

Aktenzeichen: 8 AZR 426/94
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 11. Dezember 1997
- 8 AZR 426/94 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 09. Juli 1993
- 44 Ca 26697/92 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 18. März 1994
- 10 Sa 132/93 -

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

Entscheidungsstichwort:

Betriebsübergang durch Neuvergabe eines Catering-Vertrages

Gesetz:

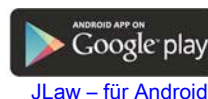
Richtlinie 77/187 EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen; BGB § 613 a

Leitsätze:

Einem Betrieb im Sinne von § 613 a BGB 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 ein 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
[\(mobile App\)](#)



8 AZR 426/94

10 Sa 132/93 Berlin

Verkündet am
11. Dezember 1997

Backes,
Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

PP.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos
Über 200 Gesetze

[\(mobile App\)](#)

Über 100.000 Urteile



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. Dezember 1997 durch den Richter Dr. Wittek als Vorsitzenden, die Richter Dr. Müller-Glöge und Dr. Mikosch sowie die ehrenamtlichen Richter Schömburg und Hickler für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten zu 1. gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 18. März 1994 - 10 Sa 132/93 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte zu 1. 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 Klägerin und die Beklagte zu 1. streiten in der Revisionsinstanz noch darüber, ob zwischen ihnen im Zeitraum vom 1. Oktober bis zum 31. Dezember 1992 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Die Beklagte zu 1. ist ein bundesweit tätiges Catering-Unternehmen. Die Klägerin war seit dem 9. Juni 1986 bei der Beklagten zu 1. beschäftigt, zuletzt als Betriebsleiterassistentin. Sie erhielt bei einer Arbeitszeit von 30 Stunden wöchentlich eine Bruttomonatsvergütung in Höhe von 2.100,-- DM. Arbeitsvertraglich war eine Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Quartal vereinbart.

Die P

GmbH (fortan: P) beauftragte



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



- 3 -

die Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 1. mit dem Verpflegungservice in ihrem Betrieb. Hierzu rechneten nach dem maßgeblichen Bewirtschaftungsvertrag vom 25. Oktober 1985 die Führung des Betriebsrestaurants, die Zubereitung und Ausgabe der Zwischenverpflegung, die Beschickung der vorhandenen Automaten sowie die Abwicklung des Gästeservices und die Ausgestaltung von Sonderveranstaltungen. Die P zahlte der Beklagten zu 1. einen fixen monatlichen Bewirtschaftungszuschuß in vereinbarter Höhe. Die Beklagte zu 1. setzte eine Assistentin des Betriebsleiters, zwei Köchinnen und fünf Küchenhilfen ein. Die Stelle der Betriebsleiterassistentin nahm die Klägerin wahr.

Die Beklagte zu 1. kündigte den Bewirtschaftungsvertrag zum 30. September 1992. Im Rahmen einer Neuausschreibung erteilte die P der Beklagten zu 2. mit Wirkung ab 1. Oktober 1992 den Auftrag zur Lieferung und Versorgung mit Speisen und Getränken in den Gebäuden ihres Betriebes. In dem zugrundeliegenden Auftrag vom 27. August 1992 ist vereinbart, daß die gesamte Lieferung der Speisen und Getränke im Namen und für Rechnung der P erfolgt. Die P leistet der Beklagten zu 2. eine monatlich zahlbare Vergütung.

Mit Schreiben vom 21. August 1992, das der Klägerin am 26. August 1992 zuging, kündigte die Beklagte zu 1. das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 30. September 1992 unter Bezugnahme auf die Beendigung des Vertragsverhältnisses zur P

Mit der am 11. September 1992 beim Arbeitsgericht eingereichten Klage hat die Klägerin die Unwirksamkeit der Kündigung



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



geltend gemacht. Sie hat die Auffassung vertreten, die Beklagte zu 2. führe den zuvor von der Beklagten zu 1. in den Räumen der P unterhaltenen Betrieb fort, so daß ein Fall des § 613 a BGB vorliege.

Die Klägerin hat, soweit in der Revisionsinstanz noch erheblich, beantragt

festzustellen, daß das seit dem 9. Juni 1986 bestehende Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten zu 1. vom 21. August 1992 nicht aufgelöst worden ist und seit dem 1. Oktober 1992 zu der Beklagten zu 2. fortbesteht;

hilfsweise

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten zu 1. nicht aufgelöst ist, sondern zu dieser fortbesteht.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte zu 1. hat die Auffassung vertreten, es liege ein Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2. vor.

Die Beklagte zu 2. hat geltend gemacht, es sei ein neuer Dienstleistungsvertrag geschlossen worden. Materielle oder immaterielle Betriebsmittel seien nicht übertragen worden.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung und den Hilfsantrag der Klägerin festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Klägerin zur Beklagten zu 1. durch die Kündigung vom 21. August 1992 nicht zum



30. September 1992, sondern mit Ablauf des 31. Dezember 1992 aufgelöst worden sei. Im übrigen hat es die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen.

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

Die Revision der Beklagten zu 1. ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht entschieden, daß in der Zeit vom 1. Oktober 1992 bis zum 31. Dezember 1992 ein Arbeitsverhältnis der Klägerin zur Beklagten zu 1. bestanden hat.

A. Das Landesarbeitsgericht hat im wesentlichen ausgeführt:

Die Kündigung vom 21. August 1992 habe das Arbeitsverhältnis der Klägerin zur Beklagten zu 1. mit der einzelvertraglich vereinbarten Kündigungsfrist zum 31. Dezember 1992 aufgelöst. Die Kündigung sei nicht gemäß § 613 a Abs. 4 BGB oder § 1 KSchG unwirksam, und das Arbeitsverhältnis der Klägerin sei nicht mit Wirkung vom 1. Oktober 1992 auf die Beklagte zu 2. übergegangen. Die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs hätten nicht vorgelegen. Ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts habe die Klägerin nicht dargelegt, daß die Beklagte zu 1. in Räumlichkeiten der P einen Betrieb oder Betriebsteil unterhalten habe. Die Beschäftigung von insgesamt acht Mitarbeitern allein stelle keinen Betriebsteil dar, denn es sei nicht erkennbar, inwieweit es sich um eine organisatorische Einheit gehandelt habe, die für sich einen arbeitstechnischen Zweck verfolgt habe.



- 6 -

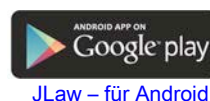
Ein Auftrag allein sei weder ein Betrieb noch ein Betriebsteil. Darüber hinaus fehle es an einem rechtsgeschäftlichen Übergang im Sinne von § 613 a BGB. Von der Beklagten zu 1. seien weder sächliche noch immaterielle Mittel vertraglich auf die Beklagte zu 2. übertragen worden. Die Beklagte zu 2. sei auch nicht in den Dienstleistungsvertrag der Beklagten zu 1. eingetreten. Vielmehr habe die Beklagte zu 2. einen inhaltlich abweichenden Dienstleistungsvertrag mit der P geschlossen. Danach sei die Beklagte zu 2. zur Ausgabe von Speisen für Rechnung der P verantwortlich. Ihr Kunde sei damit die P, nicht aber die Arbeitnehmer dieser Firma.

B. Das Berufungsurteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin hat in der Zeit vom 1. Oktober 1992 bis zum 31. Dezember 1992 zur Beklagten zu 1. bestanden, denn das Arbeitsverhältnis ist nicht gemäß § 613 a BGB auf die Beklagte zu 2. übergegangen.

I. Nach der für die Auslegung des § 613 a BGB maßgeblichen Rechtsprechung des EuGH (vgl. nur Urteil vom 11. März 1997 - Rs C-13/95 - Slg 1997-3, I-1259 = DB 1997, 628 f., Ayse Sützen/Zehnacker Gebäudereinigung) setzt ein Übergang im Sinne der EWG-Richtlinie Nr. 77/187 des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit voraus. Der Begriff Einheit bezieht sich danach auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit ei-



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



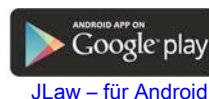
- 7 -

gener 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 nur 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.

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 Übergang im Sinne der Richtlinie dar. Das zuvor beauftragte



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



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.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wie auch des EuGH zum Betriebsübergang beim Pächterwechsel (vgl. BAG Urteil vom 25. Februar 1981 - 5 AZR 991/78 - BAGE 35, 104 = AP Nr. 24 zu § 613 a BGB; BAG Urteil vom 26. Februar 1987 - 2 AZR 768/85 - AP Nr. 59 zu § 613 a BGB; Senatsurteil vom 27. April 1995 - 8 AZR 197/94 - BAGE 80, 74 = AP Nr. 128 zu § 613 a BGB; EuGH Urteil vom 10. Februar 1988 - Rs 324/86 - EuGHE 1988, 739 [Daddy's Dance Hall]; EuGH Urteil vom 15. Juni 1988 - Rs 101/87 - EuGHE 1988, 3057 [Bork]) sind einem Betrieb 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 Maschi-



nen 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.

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.

II. Unter Zugrundelegung dieser Voraussetzungen ist kein Betrieb oder Betriebsteil, in dem die Klägerin beschäftigt war, von der Beklagten zu 1. auf die Beklagte zu 2. übergegangen. Bei der ge-



botenen Gesamtwürdigung kann nicht von der Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit "Catering im Betriebsrestaurant der P " ausgegangen werden.

1. Die Beklagte zu 1. hat unter Verwendung von ihr beschaffter Lebensmittel, von ihr gestellter Hilfsmittel und der ihr von der P zur Benutzung überlassenen Arbeitsmittel den Dienstleistungsauftrag der P durchgeführt. Diesen Auftrag hat die Beklagte zu 1. gekündigt und im Rahmen der Neuausschreibung nicht wiedergewonnen. Vielmehr hat die P der Beklagten zu 2. einen in der Sache vergleichbaren Dienstleistungsauftrag erteilt. Danach verpflichtet sich das Catering-Unternehmen, die Beschäftigten der Auftraggeberin mit Speisen und Getränken zu versorgen. Die Beklagte zu 2. als Catering-Unternehmen handelt in der Beziehung zu den Mitarbeitern namens und auf Rechnung der Auftraggeberin. Die Beklagte zu 2. entfaltet ihre betriebliche Tätigkeit in den Räumen der P und unter Verwendung von Arbeitsmitteln der P. Diese Nutzung erfolgt jedoch, anders als in einem Pachtfall, nicht eigenwirtschaftlich, sondern zur Erfüllung ihrer im Verhältnis zur P begründeten Dienstleistungspflicht. Sie schuldet die Arbeit an und mit den Mitteln der Auftraggeberin. Die Versorgung der Mitarbeiter der P ist Betriebszweck der von der P unterhaltenen Kantine, während das Catering-Unternehmen der Beklagten zu 2. das Betreiben einer fremden Kantine zum Betriebszweck hat. Dies wird auch daran deutlich, daß die P als Auftraggeberin zur Unterhaltung und Reinigung der Räumlichkeiten verpflichtet ist. Sie hat die Wartungskosten in vollem Umfange zu tragen. Schwund und Bruch gehen zu ihren Lasten.



2. Das Landesarbeitsgericht hat mit Recht angenommen, daß die Beklagte zu 2. kein Betriebssubstrat der Beklagten zu 1. übernommen hat. Materielle Betriebsmittel sind nicht übergegangen, denn die Arbeitsmittel, an und mit denen die Beklagte zu 1. ihren Auftrag erfüllte, gehörten nicht zu ihrem Betriebssubstrat, weil sie nicht eigenwirtschaftlich genutzt wurden. Immaterielle Betriebsmittel sind gleichfalls nicht übergegangen. Vielmehr haben beide Beklagten betont, daß sie über eigenständiges, ihre Identität bestimmendes Catering-Know-how verfügten. Die Beklagte zu 2. hat auch nicht die von der Beklagten zu 1. zur Erledigung des Auftrags der P eingesetzten Arbeitnehmer übernommen. Die Beklagte zu 2. führt den Bewirtschaftungsauftrag mit eigenem Personal durch und hat keinen bei der Beklagten zu 1. beschäftigten Mitarbeiter eingestellt. Sie hat auf die Kenntnisse eines oder mehrerer Know-how-Träger der Beklagten zu 1. verzichtet.

Des weiteren ist die Beklagte zu 2. in keine Kundenbeziehung der Beklagten zu 1. eingetreten. Das neu begründete Auftragsverhältnis zur P ist keine für einen Betriebsübergang erhebliche Kundenbeziehung, denn diese Funktionsnachfolge im Auftragsverhältnis ist gerade kein die Rechtsfolgen des § 613 a BGB auslösendes Moment. Zu den Gästen der Kantine begründet und unterhält die Beklagte zu 2. keine Kundenbeziehungen. Sie bewirtschaftet die Kantine (unstreitig) auf Rechnung der P und erbringt ihre Leistungen nicht aufgrund besonderer Rechtsgeschäfte mit den Kantinenbesuchern. Es kann deshalb als nicht entscheidungserheblich dahingestellt bleiben, ob die Beklagte zu 1. derartige Kundenbeziehungen unterhielt, denn diese sind in keinem Fall auf die Beklagte zu 2. übergegangen.



- 12 -

3. Damit hat in der Neuvergabe des Dienstleistungsauftrags durch die P kein Betriebsübergang im Sinne von § 613 a BGB gelegen. Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, daß das Arbeitsverhältnis der Klägerin bis zum 31. Dezember 1992 zur Beklagten zu 1. fortbestanden hat.

C. Die Beklagte zu 1. hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision zu tragen.

Dr. Wittek

Müller-Glöße

Mikosch

Schömburg

Hickler

