

Aktenzeichen: 8 AZR 82/95

Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 13. November 1997

- 8 AZR 82/95 -

I. Arbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 28. Januar 1994

- 8 Ca 7163/93 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 09. November 1994

- 2 Sa 525/94 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse : Nein

Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Betriebsübergang - Fremdvergabe der betrieblichen Instandhaltung

Gesetz:

BGB § 613 a; KSchG § 1; 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; 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 82/95

2 Sa 525/94 Düsseldorf

Verkündet am
13. November 1997

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 13. November 1997 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ascheid, die Richter Dr. Wittek und Dr. Müller-Glöge sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Scholz und Hennecke für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 9. November 1994 - 2 Sa 525/94 - aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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 Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung.

Der 1940 geborene Kläger war bei der Beklagten seit Oktober 1970 beschäftigt. Nachdem er in den Jahren 1984/85 einen Kesselwärterlehrgang absolviert hatte, wurde er zuletzt als Heizer und Kesselwärter in der von der Beklagten betriebenen Dampfkesselanlage eingesetzt.

Im Juli 1993 entschied die Beklagte, ihre Abteilung "TQI", die für die betriebliche Instandhaltung zuständig war, aufzulösen und die bisher von dieser Abteilung geleisteten Arbeiten an die R GmbH (fortan: Firma R) zu vergeben. Am 20. Oktober 1993 schloß die Beklagte deshalb mit der Firma R einen Rahmenvertrag, aufgrund dessen die Firma R die technische Instandhaltung für die Beklagte übernehmen und zu diesem Zweck eine Niederlassung in den Geschäftsräumen der Beklagten gründen sollte. Zu den zu übernehmenden Aufgaben sollte u.a. auch



die Übernahme der Installationsarbeiten im Wasser- und Heizungsbereich sowie die Übernahme des Heizungsbetriebes gehören. Durch den Vertrag verpflichtete sich die Beklagte, "nur solche Mitarbeiter mit diesen Aufgaben zu betrauen, welche die notwendige fachliche Qualifikation und Erfahrung besitzen und die darüberhinaus mit den örtlichen Gegebenheiten vertraut sind".

Mit Schreiben vom 21. September 1993, welches dem Kläger am 23. September 1993 zuing, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 31. Dezember 1993, weil sein Arbeitsplatz als Heizer weggefallen sei.

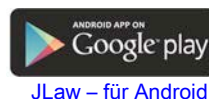
Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei unwirksam. Sein Arbeitsplatz als Heizer bzw. Kesselwart sei nicht entfallen, weil die damit verbundenen Aufgaben nicht der Abteilung TQI zuzurechnen gewesen seien und weil der Betrieb der Heizkesselanlage aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften gar nicht auf Dritte übertragen werden durfte. Er könne nach entsprechender Ausbildung auch als Gabelstaplerfahrer beschäftigt werden. Andere Mitarbeiter der Abteilung Instandhaltung würden ebenfalls weiterbeschäftigt.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung vom 21. September 1993 nicht aufgelöst worden sei, sondern über den 31. Dezember 1993 hinaus fortbesteht.



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



Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, durch die Schließung ihrer Abteilung TQI sei der Arbeitsplatz des Klägers als Heizer entfallen. Ein freier anderer Arbeitsplatz sei nicht vorhanden. Die ursprünglich vom Gewerbeaufsichtsamt vertretene Auffassung, die Aufgaben eines Kesselwärters dürften nicht auf eine Fremdfirma übertragen werden, treffe nicht zu. Im übrigen besitze das weiterbeschäftigte Betriebsratsmitglied E ebenfalls die erforderliche Zusatzqualifikation als Kesselwärter, so daß die Bedenken des Gewerbeaufsichtsamtes inzwischen ausgeräumt seien.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten ist die Kündigungsschutzklage vom Landesarbeitsgericht abgewiesen worden. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

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

Die Revision des Klägers ist begründet. Eine Entscheidung über die Begründetheit der Klage ist dem Senat jedoch nicht möglich, weil weitere tatsächliche Feststellungen erforderlich sind. Die Sache ist deshalb zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.



I. Das Landesarbeitsgericht hat zur Abweisung der Kündigungsschutzklage ausgeführt, die Kündigung sei durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG gerechtfertigt. Der Arbeitsplatz des Klägers mit der Aufgabe, die Dampfkesselanlage zu betreuen, sei entfallen, da diese einer Fremdfirma übertragen worden sei. Bei einer Sozialauswahl müsse der Kläger hinter dem Betriebsratsmitglied E zurückstehen. Einen anderen freien Arbeitsplatz könne er aufgrund seiner geringen Qualifikation nicht einnehmen. Die Kündigung verstoße nicht gegen § 613 a Abs. 4 BGB, da die Vergabe der Instandhaltungsarbeiten einschließlich des Betriebs der Heizkesselanlage nicht als Übergang eines Betriebsteils zu bewerten sei. Auf die Firma R seien keine sächlichen und immateriellen Betriebsmittel übergegangen. Das Anmieten der Räume innerhalb des Betriebs der Beklagten sei durch die Gründung der Niederlassung notwendig geworden und im Sinne der Rechtsprechung nicht erheblich. Die Übernahme ausgeschiedener Arbeitnehmer durch die Fremdfirma gehöre nicht zu den Tatbestandsvoraussetzungen des Betriebsübergangs und scheide daher als Anknüpfungsmerkmal aus. Der Kläger habe jedenfalls keine Anhaltspunkte vorgetragen, die eine andere Betrachtungsweise rechtfertigen könnten. Damit habe die Firma R lediglich eine bisher von der Beklagten wahrgenommene Funktion, nämlich die Instandhaltung sowie den Betrieb der Dampfkesselanlage, übernommen. Die bloße Funktionsübernahme sei aber kein Betriebsübergang. Auch die Anwendung der EG-Richtlinie 77/187/EWG rechtfertige keine andere Beurteilung.

II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Aufgrund der bisher vom Landesarbeitsgericht



getroffenen Feststellungen kann nicht entschieden werden, ob die Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial gerechtfertigt ist.

1. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, der Arbeitsplatz des Klägers als Heizer sei dann weggefallen, wenn die Abteilung Instandhaltung von der Beklagten stillgelegt und nicht als Teilbetriebsübergang nach § 613 a BGB auf die Firma R übergegangen sei. Zu den dringenden betrieblichen Erfordernissen, die nach § 1 Abs. 2 KSchG einen Grund zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung abgeben können, gehört die Stilllegung des gesamten Betriebes oder eines Betriebsteils durch den Arbeitgeber. Eine Kündigung aus Anlaß einer geplanten Betriebsstillegung ist wegen dringender betrieblicher Erfordernisse schon dann sozial gerechtfertigt, wenn die betrieblichen Umstände bereits greifbare Formen angenommen haben und eine vernünftige betriebswirtschaftliche Betrachtung die Prognose rechtfertigt. Eine vom Arbeitgeber mit Stillegungsabsicht begründete Kündigung ist aber nur dann nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial gerechtfertigt, wenn die geplante Maßnahme sich auch rechtlich als Betriebsstillegung und nicht etwa deshalb als Betriebsveräußerung darstellt, weil das Betriebssubstrat auf einen Dritten übertragen wurde (vgl. BAG Urteil vom 9. Februar 1994 - 2 AZR 666/93 - AP Nr. 105 zu § 613 a BGB, zu II 2 b der Gründe).

2. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts kann nicht ausgeschlossen werden, daß in der Fremdvergabe der betrieblichen Instandhaltungsaufgaben durch die Beklagte ein Betriebsteilübergang liegt.



a) 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 = AP Nr. 14 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187, Ayse Süzen/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 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 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.



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 von deren 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. Hingegen stellt die bloße Fortführung der Tätigkeit durch einen Auftragnehmer (Funktionsnachfolge) keinen Betriebsübergang dar. In diesem Falle wird eine betriebliche Tätigkeit eingeschränkt oder ganz beendet, aber kein Betrieb oder Betriebsteil auf den Auftragnehmer übertragen. 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 im Betrieb des Auftragnehmers als eigene Betriebsmittel zugeordnet werden können. Nur dann sind sie in die Gesamtabwägung, ob ein Betriebsübergang stattgefunden hat, einzubeziehen (vgl. Senatsurteil vom 13. November 1997 - 8 AZR 295/95 - zur Veröffentlichung bestimmt, zu II 2, 3 der Gründe).

b) Nach diesen Grundsätzen kann die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts keinen Bestand haben. Das Landesarbeitsgericht durfte bei seiner Beurteilung, ob ein Betriebsübergang vorlag, nicht die Übernahme von bei der Beklagten ausgeschiedenen Mitarbeitern der Abteilung TQI durch die Firma R außer Acht lassen.



Das Landesarbeitsgericht war der früheren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gefolgt, wonach der Übergang der Arbeitsverhältnisse nicht Tatbestandsvoraussetzung des § 613 a BGB, sondern lediglich Rechtsfolge sei (vgl. nur Urteil vom 22. Mai 1985 - 5 AZR 30/84 - BAGE 48, 365 = AP Nr. 42 zu § 613 a BGB). Inzwischen hat sich der erkennende Senat aber mit Urteil vom 22. Mai 1997 (- 8 AZR 101/96 - ZIP 1997, 1555, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt) der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs angeschlossen, der für Branchen, in denen es wesentlich auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, die Bedeutung der Belegschaft für die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit im Sinne der Richtlinie hervorhebt (vgl. EuGH Urteil vom 11. März 1997, aaO).

c) Bei den Aufgaben der betrieblichen Instandhaltung, die auf die Firma R übertragen wurden, kommt es in erster Linie auf die menschliche Arbeitskraft und deren Sachverstand an. Das Landesarbeitsgericht wird daher vor der Gesamtabwägung, ob ein Betriebsübergang zu bejahen ist, noch festzustellen haben, welche und wieviele Arbeitnehmer der Abteilung TQI von der Firma R ab dem 1. Januar 1994 beschäftigt wurden oder beschäftigt werden sollten. Dabei ist entscheidend darauf abzustellen, ob die tatsächlichen Voraussetzungen des Betriebsübergangs, einschließlich der Personalübernahmen, im Zeitpunkt der Kündigung bereits vorgelegen oder greifbare Formen angenommen hatten.

Bei der im Kündigungszeitpunkt geplanten Personalübernahme durch die Firma R wird auch der am 20. Oktober 1993 zwischen der Beklagten und der Firma R geschlossene Rahmenvertrag zu be-



achten sein. Nach Ziff. 1.1 dieses Vertrages sollte die Firma R nur solche Mitarbeiter mit Instandhaltungsaufgaben bei der Beklagten betrauen, die "mit den örtlichen Gegebenheiten vertraut sind". Diese Regelung bedarf der Auslegung. Sie könnte dafür sprechen, daß die Übernahme eines wesentlichen Teils der Belegschaft der Abteilung TQI geplant war, die das notwendige Wissen über die örtlichen Gegebenheiten, wie z. B. die Leitungsführungen, Energiebedarf, Heizung und Gebäudebelüftung, an die Auftragnehmerin vermitteln sollte. Danach könnte zwischen der Abteilung TQI und der in den Räumen der Beklagten von der Firma R betriebenen Instandhaltung die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit angenommen werden.

Sollte die Firma R dagegen nur einzelne Arbeitnehmer der Beklagten übernehmen, ohne daß diese der Zahl und Sachkunde nach einen wesentlichen Teil der Belegschaft der Abteilung TQI ausmachten, und mußte die Firma R deshalb die Instandhaltung und den Heizungsbetrieb bei der Beklagten mit eigenen Arbeitnehmern neu aufbauen und organisieren, spräche dies gegen einen Betriebsübergang. Auf die personellen Konsequenzen, die die Beklagte aus einem mit dem Gewerbeaufsichtsamt 1994 geführten Schriftwechsel gezogen hat, kommt es im Streitfall allerdings nicht an, weil diese Maßnahmen bei der Kündigung im September 1993 weder geplant waren noch bereits greifbare Formen angenommen hatten.

d) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist es Aufgabe der Beklagten, vorzutragen und nachzuweisen, daß kein Betriebsübergang vorgelegen habe. Beruft sich ein Arbeitnehmer darauf, der Betrieb oder Betriebsteil sei von dem bisherigen Arbeit-



geber nicht stillgelegt, sondern an einen neuen Inhaber übertragen worden, und ihm sei nur aus diesem Grund gekündigt worden, so hängt die Darlegungs- und Beweislast davon ab, ob ein Kündigungsschutzverfahren nach § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG vorliegt. Außerhalb eines solchen Kündigungsschutzverfahrens hat der Arbeitnehmer im Rahmen des § 613 a Abs. 4 BGB darzulegen und zu beweisen, daß ihm wegen eines rechtsgeschäftlichen Betriebsübergangs gekündigt worden war. Anders verhält es sich im Kündigungsschutzverfahren nach § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG. Hier hat der Arbeitgeber vorzutragen und nachzuweisen, daß die Kündigung sozial gerechtfertigt war. Berufet er sich auf eine Fremdvergabe, die zum Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit geführt habe, so hat er, wenn Anhaltspunkte für einen Betriebsübergang vorliegen, auch zur Klärung dieser Rechtsfolge Tatsachen vorzutragen (vgl. BAG Urteil vom 9. Februar 1994 - 2 AZR 666/93 - AP Nr. 105 zu § 613 a BGB, zu II 2 d der Gründe).

3. Sollte das Landesarbeitsgericht aufgrund der erneuten Verhandlung zu dem Ergebnis kommen, ein Betriebsübergang nach § 613 a BGB habe vorgelegen, so wird es auch der Frage nachzugehen haben, ob der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Firma R widersprochen habe. Ein solcher Widerspruch könnte schon darin zu sehen sein, daß der Kläger in Kenntnis des möglichen Betriebsübergangs mit der Klage die Feststellung der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten über den 31. Dezember 1993 hinaus beantragt hat. Dieser Antrag ("sondern fortbesteht") könnte allerdings auch als bloßer wirkungsloser Zusatz zum Kündigungsfeststellungsantrag verstanden werden (vgl. Urteil des Senats vom 16. März 1994 - 8 AZR 97/93 - BAGE 76, 148,



153 = AP Nr. 29 zu § 4 KSchG 1969, zu III 3 a der Gründe), so daß ihm nicht die rechtsgestaltende Wirkung eines Widerspruchs gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB zukäme.

III. Der Rechtsstreit ist nicht aus anderen Gründen zur Endentscheidung reif (§ 565 Abs. 3 Ziff. 1 ZPO).

Die Revision hat geltend gemacht, der Betriebsrat sei nicht ordnungsgemäß nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BGB angehört worden. Hierfür bestehen jedoch keine tatsächlichen oder rechtlichen Anhaltspunkte. Die Beklagte hat den bei ihr gebildeten Betriebsrat über die geplante Fremdvergabe und die dadurch entstehenden Auswirkungen für eine Beschäftigung des Klägers unterrichtet. Mehr ist nicht zu fordern. Dem Betriebsrat sind alle Tatsachen und subjektiven Vorstellungen mitzuteilen, die Anlaß für den Kündigungsentschluß sind (BAG Urteil vom 22. September 1994 - 2 AZR 31/94 - BAGE 78, 39, 46 = AP Nr. 68 zu § 102 BetrVG 1972, zu II 2 der Gründe, m.w.N.). Die später eingetretenen Änderungen im Heizkesselbetrieb waren für den Kündigungsentschluß der Beklagten nicht maßgebend und brauchten auch nicht nach Ausspruch der Kündigung gegenüber dem Betriebsrat "nachgeschoben" zu werden.

Ascheid

Dr. Wittek

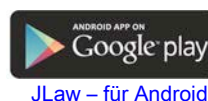
Müller-Glöße

Dr. Scholz

Hennecke



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS