abs. 3 EWG-Vertrag) dem EuGH die Fragen in einem Vorabentscheidungsverfahren vorzulegen, in denen Zweifel über den Anwendungsbereich der Richtlinie bestehen. Diese Voraussetzung liegt aber nicht vor. Zweifel über den Anwendungsbereich der EWG-Richtlinie 77/187 bestehen nicht. Die entscheidungserheblichen Fragen sind in der Rechtsprechung des EuGH hinreichend geklärt. Der EuGH hat die Kriterien für einen Betriebsübergang wiederholt ausführlich dargelegt (*vgl. nur 11. März 1997 - Rs C-13/95 - aaO; 10. Dezember 1998 - verb. Rs C-173/96 u. C-247/96 - aaO, Rn. 25, 30 - 32 der Gründe; 10. Dezember 1998 - verb. Rs C-127/96, C-229/96 u. C-74/97 - [Hernandez], NZA 1999, 253, zu Nr. 29 - 32 der Gründe*). Dieser Rechtsprechung hat sich der Senat angeschlossen. Die Würdigung, ob die tatsächlichen Umstände insgesamt die Annahme eines Betriebsübergangs rechtfertigen, obliegt den nationalen Gerichten. Zudem hat der EuGH bereits entschieden, das Arbeitsverhältnis gehe nicht schon dann über, wenn der Arbeitnehmer, ohne dem Betriebsteil anzugehören, be-



stimmte Tätigkeiten mit Betriebsmitteln des übertragenen Betriebsteils verrichtete (*EuGH 7. Februar 1985 und 12. November 1992 jeweils aaO*). Ob dies auch der Fall ist, wenn der gesamte Betrieb mit Ausnahme der Verwaltung übernommen wird, bedarf keiner Entscheidung. Der Betrieb der Gemeinschuldnerin ist nicht im Sinne der Richtlinie 77/187 auf die Beklagte zu 2 übergegangen.

4. Zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2 ist ein Arbeitsverhältnis nicht gemäß § 10 AÜG zustande gekommen. Die Voraussetzungen für eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung liegen nicht vor. Bestand zwischen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten zu 2 ein Gemeinschaftsbetrieb, so schließt allein das eine Arbeitnehmerüberlassung aus (*BAG 3. Dezember 1997 - 7 AZR 764/96 - BAGE 87, 186, 190 f.*). Lag ein Gemeinschaftsbetrieb nicht vor, fehlte es ebenfalls an der erforderlichen Eingliederung der Klägerin in den Betrieb der Beklagten zu 2 (*vgl. zu diesem Erfordernis BAG 9. November 1994 - 7 AZR 217/94 - BAGE 78, 252, 258 ff., zu III der Gründe; 26. April 1995 - 7 AZR 850/94 - AP AÜG § 1 Nr. 19 = EzA AÜG § 1 Nr. 6, zu II 2 der Gründe*).

III. Die Klägerin hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen.

Ascheid

Dr. Wittek

Mikosch

E. Schmitzberger

Dr. Scholz



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

