

Aktenzeichen: 8 AZR 328/96
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 14. Mai 1998
- 8 AZR 328/96 -

I. Arbeitsgericht
Gießen

Urteil vom 26. April 1995
- 3 Ca 76/95 -

II. Hessisches
Landesarbeitsgericht

Urteil vom 25. Januar 1996
- 5 Sa 1104/95 -

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

Entscheidungsstichwort:

Betriebsübergang - Neuvergabe eines Bewachungsauftrags

Gesetz:

BGB § 613 a; KSchG § 1; BetrVG § 102

Leitsätze:

K e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

8 AZR 328/96

5 Sa 1104/95 Hess. LAG

Verkündet am
14. Mai 1998

Klapp,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

pp.



hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Mai 1998 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ascheid, die Richter Dr. Wittek und Dr. Mikosch sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Krause und Schmitzberger für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 25. Januar 1996 - 5 Sa 1104/95 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

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

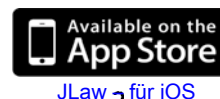
T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer ordentlichen Kündigung der Beklagten.

Der Kläger wurde im Oktober 1991 von der Streitverkündeten als Wachmann eingestellt. § 6 des Arbeitsvertrags vom 17. August 1993 lautete wie folgt:



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



- 3 -

- "1. Der Arbeitnehmer wird für die Dauer des Bewachungsvertrages bei der Hess. Erstaufnahmeeinrichtung für Flüchtlinge, G , eingestellt.
2. Das Arbeitsverhältnis endet mit dem Erreichen des Zweckes, ohne daß es des Ausspruches einer Kündigung bedarf.
3. Unabhängig von der Befristung, kann der Vertrag laut Manteltarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer des Bewachungsgewerbes in Bayern/Hessen ordentlich gekündigt werden."

Seit September 1993 war der Kläger ausschließlich in dem genannten Bewachungsobjekt Erstaufnahmелager G eingesetzt. Das Land Hessen kündigte den Bewachungsvertrag für dieses Objekt gegenüber der Streitverkündeten zum 30. November 1994. Bei der Neuvergabe kam die Streitverkündete nicht mehr zum Zuge. Das Land schloß einen neuen Bewachungsvertrag mit Wirkung ab 1. Dezember 1994 mit dem beklagten Bewachungsunternehmen ab. Daraufhin kündigte die Streitverkündete dem Kläger am 14. November 1994 ordentlich zum 30. November 1994. Die deswegen vom Kläger erhobene Kündigungsschutzklage endete am 31. Januar 1995 mit folgendem Vergleich:

- "1. Die Parteien sind sich darüber einig, daß das Arbeitsverhältnis aufgrund der Entziehung des Bewachungsauftrages zum 30. November 1994 und der Übertragung des Bewachungsauftrages auf die Firma S ab dem 1. Dezember 1994 gegenüber der Beklagten zum 30. November 1994 sein Ende gefunden hat.
2. Die Beklagte verpflichtet sich, an den Kläger ... eine Abfindung in Höhe von 500,-- DM zu zahlen.

... "



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

Der Kläger war dann seit dem 1. Dezember 1994 als Wachmann bei der Beklagten beschäftigt. Er nahm weiterhin Bewachungsaufgaben im Erstaufnahmelaager G wahr. Die Beklagte beschäftigte in dem maßgeblichen Betrieb in der Regel mehr als fünf Arbeitnehmer ausschließlich der Auszubildenden. Sie kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 8. Februar 1995, zugegangen am 13. Februar 1995, "innerhalb der Probezeit mit einer eintägigen Kündigungsfrist nach Zugang".

Mit der am 20. Februar 1995 beim Arbeitsgericht eingereichten Klage hat der Kläger geltend gemacht, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt; das Arbeitsverhältnis habe seit Oktober 1991 bestanden und sei am 1. Dezember 1994 gemäß § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Beklagte übergegangen. Er hat behauptet, die Beklagte habe ab dem 1. Dezember 1994 alle Betriebsmittel übernommen, die zur Durchführung des ihr neu erteilten Auftrages erforderlich seien, nämlich Räume, Ausstattung und sonstige Einrichtungen. Sie habe von dem Auftraggeber alles erhalten, was zuvor der Streitverkündeten zur Verfügung gestanden habe. Sie habe außer ihm drei weitere Arbeitnehmer, die nach wie vor im Erstaufnahmelaager G Wachdienste leisteten, übergangslos übernommen. Der Betriebsrat sei vor Ausspruch der Kündigung nicht ordnungsgemäß angehört worden. Ob im Betrieb der Beklagten ein Betriebsrat bestehe, sei ihm, dem Kläger, freilich nicht bekannt.

Der Kläger hat, soweit in der Revisionsinstanz noch von Bedeutung, beantragt



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



- 5 -

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 8. Februar 1995 nicht aufgelöst worden sei.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, ein Betriebsübergang liege nicht vor.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers durch sog. unechtes Versäumnisurteil zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klagantrag weiter.

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

I. Die Revision ist entgegen der Auffassung der Beklagten zulässig. Die Revisionsbegründung nennt die Richtlinie 77/187 EWG als verletzte Rechtsnorm und setzt sich mit dem angefochtenen Urteil in noch ausreichender Form auseinander (§ 554 Abs. 3 Nr. 3 ZPO). Die Revision ist aber nicht begründet. Zwar war die Berufung des Klägers zulässig, weil für die Berufungsbegründung Entsprechendes wie für die Revisionsbegründung gilt. Die Vorinstanzen haben jedoch die Kündigung im Ergebnis zu Recht als rechtswirksam angesehen.

II. Das Landesarbeitsgericht hat zur Begründung der klagabweisenden Entscheidung im wesentlichen ausgeführt:



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



- 6 -

Die Kündigung der Beklagten vom 8. Februar 1995 sei nicht unwirksam. Der Kläger hätte im Hinblick auf § 102 BetrVG Näheres dazu vortragen müssen, daß ein Betriebsrat gebildet sei. Er habe die Wartefrist des Kündigungsschutzgesetzes nicht erfüllt. Ein Betriebsübergang liege weder nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts noch unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs vor. Aus dem Vortrag des Klägers sei noch nicht erkennbar, daß die vier übernommenen Arbeitnehmer einen wesentlichen Teil der in der Einrichtung beschäftigten Arbeitnehmer darstellten; deshalb könne von der Bewahrung einer wirtschaftlichen Einheit unter diesem Aspekt nicht ausgegangen werden. Ein Betriebsübergang wäre aber selbst dann nicht anzunehmen, wenn ein überwiegender Teil der Arbeitnehmer der Streitverkündeten nach dem Auftragswechsel bei der Beklagten weitergearbeitet hätte. Es sei nämlich nach der Art beider Unternehmen nicht erkennbar, daß der Bewachungsauftrag für ein einzelnes Objekt überhaupt eine wirtschaftliche Einheit darstelle. Der bloße Auftragswechsel sei kein Betriebsübergang. Die Dienstleistungsaufträge seien zumeist zeitlich befristet und damit nicht auf Dauer angelegt. Zweck der Bewachungsunternehmen sei es gerade, wechselnde Aufträge bei wechselnden Objekten auszuführen.

III. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält im Ergebnis den Angriffen der Revision stand.

1. Die Kündigung ist nicht gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Der Vortrag des Klägers hierzu ist nicht schlüssig.

§ 102 BetrVG gilt nur in Betrieben, in denen ein Betriebsrat ge-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

bildet ist. Die Darlegungs- und Beweislast liegt insoweit beim Arbeitnehmer (KR-Etzel, 4. Aufl., § 102 BetrVG Rz 192 a). Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts hätte der Kläger zwar angesichts der Säumnis der Beklagten nichts Näheres zur Bildung eines Betriebsrats vortragen müssen. Der Kläger mußte nur vortragen, daß ein Betriebsrat im Betrieb gebildet sei (§ 542 Abs. 2 ZPO). Gerade dies hat er aber nicht getan. Er hat nur vortragen, ihm sei nicht bekannt, ob ein Betriebsrat bestehe. Es fehlt somit an der erforderlichen Bestimmtheit der Behauptung.

2. Die Kündigung ist nicht gemäß § 1 Abs. 1 KSchG rechtsunwirksam. Zwar hat die Beklagte keine Kündigungsgründe im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG dargelegt. Jedoch liegen die zeitlichen Voraussetzungen des allgemeinen Kündigungsschutzes nach § 1 Abs. 1 KSchG (mehr als sechsmonatiger ununterbrochener Bestand des Arbeitsverhältnisses in demselben Betrieb oder Unternehmen) nicht vor. Das Arbeitsverhältnis ist erst ab 1. Dezember 1994 begründet worden. Die bei der Streitverkündeten zurückgelegte Dauer des Arbeitsverhältnisses kann nicht auf die Wartezeit angerechnet werden, da die Beklagte nicht gemäß § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB in das Arbeitsverhältnis eingetreten ist. Die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs liegen nicht vor.

a) Der Senat hat die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs bei der Neuvergabe von Bewachungsaufträgen im einzelnen im Urteil vom 22. Januar 1998 (- 8 AZR 775/96 - zur Veröffentlichung vorgesehen, zu B I 1 der Gründe, m.w.N.; ebenso Beschluß vom 22. Januar 1998 - 8 ABR 83/96 -, n.v.) dargestellt. Danach gilt folgendes:



aa) Ein Betriebsübergang setzt die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit voraus. Der Begriff Einheit bezieht sich auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur 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 Betriebes, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel 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 allerdings nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden. Die Identität der Einheit ergibt sich auch aus anderen Merkmalen, wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln.

bb) Soweit in Branchen, in denen es im wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden sind, eine wirtschaftliche Einheit darstellt, kann eine solche Einheit ihre Identität über ihren Übergang hinaus bewahren, wenn der neue Unternehmensinhaber 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 der bloße Verlust eines Auftrags an einen Mitbewerber für sich genommen keinen Betriebsübergang dar. Das zuvor beauftragte Dienstleistungsunternehmen verliert zwar einen Kunden, besteht aber weiter, ohne daß einer seiner Betriebe oder Betriebsteile auf den neuen Auftragnehmer übertragen worden wäre. Ist zur Erfüllung des jeweiligen Auftrags die Nutzung von durch den Auftraggeber gestellten Arbeitsmitteln und Einrichtungen geboten, hat eine wertende Beurteilung zu erfolgen, ob diese dem Betrieb des Auftragnehmers als eigene Betriebsmittel zugeordnet werden können. Nur dann sind sie in die Gesamtabwägung, ob ein Betriebsübergang stattgefunden hat, einzubeziehen.

cc) Einem Betrieb sind auch solche Gebäude, Maschinen, Werkzeuge oder Einrichtungsgegenstände als sächliche Betriebsmittel zuzurechnen, die nicht im Eigentum des Betriebsinhabers stehen, sondern die dieser aufgrund einer mit Dritten getroffenen Nutzungsvereinbarung zur Erfüllung seines Betriebszwecks einsetzen kann. Die Nutzungsvereinbarung kann als Pacht, Nießbrauch oder als untypischer Vertrag ausgestaltet sein. Wesentlich ist, daß dem Berechtigten Betriebsmittel zur eigenwirtschaftlichen Nutzung überlassen sind. Erbringt der Auftragnehmer dagegen nur eine (Dienst-)Leistung an fremden Geräten und Maschinen innerhalb fremder Räume, ohne daß ihm die Befugnis eingeräumt ist, über Art und Weise der Nutzung der Betriebsmittel in eigenwirtschaftlichem Interesse zu entscheiden, können ihm diese Betriebsmittel nicht als eigene zugerechnet werden.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

dd) Maßgebliches Unterscheidungskriterium für die Frage, ob im Eigentum des Auftraggebers stehende Arbeitsmittel Betriebsmittel des sie nutzenden Auftragnehmers sind, ist die Art der vom Auftragnehmer am Markt angebotenen Leistung. Da eine wertende Zuordnung vorzunehmen ist, ist eine typisierende Betrachtungsweise zulässig. Handelt es sich um eine Tätigkeit, für die regelmäßig Maschinen, Werkzeuge, sonstige Geräte oder Räume innerhalb eigener Verfügungsmacht und aufgrund eigener Kalkulation eingesetzt werden müssen, sind auch nur zur Nutzung überlassene Arbeitsmittel dem Betrieb oder dem Betriebsteil des Auftragnehmers zuzurechnen. Ob diese Betriebsmittel für die Identität des Betriebes wesentlich sind, ist Gegenstand einer gesonderten Bewertung. Wird dagegen vom Auftragnehmer eine Leistung angeboten, die er an den jeweiligen Einrichtungen des Auftraggebers zu erbringen bereit ist, ohne daß er daraus einen zusätzlichen wirtschaftlichen Vorteil erzielen und ohne daß er typischerweise über Art und Umfang ihres Einsatzes bestimmen könnte, gehören diese Einrichtungen nicht zu den Betriebsmitteln des Auftragnehmers.

b) Im Streitfalle führt die Anwendung dieser Grundsätze zur Verneinung eines Betriebsübergangs. Zwar kann davon ausgegangen werden, daß die von der Streitverkündeten organisierte und mit bestimmten Arbeitnehmern verantwortlich durchgeführte Bewachung des Erstaufnahmefängers G eine wirtschaftliche Einheit darstellte. Diese Einheit ist aber nicht erhalten geblieben. In der Neuvergabe des Bewachungsauftrags an die Beklagte lag eine bloße Funktionsnachfolge. Die Beklagte hat nicht mit der Hauptbeleg-



schaft der Streitverkündeten im wesentlichen unverändert weitergearbeitet. Der Kläger hat nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nur behauptet, es seien vier Arbeitnehmer übernommen worden. Die Wertung des Landesarbeitsgerichts, es sei nicht erkennbar, ob es sich um einen wesentlichen Teil der Beschäftigten gehandelt habe, ist danach nicht zu beanstanden. Wenn der Kläger dazu in der Revisionsbegründung nur ausführt, nach seinem Vortrag seien nahezu alle vormals bei der Streitverkündeten beschäftigten Arbeitnehmer von der Beklagten übernommen worden, davon, daß der größere Teil der Belegschaft entlassen worden sei, könne keine Rede sein, so stellt das keine ordnungsgemäße Revisionsrüge dar.

Die Beklagte hat von der Streitverkündeten keine sächlichen oder immateriellen Betriebsmittel übernommen. Soweit der Kläger geltend gemacht hat, die Beklagte habe von dem Auftraggeber Räume, Ausstattung und Sicherungseinrichtungen erhalten, handelt es sich nicht um Betriebsmittel der Beklagten für eine eigenwirtschaftliche Kalkulation (vgl. Senatsurteil vom 22. Januar 1998, aaO, zu B I 2 der Gründe). Der Vortrag des Klägers, die Beklagte habe alles erhalten, was zuvor der Streitverkündeten zur Verfügung gestanden habe, ist unsubstantiiert und deshalb unschlüssig; denn der Vortrag läßt nicht erkennen, um welche Betriebsmittel es sich handeln soll.

Auf die Hilfsbegründung des Landesarbeitsgerichts kommt es demnach nicht mehr an. Deshalb bleibt unerheblich, daß das Landesarbeitsgericht hier eine dauerhafte Tätigkeit zu Unrecht ver-



neint und die Übernahme der Hauptbelegschaft unzutreffend einordnet.

3. Eine Rechtsunwirksamkeit der Kündigung aus anderen Gründen wird vom Kläger nicht geltend gemacht. Hierfür bestehen auch keine Anhaltspunkte.

4. Die wirksame Kündigung hat das Arbeitsverhältnis fristgemäß zum 14. Februar 1995 aufgelöst. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur Kündigungsfrist (zulässige Bezugnahme auf das Urteil des Arbeitsgerichts) sind nicht zu beanstanden und werden von der Revision auch nicht angegriffen.

IV. Der Kläger hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen.

Ascheid

Dr. Wittek

Mikosch

Krause

E. Schmitzberger

