

Aktenzeichen: 8 AZR 77/97
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 16. Juli 1998
- 8 AZR 77/97 -

I. Arbeitsgericht
Herford

Urteil vom 18. September 1995
- 1 Ca 1230/94 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 22. August 1996
- 4 Sa 322/96 -

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

Entscheidungsstichwort:

Betriebsübergang - Fremdvergabe von Vertriebstätigkeiten

Gesetz:

BGB § 613 a; ZPO § 322 Abs. 1, § 325 Abs. 1

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 77/97
4 Sa 322/96 Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
16. Juli 1998

Urteil

Bartel,
Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

1.



hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. Juli 1998 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ascheid, die Richter Dr. Wittek und Dr. Mikosch sowie die ehrenamtlichen Richter Noack und Hannig für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 22. August 1996 - 4 Sa 322/96 - 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 !

Tatbestand:

Der Kläger und die Beklagte zu 2) streiten noch darüber, ob zwischen ihnen aufgrund eines Betriebsübergangs ein Arbeitsverhältnis besteht und ob dem Kläger Vergütungsansprüche wegen Annahmeverzugs zustehen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der Kläger war seit 1980 bei der Beklagten zu 1), einem Verlag, als Datenverarbeitungskaufmann beschäftigt. Er hatte die gesamte EDV des Buch- und Zeitschriftenbereichs sowie einer Loseblattsammlung abzuwickeln. Dazu gehörten die Tätigkeit als Operator/Organisator für die EDV-Anlage Nixdorf 8870 Quadro, die Fakturierung und Erledigung der Rechnungsläufe (Formulare, Aufkleber), die Erstellung der Versandunterlagen für Zeitschriften, das Drucken der Mahnungen, Monatsabschlüsse, Statistiken, Provisions- und Honorarabrechnungen sowie die Datensicherung.

Die Beklagte zu 1) entschloß sich im Jahre 1994, den eigenen Vertrieb aufzugeben. Sie schloß deshalb am 16. Juni 1994 mit der späteren Beklagten zu 2) einen sog. Dienstleistungsvertrag, wonach die Beklagte zu 2) die in- und ausländischen Kunden der Beklagten zu 1) beliefern und die daraus resultierenden Forderungen einziehen sollte. Zum Leistungsumfang gehörten auch Abo-Adreßpflege, Adreßspeicherung, Abo-Verwaltung, Abo-Betreuung, Erstellung der Versandunterlagen für den Heftversand sowie Auslieferung als Postvertriebsstück, Postzeitungsgut oder Streifbandzeitung. Der Vertrag war für die Zeit vom 1. September 1994 bis zum 31. August 1996 befristet. Vorgesehen war eine Verlängerung um jeweils ein Jahr, wenn nicht ein Vertragspartner sechs Monate vor Vertragsablauf kündigte.

Am 29. Juli 1994 und am 3. August 1994 kündigte die Beklagte zu 1) das Arbeitsverhältnis des Klägers mündlich, außerdem mit Schreiben vom 30. August 1994, zugegangen am 31. August 1994, jeweils zum 31. Dezember 1994. Der Kläger hat am 2. September 1994 gegen alle drei Kündigungen Klage eingereicht. Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 18. September 1995 festgestellt, das Arbeitsverhältnis sei weder durch die Kündigung vom 29. Juli 1994 noch durch die Kündigung vom



3. August 1994 aufgelöst worden. Den weitergehenden Feststellungsantrag hat es mit der Begründung, das Schreiben vom 30. August 1994 enthalte keine eigenständige Kündigung, als unzulässig abgewiesen. Diese Entscheidung ist rechtskräftig geworden, nachdem das Landesarbeitsgericht die Berufung der Beklagten zu 1) zurückgewiesen hat. Insoweit hat es ausgeführt, es könne dahinstehen, ob die Beklagte zu 1) am 29. Juli 1994 und am 3. August 1994 gekündigt habe, ob die Fiktion des § 7 KSchG eingreife und ob die Kündigungen wegen des Übergangs eines Betriebsteils ausgesprochen worden seien. Weil der Kläger bei der Beklagten zu 1) über den 31. Dezember 1994 hinaus weitergearbeitet habe, gelte das Arbeitsverhältnis zumindest bis zum 28. Februar 1995 als fortgesetzt.

Die Beklagte zu 1) hat das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 23. September 1994 erneut, diesmal zum 28. Februar 1995, gekündigt. Zugleich hat sie eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in H zu im übrigen unveränderten Bedingungen angeboten und mitgeteilt, der Sitz des Verlages werde bis Februar 1995 von He nach H verlegt. Der Kläger hat das Änderungsangebot abgelehnt. Über seinen am 13. Oktober 1994 eingereichten Kündigungsschutzantrag ist noch nicht entschieden worden. Der Rechtsstreit ist ausgesetzt.

Mit Schreiben vom 18. Oktober 1994 teilte die Beklage zu 2), die bis dahin gegenüber dem Kläger noch nicht in Erscheinung getreten war, diesem folgendes mit:

„Unbeschadet einer gerichtlichen Klärung bitten wir Sie, Ihre Tätigkeit am 02.01.1995 in unserem Unternehmen, Betriebsstätte V ... aufzunehmen. Wir weisen darauf hin, daß es sich um ein faktisches Arbeitsverhältnis handelt. ...“



Der Kläger lehnte Anfang November 1994 die Arbeitsaufnahme ab, weil der Streit mit der V (dem im Dienstleistungsvertrag vom 16. Juni 1994 so bezeichneten Auftragnehmer), alternativ mit dem bisherigen Arbeitgeber geführt werde, das Angebot eines Dritten deshalb höchst bedenklich und der Einsatzort ausweislich des Arbeitsvertrags nicht V, sondern He sei.

Der Kläger hat geltend gemacht, aufgrund des Dienstleistungsvertrags vom 16. Juni 1994 sei es mit Wirkung vom 1. September 1994 zu einem Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2) gekommen. Zumindest liege eine Funktionsnachfolge hinsichtlich der vom Vertrag erfaßten Leistungen vor. Alle diese Tätigkeiten mit Ausnahme des Individualschriftverkehrs habe er bisher mittels der EDV-Anlage bei der Beklagten zu 1) ausgeführt. Die von ihm sonst noch wahrgenommenen Aufgaben, nämlich Standard-Abrechnungsunterlagen und Auswertungen, Journal, Mahnliste, Seitenliste der Sachkonten, Abstimmliste, Erlös-Abgrenzungsliste je Faktura, Leistungsabrechnung, Zu- und Abgangsstatistik, Seitenliste und Kontenschreibung zu erstellen, seien ebenfalls auf die Beklagte zu 2) übergegangen. Daß die Beklagte zu 2) eine völlig andere Computeranlage unterhalte und ein völlig anderes System anwende, sei unerheblich. Sie habe Daten von der Beklagten zu 1) benötigt und müsse auch ohne die EDV-Anlage der Beklagten zu 1) sehr wohl eine organisatorische Einheit übernommen haben. Anderenfalls wäre es ihr gar nicht möglich gewesen, die vereinbarte Leistungspflicht zu erfüllen. Dem Betriebsübergang stehe nicht entgegen, daß die Leistung an einem anderen Ort erbracht werde. Keinesfalls habe er, der Kläger, dem Übergang des Arbeitsverhältnisses Anfang November 1994 widersprochen; die Arbeitgeberstellung der Beklagten zu 2) sei für ihn damals nicht erkennbar gewesen. Mit Schreiben vom 29. November 1994 habe er der Beklagten



zu 2) dann mitgeteilt, an einer Arbeitsaufnahme interessiert zu sein, und damit jedenfalls eine Anfechtung erklärt. Ein Angebot sei aber nicht erfolgt, sondern ausdrücklich abgelehnt worden. Bei ihm habe der Eindruck entstehen müssen, er sei über den Zeitpunkt des Betriebsübergangs hinaus zur Beklagten zu 1) abgeordnet gewesen, um Restarbeiten auszuführen. Erst im Zeitraum November/Dezember 1994 hätten auch verstärkte Bemühungen der Beklagten zu 2) eingesetzt, Mitarbeiter der Beklagten zu 1) zu übernehmen und in den Betrieb zu integrieren. Mit allen übertrittswilligen Arbeitnehmern, seine Person und eine weitere Arbeitnehmerin ausgenommen, seien entsprechende Vereinbarungen geschlossen worden.

Der Kläger hat, soweit in der Revisionsinstanz noch von Interesse, beantragt:

1. Es wird festgestellt, daß zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2) ein Arbeitsverhältnis besteht, dessen Arbeitsbedingungen denen des bisherigen Arbeitsverhältnisses des Klägers zur Beklagten zu 1) entsprechen und das über den 31. Dezember 1994 hinaus fortbestanden hat.
2. Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, an den Kläger zu zahlen:
 - a) 11.118,00 DM brutto abzüglich 4.287,50 DM netto nebst 4 % Zinsen aus dem sich daraus ergebenden Nettodifferenzbetrag seit dem 31. März 1995,
 - b) 5.833,00 DM brutto abzüglich 2.100,00 DM netto nebst 4 % Zinsen aus dem sich daraus ergebenden Nettodifferenzbetrag seit dem 30. April 1995,
 - c) 17.274,00 DM brutto abzüglich 6.825,00 DM netto nebst 4 % Zinsen aus dem sich ergebenden Nettodifferenzbetrag seit dem 31. Juli 1995.



Die Beklagte zu 2) hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, ein Betriebsübergang liege nicht vor. Sie habe im Zusammenhang mit dem Dienstleistungsvertrag keinerlei Betriebsmittel der Beklagten zu 1) übernommen. Die Beklagte zu 1) habe lediglich die zur Durchführung der vertraglichen Dienstleistung erforderlichen Informationen einschließlich der Kundendaten zur Nutzung im Rahmen des Vertragsverhältnisses zur Verfügung gestellt. Eine Berechtigung, über diese immateriellen Wirtschaftsgüter der Beklagten zu 1) zu verfügen, sei damit nicht verbunden gewesen. Die veraltete EDV-Anlage der Beklagten zu 1) sei auch nach dem 1. September 1994 von dieser genutzt und entsprechend durch den Kläger bedient und betreut worden. Dessen Arbeitsbereich bei der Beklagten zu 1), nämlich Bedienung und Betreuung der EDV-Anlage nebst Erstellung der Programme, sei somit im wesentlichen erhalten geblieben. Andere Mitarbeiter, nicht der Kläger, hätten die einzelnen Daten für Vertrieb und Inkasso eingegeben. Sie, die Beklagte zu 2), habe ausweislich des Dienstleistungsvertrags vollkommen andere Tätigkeiten übernommen, als der Kläger verrichtet habe. Außerdem besitze sie überhaupt keine EDV-Anlage, sondern sei über Eingabeterminals an die mit einem speziellen Betriebssystem arbeitenden Großrechner des ausgegliederten B Rechenzentrums angeschlossen. Sie erbringe ihre Dienstleistungen in eigenen Betriebsräumen, mit eigenem Personal und eigenen Sachmitteln, grundlegend anders organisiert und in einer auf eine Vielzahl von Auftraggebern zugeschnittenen Betriebsorganisation, weshalb die Übernahme der streitigen Dienstleistung lediglich eine Erhöhung des allgemeinen Arbeitsvolumens in verschiedenen Abteilungen und Arbeitsgruppen bewirkt habe. Gleichwohl habe sie sich aus sozialen Erwägungen bemüht, dem Kläger einen angemessenen Arbeitsplatz anzubieten. Sie habe aber von Anfang an deutlich gemacht, daß ein gleichartiger Arbeitsplatz in ihrem Betrieb nicht



vorhanden sei. Der Kläger habe jedenfalls dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen. Er habe seine Tätigkeit bei der Beklagten zu 1) dann bis zum 31. Januar 1995 fortgesetzt und sei damit selbst nicht von einem Übergang des Arbeitsverhältnisses ausgegangen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

- I. Das Landesarbeitsgericht hat im wesentlichen ausgeführt: Das Arbeitsverhältnis sei nicht auf die Beklagte zu 2) übergegangen. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Voraussetzungen des § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB mit Wirkung vom 1. September 1994 erfüllt seien. Jedenfalls habe der Kläger dem Übergang mit Schreiben vom 2. und 3. November 1994 wirksam widersprochen und diese Erklärung nicht rechtzeitig angefochten. Deshalb sei auch die Zahlungsklage abzuweisen.
- II. Dem stimmt der Senat im Ergebnis zu. Das Arbeitsverhältnis des Klägers ist schon deshalb nicht auf die Beklagte zu 2) übergegangen, weil der Kläger die Voraussetzungen des rechtsgeschäftlichen Überganges eines Betriebs oder Betriebsteils (§ 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht schlüssig dargelegt hat. Auf den Widerspruch und die Anfechtung eines etwaigen Widerspruchs kommt es nicht an.



1. Die Entscheidung des Rechtsstreits wird nicht präjudiziert durch die rechtskräftige Entscheidung des Landesarbeitsgerichts, das Arbeitsverhältnis des Klägers sei nicht durch Kündigung zum 31. Dezember 1994 aufgelöst worden. Insoweit handelt es sich um einen anderen, nicht vorgreiflichen Streitgegenstand (§ 322 Abs. 1 ZPO) und um einen Rechtsstreit zwischen anderen Parteien (§ 325 Abs. 1 ZPO).
2. 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 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 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. Die bloße Funktionsnachfolge erfüllt nicht die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs (ständige Rechtsprechung des Senats im Anschluß an das Urteil des EuGH vom 11. März 1997 - Rs. C-13/95 - EuGHE I 1997,



1259 = DB 1997, 628 f. [Ayse Sützen]; vgl. nur Senatsurteil vom 11. Dezember 1997 - 8 AZR 426/94 - zur Veröffentlichung vorgesehen, zu B I der Gründe; Senatsurteil vom 22. Januar 1998 - 8 AZR 243/95 - nicht veröffentlicht, zu B II 1 der Gründe).

3. Danach kann keine Übertragung einer organisatorischen wirtschaftlichen Einheit, der der Kläger angehörte, angenommen werden.

a) Die Vertriebsabteilung im Verlag der Beklagten zu 1) war ein Betriebsteil im Sinne von § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB. Es handelte sich um eine abgrenzbare Abteilung mit einem eigenständigen Arbeitszweck, der nach dem Vortrag der Parteien bestimmte Arbeitnehmer fest zugeordnet waren. Zugunsten des Klägers kann unterstellt werden, daß er diesem Betriebsteil angehörte. Außerdem kann zugunsten des Klägers unterstellt werden, daß die EDV der Beklagten zu 1) einen eigenständigen Betriebsteil bildete und der Kläger diesem Betriebsteil angehörte.

b) Die Beklagte zu 2) hat weder einen Betriebsteil Vertrieb/Inkasso noch einen Betriebsteil EDV der Beklagten zu 1) übernommen. Sie führt lediglich Aufgaben der Beklagten zu 1) weiter.

aa) Es handelt sich jeweils um Dienstleistungen, bei denen die menschliche Arbeitstätigkeit im Vordergrund steht. Die Beklagte zu 2) hat die von der Beklagten zu 1) für Vertrieb/Inkasso und EDV geschaffene Arbeitsorganisation nicht übernommen. Sie erledigt die vertraglich übernommenen Tätigkeiten neben anderen Aufträgen mit eigenen Arbeitnehmern innerhalb der bereits vorher an anderer Stelle bestehenden Arbeitsorganisation.



bb) Der Kläger hat nicht vorgetragen, die Beklagte zu 2) beschäftige ehemalige Arbeitnehmer der Beklagten zu 1) mit entsprechenden Arbeiten weiter. Nach seinem Vortrag sind zwar übertrittswillige Arbeitnehmer eingestellt worden. Es fehlt jedoch an Angaben, um wieviele Arbeitnehmer es sich handelte, welche Qualifikationen sie hatten, für welche Tätigkeiten sie jeweils eingesetzt wurden und zu welchem Zeitpunkt der Übertritt erfolgte. Da der Kläger verstärkte Bemühungen der Beklagten zu 2) „im Zeitraum November/Dezember 1994“ behauptet hat, spricht keine Vermutung für einen Zusammenhang mit dem Dienstleistungsvertrag vom 16. Juni 1994 und den ab dem 1. September 1994 übernommenen Arbeiten. Zumindest ebenso nahe liegt ein Zusammenhang mit der Verlegung des Verlags der Beklagten zu 1) von He nach H . Die Beklagte zu 2) gehört zu einem Konzern, für den im Verlagswesen erfahrene Arbeitnehmer offenbar generell interessant sein können. Ohne weitere Anhaltspunkte ist die Annahme, seitens der Beklagten zu 2) eingestellte Arbeitnehmer hätten die bisherigen Tätigkeiten im wesentlichen unverändert fortgeführt, nicht gerechtfertigt. Ebenso spricht nichts dafür, die Beklagte zu 2) habe das Spezial- oder Erfahrungswissen dieser Arbeitnehmer für die übernommenen Arbeiten genutzt.

cc) Die Beklagte zu 2) hat von der Beklagten zu 1) weder Räume noch sächliche Betriebsmittel erhalten. Die EDV-Anlage ist bei der Beklagten zu 1) verblieben.

dd) Der Charakter der Tätigkeit für Vertrieb und Inkasso hat sich insgesamt durchaus verändert. Zwar dürfte die Eingabe in die EDV ähnlich geblieben sein. Jedoch fällt die Betreuung des Computers bei der Beklagten zu 2) wegen des Anschlusses an Großrechner ganz weg. Schon deshalb kann auch kein Übergang ei-



nes Betriebsteils EDV angenommen werden, und zwar unabhängig davon, ob dieser bei der Beklagten zu 1) verblieben ist.

ee) Wesentliche immaterielle Betriebsmittel sind nicht übertragen worden. Die Beklagte zu 2) arbeitet mit eigenständigen Betriebsmethoden. Sie hat keine Rechte erworben und ist nicht in Rechtsbeziehungen eingetreten. Sie verarbeitet nur die Kundendaten und sonstigen Informationen der Beklagten zu 1) für diese und nutzt sie nicht eigenwirtschaftlich. Die übernommenen Dateien sind zwar Gegenstand der Arbeit der Beklagten zu 2), bleiben aber Betriebsmittel der Beklagten zu 1) (vgl. auch Senatsurteil vom 24. April 1997 - 8 AZR 848/94 - nicht veröffentlicht, zu II 2 b cc, dd der Gründe; Senatsurteil vom 22. Januar 1998 - 8 AZR 775/96 -, zur Veröffentlichung vorgesehen, zu B I 1 der Gründe). Der Kläger hat den Vortrag der Beklagten zu 2), das B -Rechenzentrum verwende ein spezielles Betriebssystem, nicht bestritten.

ff) Die Durchführung des Dienstleistungsvertrags vom 16. Juni 1994 war danach allenfalls mit einer Funktionsnachfolge verbunden. Die Zwecksetzung Vertrieb und Inkasso des Verlags mittels EDV bestand fort, die Arbeitstätigkeit hat sich in räumlicher und fachlicher Hinsicht durchaus nicht unwesentlich verändert. Eine bloße Funktionsnachfolge führt aber entgegen der Annahme des Arbeitsgerichts nicht zu einem Betriebsübergang (oben 2).

4. Da somit kein Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten zu 2) begründet worden ist, fehlt auch die Grundlage für die geltend gemachten Vergütungsansprüche.



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

Ascheid

Dr. Wittek

Mikosch

Noack

Hannig





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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)