

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 706/11

1 Sa 30/11

Landesarbeitsgericht
Bremen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Januar 2013

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

Streitverkündeter I. und II. Instanz:

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Januar 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Mallmann und Soost für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 21. Juni 2011 - 1 Sa 30/11 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers im Wege eines Betriebs- oder Betriebsteilübergangs auf die Beklagte übergegangen und der Kläger von der Beklagten zu beschäftigen ist, ferner um Annahmeverzugslohn-Ansprüche des Klägers für die Zeit von Oktober 2009 bis Oktober 2010. 1

Das zum 1. September 1975 mit der B AG begründete Arbeitsverhältnis des Klägers war nach mehreren Betriebsübergängen auf die C GmbH (*im Folgenden: Insolvenzschuldnerin*) übergegangen. Ausweislich eines dem Kläger unter dem 31. August 2006 erteilten Zwischenzeugnisses war er zunächst Wartungstechniker, dann ab März 1990 Systemtechniker mit Koordinierungsfunktion als Spezialist auf dem Fachgebiet „Verkabelungen“ und schließlich bis Mai 2004 „Customer Service Engineer“ zur selbständigen Betreuung von Kunden. 2

Die Insolvenzschuldnerin war im Jahre 2003 als 100%ige Tochter aus der C D GmbH (CDG) ausgegliedert worden. Die Muttergesellschaft verkaufte ua. Computergroßanlagen und im Rahmen solcher Geschäfte auch Service- sowie Wartungsleistungen mit. Das Hauptbetätigungsfeld der Insolvenzschuld- 3

nerin war die Installation und Wartung dieser EDV-Produkte (*Hard- und Software*). Etwa 90 % der Serviceleistungen erbrachte sie aufgrund eines Dienstleistungsvertrags mit der CDG gegenüber deren Kunden. Die Insolvenzsuldnerin unterhielt bundesweit zehn Standorte und beschäftigte zuletzt ca. 80 Arbeitnehmer.

Unter Ausnutzung ihrer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung überließ die Insolvenzsuldnerin acht ihrer Mitarbeiter, darunter den Kläger, ab dem 1. Juni 2004 der I-Tochter „I“ zur Druckerstraßenwartung. Diese Überlassung bestätigte die Insolvenzsuldnerin dem Kläger mit Schreiben vom 19. Mai 2004. Weiter vereinbarten die Insolvenzsuldnerin und der Kläger aus diesem Anlass einen Annex zum Arbeitsvertrag unter dem 21. Mai 2004. Der Kläger verrichtete für die I hauptsächlich Servicearbeiten an Druckern. Neben den der I überlassenen Arbeitnehmern waren noch vier weitere anderweitig zur Druckerwartung eingesetzt. Der Bereich „Druckerwartung“ wurde bei der Insolvenzsuldnerin als eigenes Profit-Center geführt und einer eigenständigen wirtschaftlichen Betrachtung unterzogen. Es gab eine eigene Einsatzsteuerung, eigene Ausbildungsmaßnahmen, eine eigene Produktbetreuung für die Mitarbeiter sowie einen eigenen Koordinator für diesen Bereich.

4

I kündigte den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zum 31. Mai 2009. Am 8. Mai 2009 führte die Insolvenzsuldnerin mit den Mitarbeitern der Druckerwartung eine Besprechung durch, an der auch der Kläger teilnahm. Dabei wurde über die Situation im Druckergeschäft gesprochen und es wurden verschiedene Überlegungen zu diesem Geschäftsbereich angestellt, zB den Teil Druckerwartung insgesamt zu schließen oder Kurzarbeit einzuführen. Der Kläger wurde ab dem 1. Juni 2009 bis zum 1. Oktober 2009 in unterschiedlicher Form eingesetzt. Die dazu vom Kläger eingereichte Arbeitszeitaufstellung hat die Beklagte nicht bestritten. Von den 90 Arbeitstagen in diesem Zeitraum war der Kläger an 37 Tagen bei einem Projekt „H“ tätig, bei dem es um Wartungen an „Druckern und ggf. dazugehörigen PC's“ ging. Drei weitere Arbeitstage war er bei anderen Kunden im Rahmen der Druckerwartung eingesetzt. An vier Arbeitstagen in diesem Zeitraum verrichtete der Kläger allgemeine Servicetätigkeiten auch außerhalb des Druckerbereichs. Elf Tage hatte er in dieser Zeit

5

Urlaub und weitere elf Tage sind als „Time Off“ vermerkt. Die verbleibenden Tage können keiner besonderen Tätigkeit zugeordnet werden.

Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin wurde zum 1. Oktober 2009 eröffnet, der Streitverkündete wurde zum Insolvenzverwalter bestellt. Ebenso wurde an diesem Tag über das Vermögen der Muttergesellschaft CDG das Insolvenzverfahren eröffnet und Rechtsanwalt S zum Insolvenzverwalter bestellt.

Am 18. September 2009 vereinbarten der Insolvenzverwalter und der vorläufige Insolvenzverwalter der CDG mit der Beklagten, die seinerzeit als A I GmbH firmierte, die Übertragung der Service- und Wartungsverträge sowie der zu deren Durchführung erforderlichen Teile (*Ersatzteillager, Werkzeuge, PCs, Laptops, Büroausstattung*) mit Wirkung zum 5. Oktober 2009. Außerdem verpflichtete sich die Beklagte, 56 Arbeitnehmern der Insolvenzschuldnerin Arbeitsverträge anzubieten. Die Beklagte bezahlte für die beweglichen Wirtschaftsgüter der Insolvenzschuldnerin 499.800,00 Euro und für deren eigenen Kundenstamm 47.600,00 Euro. Für den Kundenstamm (*Service- und Wartungsverträge*) der Muttergesellschaft wurden 476.000,00 Euro vergütet. Entsprechend dem Erwerberkonzept wurde ausdrücklich der Bereich „Druck“ ausgenommen, in welchem die Beklagte weder Serviceleistungen noch Arbeitnehmerüberlassung erbringen wollte. In Ziff. 11 der Vereinbarung zwischen dem Insolvenzverwalter und der A I GmbH, der jetzigen Beklagten, vom 18. September 2009 heißt es ua.:

„Die Vertragsparteien sind sich ausdrücklich darüber einig, dass es sich bei dem Betriebsteil ‚Druck‘ um einen eigenständigen Betriebsteil handelt, von [dem] keine Wirtschaftsgüter und auch keinerlei Vertragsbeziehungen zu Kunden der Schuldnerin übernommen werden. Die Arbeitnehmer, die dem Betriebsteil ‚Druck‘ zuzuordnen sind, ergeben sich aus der Anlage 3b. Der Erwerber hat keinen Willen, diese Arbeitnehmer zu übernehmen.“

Der Kläger ist in der Anlage 3b namentlich aufgeführt.

Am 1. Oktober 2009 war mit dem Betriebsrat der Insolvenzschuldnerin ein Interessenausgleich und Sozialplan vereinbart sowie eine Massenentlassungsanzeige bei der Arbeitsagentur in M abgegeben worden. Im Nachgang hierzu sprach der Insolvenzverwalter gegenüber sämtlichen Arbeitnehmern der Insolvenzschuldnerin, mit Ausnahme eines Arbeitnehmers, zu dessen Kündigung die Zustimmung des Integrationsamts erforderlich war, die Kündigung der Arbeitsverhältnisse zum 31. Januar 2010 aus. Am 1. Oktober 2009 kündigte der Insolvenzverwalter auch die von der Insolvenzschuldnerin eingegangenen Mietverhältnisse über Büroräume. Am 6. Oktober 2009 wurde der Rahmenvertrag mit der Firma E GmbH gekündigt, die das Ersatzteillager der Insolvenzschuldnerin gemanagt hatte. Ab dem 5. Oktober 2009 erbringt die Insolvenzschuldnerin keine Service- und Wartungsleistungen mehr.

Gegen die ihm ausgesprochene Kündigung erhob der Kläger Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht M (- 12 Ca 204/09 -), das mit Urteil vom 19. Februar 2010 rechtskräftig feststellte, dass die Kündigung unwirksam ist.

Der Kläger hat unter dem 29. Januar 2010 der Beklagten seine Arbeitskraft angeboten und sodann die vorliegende und später erweiterte Klage am 27. April 2010 beim Arbeitsgericht M eingereicht. Dieses hat sich mit Beschluss vom 31. Mai 2010 für örtlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven verwiesen.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe den Betrieb der Insolvenzschuldnerin übernommen. Dies ergebe sich bereits aus den Pressemitteilungen sowie den geschlossenen Verträgen. Die Beklagte habe eine Vielzahl an Arbeitnehmern und die Kunden der C D GmbH übernommen. Ferner ergebe sich die Übernahme des Betriebs auch daraus, dass die Know-how-Träger der Insolvenzschuldnerin von der Beklagten weiterbeschäftigt würden. Jedenfalls in der Revisionsinstanz ist zwischen den Parteien unstrittig geworden, dass die Druckerwartung einen eigenständigen Betriebsteil bei der Insolvenzschuldnerin darstellte. Es habe sich um eine selbständige, abtrennba-

re organisatorische Einheit im Sinne eines Betriebsteils nach § 613a BGB gehandelt, welcher von der Beklagten nicht übernommen worden sei.

Diesem Bereich der Druckerwartung sei er, der Kläger, jedoch nicht zuzuordnen. Da er als Service- und Systemtechniker für Hardware- und Softwareprodukte beschäftigt worden sei, könne eine Zuordnung allein in die Betriebsparte „Drucker“ nicht erfolgen. Jedenfalls nach Rückkehr aus der Arbeitnehmerüberlassung seit dem 1. Juni 2009 habe er auch in den sonstigen Servicebereichen der Insolvenzschuldnerin gearbeitet. Da diese übergegangen seien, sei auch sein Arbeitsverhältnis auf die Beklagte übergegangen. Entgelt für die Monate Oktober 2009 bis Oktober 2010 stehe ihm wegen Annahmeverzuges der Beklagten zu.

13

Der Kläger hat beantragt,

14

1. die Beklagte wird verurteilt, den Kläger zu einem Bruttomonatsverdienst von 4.813,83 Euro bei einer regelmäßigen Arbeitszeit von 40 Stunden wöchentlich zu den ansonsten unveränderten Bedingungen des Arbeitsvertrags vom 1. September 1975 als Systemtechniker mit Koordinierungsfunktion zu beschäftigen;
2. es wird festgestellt, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten seit dem 5. Oktober 2009 ein Arbeitsverhältnis zu den Bedingungen seines bis zum 4. Oktober 2009 bestehenden Arbeitsverhältnisses zur C GmbH zu unveränderten Bedingungen besteht;
3. die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.813,83 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 15. November 2009 abzüglich bereits am 30. Oktober 2009 gezahlter 1.484,40 Euro netto Arbeitslosengeld (Annahmeverzugslohn Oktober 2009) zu zahlen;
4. die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.813,83 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 15. Dezember 2009 abzüglich bereits am 30. November 2009 gezahlter 1.484,40 Euro netto Arbeitslosengeld (Annahmeverzugslohn November 2009) zu zahlen;
5. die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.813,83 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf

Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 15. Januar 2010 abzüglich bereits am 30. Dezember 2009 gezahlter 1.484,40 Euro netto Arbeitslosengeld (Annahmeverzugslohn Dezember 2009) zu zahlen;

6. die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.813,83 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 15. Februar 2010 abzüglich bereits am 29. Januar 2010 gezahlter 1.484,40 Euro netto Arbeitslosengeld (Annahmeverzugslohn Januar 2010) zu zahlen;
7. die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.813,83 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 15. März 2010 abzüglich bereits am 26. Februar 2010 gezahlter 1.484,40 Euro netto Arbeitslosengeld (Annahmeverzugslohn Februar 2010) zu zahlen;
8. die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.813,83 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozent über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 15. April 2010 abzüglich bereits am 26. März 2010 gezahlter 2.029,50 Euro netto zu zahlen (Annahmeverzugslohn März 2010);
9. die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.813,83 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozent über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 15. Mai 2010 abzüglich bereits am 27. April 2010 gezahlter 2.029,50 Euro netto zu zahlen (Annahmeverzugslohn April 2010);
10. die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.813,83 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozent über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 15. Juni 2010 abzüglich bereits am 26. Mai 2010 gezahlter 2.029,50 Euro netto zu zahlen (Annahmeverzugslohn Mai 2010);
11. die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.813,83 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozent über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit abzüglich bereits am 26. Juni 2010 gezahlter 2.029,50 Euro netto zu zahlen (Annahmeverzugslohn Juni 2010);
12. die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.813,83 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf

Prozent über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 15. August 2010 abzüglich bereits am 26. Juli 2010 gezahlter 2.029,50 Euro netto zu zahlen (Annahmeverzugslohn Juli 2010);

13. die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.813,83 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 15. September 2010 abzüglich bereits am 26. August 2010 gezahlter 2.029,50 Euro netto zu zahlen (Annahmeverzugslohn August 2010);
14. die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.813,83 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 15. Oktober 2010 abzüglich bereits am 26. September 2010 gezahlter 2.029,50 Euro netto zu zahlen (Annahmeverzugslohn September 2010);
15. die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.813,83 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 15. November 2010 abzüglich bereits am 26. Oktober 2010 gezahlter 2.029,50 Euro netto zu zahlen (Annahmeverzugslohn Oktober 2010).

Zur Begründung ihres Klageabweisungsantrages hat die Beklagte in Abrede gestellt, dass es zu einem Betriebsübergang gekommen sei. Dies gelte insbesondere für den bei der Insolvenzschuldnerin bestehenden Betriebsteil Druckerwartung, welchem der Kläger zuzuordnen gewesen sei. Die Insolvenzschuldnerin habe von I einen festen Auftrag zur Arbeitnehmerüberlassung gehabt. Wie bei der Arbeitnehmerüberlassung üblich, sei daher ihr Direktionsrecht an den Kunden abgegeben worden. Jedoch sei der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag von I zum 31. Mai 2009 unvorhergesehen und vorzeitig gekündigt worden. Daher habe es keine konkreten Maßnahmen der Insolvenzschuldnerin gegeben, wie mit der Situation umzugehen sei. Es seien verschiedene Modelle für den Betriebsteil Druckerwartung nach dem 1. Juni 2009 analysiert und ihre Umsetzung für das dritte Quartal 2009 angedacht worden, wozu es jedoch aufgrund des Insolvenzantrages vom Juli 2009 nicht mehr gekommen sei. Der Betriebsteil Druckerwartung sei nach dem 1. Juni 2009 nicht aufgelöst worden. Die Insolvenzschuldnerin habe lediglich versucht, die in diesem Betriebsteil beschäftigten Arbeitnehmer in irgendeiner Form zu beschäftigen. Nur für diesen

15

Betriebsteil sei Kurzarbeit beantragt worden. Die Beklagte habe nie das Konzept gehabt, Serviceleistungen im Bereich Druckerwartung selbst zu erbringen oder dafür Arbeitnehmerüberlassung zu betreiben, was Gegenstand des Kaufvertrags mit dem Streitverkündeten geworden sei. Überhaupt sei es zu keinem Betriebsübergang gekommen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter. 16

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist unbegründet. Ohne Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis die Klage als unbegründet befunden. 17

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: 18

Durch die rechtskräftig entschiedene Kündigungsschutzklage stehe fest, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die Kündigung des Streitverkündeten nicht beendet worden sei. Ein Anspruch auf Wiedereinstellung oder Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses setze grundsätzlich einen Betriebsübergang nach einer ursprünglich vorgesehenen Stilllegung des Betriebs voraus. Vorliegend könne weder von einem Betriebsübergang noch von einem auch den Kläger erfassenden Betriebsteilübergang ausgegangen werden. Bei einem Betriebsübergang sei die Wahrung der Betriebsidentität erforderlich. Betriebszweck der Insolvenzschuldnerin sei es gewesen, im Rahmen der Betriebsinteressen der CDG tätig zu werden. Die Beklagte habe jedoch keinen Hauptauftraggeber wie die CDG, sondern werde selbständig werbend am Markt tätig. Auch Arbeitnehmerüberlassung betreibe die Beklagte im Gegensatz zur Insolvenzschuldnerin nicht mehr. 19

Ein Betriebsteil, dem der Kläger zugeordnet gewesen sei, sei nicht auf die Beklagte übergegangen. Die Druckerwartung habe einen Betriebsteil der 20

Insolvenzschuldnerin dargestellt. Dieser sei von der Beklagten nicht übernommen worden, wie sich schon aus dem Kaufvertrag zwischen der Beklagten und dem Insolvenzverwalter mit hinlänglicher Klarheit ergebe. Der Kläger jedoch sei bis zuletzt diesem nicht übernommenen Betriebsteil zugeordnet gewesen. Dies ergebe sich zum Einen aus dem langen Zeitraum der Arbeitnehmerüberlassung, in dem der Kläger vom 1. Juni 2004 bis zum 31. Mai 2009 in der Druckerwartung tätig gewesen sei. Darüber hinaus sei eine ausdrückliche Zuordnungsentscheidung erfolgt. Am 19. Mai 2004 habe die Insolvenzschuldnerin dem Kläger bestätigt, ihn im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung einzusetzen. Dazu sei auch zwei Tage später der Annex zum Arbeitsvertrag zwischen dem Kläger und der Insolvenzschuldnerin vereinbart worden. Gemäß dessen Nummer 1 sei der Kläger an verschiedenen Orten und bei verschiedenen Kunden einzusetzen gewesen. Die Insolvenzschuldnerin habe von diesem Weisungsrecht Gebrauch gemacht, auch ab dem 1. Juni 2009 bis zum 1. Oktober 2009. In diesem Zeitraum sei er von der Insolvenzschuldnerin weiter im Bereich der Druckerwartung überwiegend eingesetzt worden. Urlaubs- oder „Time Off“-Zeiten seien nicht aussagekräftig im Hinblick auf eine anderweitige Zuordnung des Arbeitsverhältnisses des Klägers. Aus den Aufzeichnungen des Klägers ergebe sich, dass er auch ab dem 1. Juni 2009 überwiegend weiter im Bereich der Druckerwartung seine Arbeitsleistung erbracht habe. Eine ausdrückliche oder konkludente Zuordnungsentscheidung zu einem anderen Bereich der Insolvenzschuldnerin sei nicht erfolgt. Der Bereich „Druckerwartung“ sei weder aufgelöst noch in seinem Status als eigenes Profit-Center von der Insolvenzschuldnerin in Frage gestellt worden. Der Hinweis des Klägers, auch Arbeitsleistungen im Servicebereich ab dem 1. Juni 2009 erbracht zu haben, reiche nicht aus, um von einer anderen Zuordnung des Klägers auszugehen. Sein Arbeitsverhältnis sei weiterhin mit „Druckerwartung“ verknüpft gewesen. Dieser Betriebsteil sei aber unstreitig nicht auf die Beklagte übergegangen.

B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

21

I. Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerfrei eine Übernahme des gesamten Betriebs der Insolvenzschuldnerin durch die Beklagte verneint. Der Senat hat bereits entschieden, dass es nur einen Betriebsteilübergang „IT-Service“ gegeben hat (*BAG 21. Juni 2012 - 8 AZR 243/11 - Rn. 26 bis Rn. 62; 21. Juni 2012 - 8 AZR 244/11 -*).

1. Ein Betriebs- oder Betriebsteilübergang nach § 613a Abs. 1 BGB setzt die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit voraus. Eine solche besteht aus einer organisatorischen Gesamtheit von Personen und/oder Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Ob ein im Wesentlichen unveränderter Fortbestand der organisierten Gesamtheit „Betrieb“ bei einem neuen Inhaber anzunehmen ist, richtet sich nach den Umständen des konkreten Falls. Als Teilaspekte der Gesamtwürdigung zählen insbesondere die Art des betreffenden Betriebs, der Übergang materieller Betriebsmittel wie beweglicher Güter und Gebäude, der Wert immaterieller Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der Übergang von Kundschaft und Lieferantenbeziehungen, der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer Unterbrechung dieser Tätigkeit. Die Identität der Einheit kann sich auch aus anderen Merkmalen ergeben, wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und ggf. den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- oder Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu (*vgl. EuGH 11. März 1997 - C-13/95 - [Ayse Süzen] Rn. 13 - 18, Slg. 1997, I-1259 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 14 = EzA BGB § 613a Nr. 145 und 15. Dezember 2005 - C-232/04 und C-233/04 - [Güney-Görres] Rn. 32 - 35, Slg. 2005, I-11237 = AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 41; BAG 13. Dezember 2007 - 8 AZR 937/06 - AP BGB § 613a Nr. 341 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 88*).

In Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann auch eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ist in diesem Fall 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 anderen (*Funktionsnachfolge*) ebenso wenig einen Betriebsübergang dar wie die reine Auftragsnachfolge (vgl. *EuGH 20. Januar 2011 - C-463/09 - [CLECE] Slg. 2011, I-95 = AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 8 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2001/23 Nr. 6; BAG 23. September 2010 - 8 AZR 567/09 - Rn. 30, AP BGB § 613a Nr. 389 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 120*). Eine Einheit darf nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden (vgl. *EuGH 20. Januar 2011 - C-463/09 - [CLECE] Rn. 41, aaO; 11. März 1997 - C-13/95 - [Ayse Süzen] Rn. 15, Slg. 1997, I-1259 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 14 = EzA BGB § 613a Nr. 145*). In betriebsmittelgeprägten Betrieben kann ein Betriebsübergang auch ohne Übernahme von Personal vorliegen (vgl. *EuGH 20. November 2003 - C-340/01 - [Carlito Abler] Rn. 36, 37, Slg. 2003, I-14023 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 34 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 13; vgl. auch BAG 22. Juli 2004 - 8 AZR 350/03 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 111, 283 = AP BGB § 613a Nr. 274 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 27*). Sächliche Betriebsmittel sind im Rahmen einer Auftragsneuvergabe wesentlich, wenn bei wertender Betrachtungsweise ihr Einsatz den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs ausmacht (vgl. *BAG 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - BAGE 121, 289 = AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 64*). Kriterien hierfür können sein, dass die Betriebsmittel unverzichtbar zur auftragsgemäßen Verrichtung der Tätigkeiten sind (vgl. *BAG 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - aaO*), auf dem freien Markt nicht erhältlich sind oder ihr Gebrauch vom Auftraggeber zwingend vorgeschrieben ist (vgl. *BAG 13. Juni 2006 - 8 AZR 271/05 - AP BGB § 613a Nr. 305 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 53*).

Wesentliche Änderungen in der Organisation, der Struktur oder im Konzept der betrieblichen Tätigkeit können einer Identitätswahrung entgegenstehen (vgl. BAG 4. Mai 2006 - 8 AZR 299/05 - Rn. 34 mwN, BAGE 118, 168 = AP BGB § 613a Nr. 304 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 51). So spricht eine Änderung des Betriebszwecks gegen eine im Wesentlichen unveränderte Fortführung des Betriebs und damit gegen die für einen Betriebsübergang erforderliche Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit (vgl. BAG 13. Juli 2006 - 8 AZR 331/05 - AP BGB § 613a Nr. 313). Ein Betriebsübergang scheidet auch aus, wenn die funktionelle Verknüpfung der Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung zwischen den Produktionsfaktoren beim anderen Unternehmer verloren geht. Bei einer Eingliederung der übertragenen Einheit in die Struktur des Erwerbers fällt der Zusammenhang dieser funktionellen Verknüpfung der Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung zwischen den für einen Betriebsübergang maßgeblichen Faktoren nicht zwangsläufig weg. Die Beibehaltung der „organisatorischen Selbständigkeit“ ist nicht erforderlich, wohl aber die Beibehaltung des Funktions- und Zweckzusammenhangs zwischen den verschiedenen übertragenen Faktoren, der es dem Erwerber erlaubt, diese Faktoren, auch wenn sie in eine andere Organisationsstruktur eingegliedert werden, zur Verfolgung einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit zu nutzen (vgl. EuGH 12. Februar 2009 - C-466/07 - [Klarenberg] Slg. 2009, I-803 = AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 4 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2001/23 Nr. 2; BAG 27. Januar 2011 - 8 AZR 326/09 - Rn. 27, AP BGB § 613a Nr. 402 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 123).

25

Dem Übergang eines gesamten Betriebs steht der Übergang eines Betriebsteils gleich. Auch beim Erwerb eines Betriebsteils ist es erforderlich, dass die wirtschaftliche Einheit ihre Identität wahrt. Daher muss eine Teileinheit des Betriebs bereits beim früheren Betriebsinhaber die Qualität eines Betriebsteils gehabt haben (vgl. BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 455/10 - Rn. 37, AP BGB § 613a Nr. 415 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 129; 27. Januar 2011 - 8 AZR 326/09 - Rn. 23, AP BGB § 613a Nr. 402 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 123). Beim bisherigen Betriebsinhaber musste also eine selbständig abtrennbare organisatorische Einheit vorhanden sein, mit der innerhalb des betrieblichen

26

Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wurde (vgl. BAG 27. Januar 2011 - 8 AZR 326/09 - aaO). Das Merkmal des Teilzwecks dient zur Abgrenzung der organisatorischen Einheit. Im Teilbetrieb müssen keine andersartigen Zwecke als im übrigen Betrieb verfolgt werden. Ergibt die Gesamtbetrachtung eine identifizierbare wirtschaftliche und organisatorische Teileinheit, so muss diese beim Erwerber im Wesentlichen unverändert fortbestehen (vgl. BAG 24. August 2006 - 8 AZR 556/05 - AP BGB § 613a Nr. 315 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 59), wobei der übertragene Betriebsteil seine organisatorische Selbständigkeit beim Betriebserwerber nicht vollständig bewahren muss. Vielmehr genügt es, dass der Betriebs(teil)erwerber die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehält und es ihm derart ermöglicht wird, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen (vgl. EuGH 12. Februar 2009 - C-466/07 - [Klarenberg] Slg. 2009, I-803 = AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 4 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2001/23 Nr. 2).

2. Zwar hat die Beklagte nicht den gesamten Betrieb der Insolvenzschuldnerin übernommen, nach den og. Grundsätzen hat aber ein Betriebsteilübergang „IT-Service“ stattgefunden. 27

a) Bei dem von der Insolvenzschuldnerin betriebenen IT-Service handelt es sich um eine wirtschaftliche Einheit. Deren Zweck war darauf gerichtet, Kunden im vertraglich vereinbarten Umfang als Ansprechpartner zur EDV-Wartung bzw. zur Erbringung von Serviceleistungen zur Verfügung zu stehen. Betriebszweck war nicht, der Muttergesellschaft nur als Serviceerbringer bzw. Subunternehmer zu dienen. Ihre Kundenberatung, Service- und Wartungstätigkeiten hat die Insolvenzschuldnerin nicht bei der Muttergesellschaft der CDG, dh. intern, sondern bei den Kunden vor Ort diesen gegenüber erbracht. Zweck war daher die Kundenbetreuung nach außen, nicht die Betreuung der Muttergesellschaft. Auch war der Zweck nicht darauf reduziert, Kunden der Muttergesellschaft CDG mit Service- und/oder Wartungsleistungen zu versorgen. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Insolvenzschuldnerin auch eigene, dh. nicht durch die CDG vermittelte Kunden betreute. Zwar erbrachte die Insolvenz-

28

schuldnerin im Rahmen ihrer vertraglichen Beziehungen zur CDG den weitaus größten Teil ihrer Serviceleistungen gegenüber den von dieser akquirierten Kunden. Dies ändert aber nichts daran, dass Zweck der Insolvenzsuldnerin war, Kunden in IT-Fragen zu betreuen, unabhängig davon, auf welche Weise und von wem der jeweilige Kunde geworben worden war.

Damit die Insolvenzsuldnerin diese Tätigkeiten erbringen konnte, unterhielt sie eine Organisation, welche diesem Betriebszweck diente. Erforderlich waren dazu vor allem die IT-Servicemitarbeiter, welche ihre Serviceleistungen gegenüber den Kunden am Telefon beratend, mittels Computern oder vor Ort erbrachten. Weiter gehörten dazu die zur Durchführung dieser Aufgaben erforderlichen Betriebsmittel, wie zB Räumlichkeiten, Telefonanlagen, PCs und Fahrzeuge. Diese materiellen Betriebsmittel, insbesondere die Telefonanlagen, PCs und Fahrzeuge dienten allerdings nur dazu, es den IT-Servicemitarbeitern zu ermöglichen, als Ansprechpartner für Service- und Wartungsfragen zur Verfügung zu stehen und eine Kontaktaufnahme bzw. ein Erscheinen beim Kunden zu gewährleisten. Im Mittelpunkt stand die kompetente Beratung und Kundenbetreuung durch die Mitarbeiter, was sich schon daran zeigt, dass die Mitarbeiter umfassend durch die Insolvenzsuldnerin geschult wurden, um ihre Serviceleistungen auf dem Stand der aktuellen Technik erbringen zu können. Soweit es für die Wartung von EDV-Anlagen notwendig war, Komponenten auszutauschen bzw. zu erneuern, dienten die bei der Insolvenzsuldnerin vorgehaltenen Ersatzteile dazu, den Wartungsauftrag ordnungsgemäß erledigen zu können. Allerdings ändert dies nichts daran, dass auch die Ersatzteile nur Hilfsmittel waren, damit die Servicemitarbeiter ihren Wartungsauftrag ordnungsgemäß erfüllen konnten.

29

b) Mit der Einräumung der Option zum Eintritt in Vertragsbeziehungen, dem Erwerb des Warenlagers der Insolvenzsuldnerin und der Aufnahme der im Wesentlichen unveränderten IT-Servicetätigkeit durch Beschäftigung von mindestens 50 der zuvor von der Insolvenzsuldnerin eingesetzten Mitarbeiter und deren Führungskräften, ist die wirtschaftliche Einheit „IT-Servicebetrieb“ auf die Beklagte unter Wahrung ihrer Identität übergegangen.

30

aa) Einem Betriebsübergang steht nicht entgegen, dass die Beklagte 31
sächliche Betriebsmittel wie PCs, Mobiltelefone, die Telefonanlage, die Fahr-
zeuge oder einzelne Räumlichkeiten der Insolvenzschuldnerin nicht übernom-
men hat. Diese sächlichen Betriebsmittel waren für den IT-Servicebetrieb nicht
identitätsprägend.

Allein der Umstand, dass sächliche Betriebsmittel für die Erbringung der 32
Dienstleistung erforderlich sind, führt noch nicht dazu, dass diese Betriebsmittel
für die betriebliche Tätigkeit identitätsprägend sind, was die Annahme eines
betriebsmittelgeprägten Betriebs rechtfertigen würde (*vgl. BAG 25. Juni 2009*
- 8 AZR 258/08 - Rn. 30, AP BGB § 613a Nr. 373 = EzA BGB 2002 § 613a
Nr. 111). Ob sächliche Betriebsmittel identitätsprägend sind, richtet sich nach
der Eigenart des jeweiligen Betriebs. Sächliche Betriebsmittel sind wesentlich,
wenn ihr Einsatz bei wertender Betrachtung den eigentlichen Kern des zur
Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs ausmacht (*vgl. BAG*
15. Dezember 2011 - 8 AZR 197/11 - Rn. 51, AP BGB § 613a Nr. 423 = EzA
BGB 2002 § 613a Nr. 130; 25. Juni 2009 - 8 AZR 258/08 - aaO).

Die von der Beklagten nicht übernommenen sächlichen Betriebsmittel 33
wie einzelne Büroräume, Telefonanlagen, Computer oder die von der Insol-
venzschuldnerin geleaste Kraftfahrzeuge dienten ausschließlich als Hilfsmittel
dazu, den IT-Servicemitarbeitern ihre Beratungs-, Service- und Wartungstätig-
keit zu ermöglichen bzw. sie darin zu unterstützen, ohne dass diese im Vorder-
grund der betrieblichen Betätigung gestanden hätten. Diese sächlichen Mittel
hatten für die Identität der wirtschaftlichen Einheit keine entscheidende Bedeu-
tung. Für die wirtschaftliche Wertschöpfung in dem IT-Serviceunternehmen
spielte vielmehr die menschliche Arbeitskraft die entscheidende Rolle. Im
Vordergrund der betrieblichen Tätigkeit stand einerseits die Kommunikation
zwischen den Servicemitarbeitern und den Kunden und andererseits die auf-
tragsgemäße Verrichtung von Service- und Wartungstätigkeiten durch die
Servicemitarbeiter. Diese hatten die Kunden und deren EDV-Anlagen individuell
zu betreuen, auftretende Probleme zu analysieren, Lösungen zu erarbeiten und
diese umzusetzen. Soweit bei dieser Tätigkeit Computer zum Einsatz kamen
und bspw. der Problemanalyse dienten, war es weiter Sache der Servicemit-

arbeiter, aus den gewonnenen Daten die richtigen Schlüsse zu ziehen und Lösungen zur Problembewältigung zu erarbeiten. Dabei kam einem dem Stand der Technik entsprechendes Fachwissen der Mitarbeiter entscheidende Bedeutung zu. Daran zeigt sich, dass die Kenntnisse und Fertigkeiten der Servicemitarbeiter im sich ständig verändernden EDV-Technik-Umfeld das eigentliche „Betriebskapital“ eines IT-Serviceunternehmens darstellen. Die große Bedeutung der Kenntnisse und Fertigkeiten der Mitarbeiter kommt daher auch in der Pressemitteilung der A AG vom 17. September 2009 zum Ausdruck, in der es heißt: „Die Leistungen werden wie bisher von hoch qualifizierten Mitarbeitern erbracht werden, die die erforderlichen Zertifizierungen aller namhafter Hersteller aufweisen“.

bb) Die Beklagte hat durch die Beschäftigung von mindestens 50 Arbeitnehmern der Insolvenzschuldnerin einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernommen, was im Rahmen der Gesamtwürdigung ein gewichtiges Indiz für einen Betriebsübergang darstellt. 34

Es hängt dann von der Struktur des Betriebs oder Betriebsteils ab, welcher nach Zahl und Sachkunde zu bestimmende Teil der Belegschaft übernommen werden muss, um die Rechtsfolgen des § 613a BGB auszulösen. Haben die Arbeitnehmer einen geringen Qualifikationsgrad, muss eine hohe Anzahl von ihnen weiterbeschäftigt werden, um auf einen Fortbestand der vom Konkurrenten geschaffenen Arbeitsorganisation schließen zu können. Ist ein Betrieb stärker durch Spezialwissen und die Qualifikation der Arbeitnehmer geprägt, kann neben anderen Kriterien ausreichen, dass wegen ihrer Sachkunde wesentliche Teile der Belegschaft übernommen werden (*vgl. BAG 25. September 2008 - 8 AZR 607/07 - Rn. 54, AP BGB § 613a Nr. 355 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 98*). Entscheidend ist, ob der weiterbeschäftigte Belegschaftsteil insbesondere aufgrund seiner Sachkunde, seiner Organisationsstruktur und nicht zuletzt auch seiner relativen Größe im Grundsatz funktionsfähig bleibt. 35

Die Beklagte beschäftigt mindestens 50 der 87 bzw. zuletzt noch 80 der zuvor bei der Insolvenzschuldnerin beschäftigten Arbeitnehmer, dh. IT- 36

Servicetechniker, EDV-Service-Mitarbeiter und Führungskräfte. Damit hat die Beklagte einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil der bisher bei der Insolvenzschuldnerin beschäftigten Arbeitnehmer übernommen, unabhängig davon, ob man von 80 (*dann 62,5 %*) oder 87 (*dann rd. 57,5 %*) zuletzt bei der Insolvenzschuldnerin beschäftigten Mitarbeitern ausgeht. Die Beklagte nutzt jedenfalls die Fachkenntnisse von weit mehr als der Hälfte der von der Insolvenzschuldnerin eingesetzten Arbeitnehmer. Dies genügt im Hinblick auf die Struktur des Betriebs für die Annahme eines Betriebsteilübergangs. Der IT-Servicebetrieb ist in besonderer Weise durch die Spezialkenntnisse und Qualifikationen seiner Mitarbeiter geprägt, da die zu verrichtenden Tätigkeiten nur nach einem Studium oder einer Ausbildung im IT-Bereich und nach Schulungen in Bezug auf einzelne EDV-Produkte ausgeführt werden können. Dabei müssen die Kenntnisse im Hinblick auf die sich ständig verändernde Technik auf dem Laufenden gehalten werden. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu den Fällen, in denen der Senat auch die Weiterbeschäftigung von 60 % (*vgl. BAG 24. Mai 2005 - 8 AZR 333/04 - zu II 1 c der Gründe, EzA BGB 2002 § 613a Nr. 37*) oder zwei Drittel (*vgl. BAG 19. März 1998 - 8 AZR 737/96 - zu I 2 b der Gründe*) der zuvor beim früheren Arbeitgeber beschäftigten Reinigungskräfte oder von 61,11 % (*vgl. BAG 14. Mai 1998 - 8 AZR 418/96 - zu II 3 b der Gründe, NZA 1999, 483*) bzw. 57 % (*vgl. BAG 15. Dezember 2011 - 8 AZR 197/11 - Rn. 55, AP BGB § 613a Nr. 423 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 130*) der beschäftigten einfachen Wachleute nicht hat genügen lassen, um eine Identitätswahrung anzunehmen. Weder Reinigungs- noch Wachtätigkeiten setzen ein Qualifikationsniveau voraus, das demjenigen von IT-Fachkräften entspricht.

Vorliegend hat die Beklagte einen funktionsfähigen Belegschaftsteil weiterbeschäftigt. Zu den beschäftigten Arbeitnehmern gehören nämlich nicht nur IT-Servicetechniker, sondern auch die Führungskräfte der Insolvenzschuldnerin, welche die Beklagte in gleichen bzw. vergleichbaren Positionen einsetzt. Neben dem Geschäftsführer beschäftigt die Beklagte acht Mitarbeiter, die leitende Funktionen innehalten, in vergleichbaren Positionen weiter. Sie nutzt so nicht nur das Know-how der IT-Servicemitarbeiter, sondern auch das spezifische Fachwissen, die Kontakte und die Marktkenntnisse der Führungskräfte,

37

welche notwendig sind, um ein IT-Serviceunternehmen zu führen. Der Nutzung dieses betriebspezifischen Know-hows der Führungskräfte kommt für die Frage des Betriebsübergangs ganz erhebliche Bedeutung zu (vgl. BAG 11. September 1997 - 8 AZR 555/95 - zu B 2 e der Gründe, BAGE 86, 271 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 16 = EzA BGB § 613a Nr. 153). Wie bisher ergänzen sich die Führungskräfte und IT-Service Mitarbeiter wechselseitig zur Verwirklichung des Betriebszwecks durch Ausübung im Wesentlichen unveränderter Funktionen. Damit profitiert die Beklagte von der durch die Insolvenzschildnerin in der personellen Verknüpfung und dem Know-how der Führungskräfte und der anderen Mitarbeiter geschaffenen Betriebsorganisation. Dies hat die Beklagte auch veranlasst, dies im Internet zu Werbezwecken einzusetzen. Dort spricht die Beklagte potentielle Kunden gerade damit an, dass ihr Management aus einem „eingespielten Team aus früheren C Führungskräften [besteht], das viele Jahrzehnte an Erfahrungen im Service mitbringt und weiß, was Kunden in Rechenzentren und bei geschäftskritischen Infrastrukturen erwarten und wie diese Anforderungen schnell und akkurat zu realisieren sind“.

cc) Ein weiteres Indiz für einen Betriebsteilübergang stellt der Erwerb eines Lagerbestands der Insolvenzschildnerin von erheblichem Wert dar. Zwar wird die wirtschaftliche Identität des IT-Servicebetriebs ganz wesentlich durch die menschliche Arbeitskraft geprägt. Den sächlichen Betriebsmitteln, dh., den insbesondere zur Wartung notwendigen Ersatzteilen, kommt demgegenüber eine geringere Bedeutung zu. Der Betriebszweck des Betriebs der Insolvenzschildnerin war nämlich nicht ein Ersatzteilhandel für EDV-Anlagen, sondern die Bereitstellung eines umfassenden Services in Bezug auf Hard- und Softwareprodukte. Gleichwohl kann auch die Übertragung von sächlichen Betriebsmitteln von nicht unbedeutendem Wert in Betrieben, die nicht wesentlich durch sächliche Betriebsmittel geprägt sind, ein weiteres Indiz für einen Betriebsübergang darstellen. 38

dd) Für einen Betriebsübergang spricht weiter, dass die Beklagte die Kundenkarteien der Insolvenzschildnerin und der CDG erworben hat und ihr gleichzeitig die Befugnis seitens der Insolvenzverwalter eingeräumt wurde, in 39

bestehende Service- und Wartungsverträge der Insolvenzschuldnerin bzw. deren Muttergesellschaft einzutreten bzw. neue Verträge mit den Endkunden abzuschließen. Hiermit verknüpft war zudem, dass der Beklagten auch eingeräumt wurde, in Bezug auf die Service- und Wartungsverträge, in die damit zusammenhängenden Vertragsverhältnisse mit Hard- und Softwarelieferanten einzutreten.

Zwar hat die Beklagte mit den Verträgen vom 18. September 2009 weder die Kunden der Insolvenzschuldnerin noch die der CDG „übernommen“. Eine solche Übernahme kam schon deshalb nicht in Betracht, da ein etwaiger Eintritt der Beklagten in bestehende Verträge jeweils vom Willen der Vertragspartner abhängig war. Entscheidend ist unter marktwirtschaftlichen Bedingungen für einen Dienstleistungsbetrieb ohnehin nur, ob die Kundschaft erneut gewonnen bzw. gehalten werden kann (vgl. *ErfK/Preis 12. Aufl. § 613a BGB Rn. 31; APS/Steffan 4. Aufl. § 613a BGB Rn. 39*), also, ob die Grundlagen für die Erhaltung des Kundenkreises bestehen bleiben. Dies ist der Fall, wenn der Erwerber eine ähnliche Tätigkeit verrichtet und sich die von ihm hergestellten Produkte und/oder Dienstleistungen an einen im Wesentlichen unveränderten Kundenkreis richten. Ist dies der Fall, spricht es für einen Betriebsübergang, wenn eine Kundenkartei oder die Vertriebsberechtigung für ein bestimmtes Gebiet übertragen wird (vgl. *EuGH 7. März 1996 - C-171/94 und C-172/94 - [Merckx u. Neuhuys] Slg. 1996, I-1253 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 9 = EzA BGB § 613a Nr. 138*). Dadurch wird der Erwerber in die Lage versetzt, die Kunden anzusprechen und als Vertragspartner im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit zu gewinnen.

40

Mit Vertrag vom 18. September 2009 hat die Beklagte vom Insolvenzverwalter der Insolvenzschuldnerin die Befugnis erhalten, mit den Kunden und Vertragspartnern der Insolvenzschuldnerin neue Verträge abzuschließen bzw. in bestehende Verträge einzutreten. Diese Befugnis bezog sich auf diejenigen Kunden, mit denen die Insolvenzschuldnerin in direkten Vertragsbeziehungen stand, was ca. 10 % der wirtschaftlichen Tätigkeit der Insolvenzschuldnerin ausmachte. Eine unmittelbare „Übernahme“ der Vertragsbeziehungen der Muttergesellschaft CDG, welche ca. 90 % der wirtschaftlichen Tätigkeit der

41

Insolvenzschuldnerin als Subunternehmerin darstellte, kam aus rechtlichen Gründen nicht in Betracht. Um aber den unveränderten Endkundenkreis ansprechen und diesem gleiche IT-Serviceleistungen anbieten zu können, erwarb die Beklagte vom Insolvenzverwalter der CDG die Liste derjenigen Kunden, für welche die Insolvenzschuldnerin bisher ihre Service- und Wartungsleistungen als Subunternehmerin erbracht hatte. Gleichzeitig wurde der Beklagten die Befugnis eingeräumt, in bisher mit der CDG bestehende Service- und Wartungsverträge einzutreten bzw. mit den Kunden der CDG neue Wartungsverträge abzuschließen. Entsprechend dem Volumen der wirtschaftlichen Tätigkeit und dem Wert dieser Vertragsbeziehungen betrug der Kaufpreis für die Kundenliste und die vom Insolvenzverwalter der CDG eingeräumten Befugnisse 400.000,00 Euro. Zwar handelte es sich bei den so „übertragenen“ Kundenbeziehungen nicht um Vertragspartner der Insolvenzschuldnerin. Im Rahmen der Gesamtwürdigung kann aber die vertragliche Befugnis und Möglichkeit zur Übernahme der Kundschaft der CDG und der im Kaufpreis zum Ausdruck kommende erhebliche Wert dieser immateriellen Aktiva nicht unberücksichtigt bleiben. Diese Kundenbeziehungen entsprechen letztlich dem Wert der vertraglichen Beziehung zwischen der Insolvenzschuldnerin und ihrer Muttergesellschaft CDG. Diese Beziehung bildete den Großteil der betrieblichen Tätigkeit der Insolvenzschuldnerin und war Quelle der Wertschöpfung. Mit den übertragenen Kundenlisten und Befugnissen wurde die Beklagte in die Lage versetzt, in unveränderter Weise gegenüber demselben Nutzerkreis ihre Serviceleistungen im Rahmen längerfristiger Serviceverträge anbieten zu können. Dementsprechend tritt die Beklagte auch werbend am Markt auf und spricht die von ihr bisher betreuten Kunden nun direkt als mögliche Vertragspartner an. Die Übertragung der Kundenliste der CDG und die eingeräumten Befugnisse zielten insgesamt darauf ab, eine funktionsfähige wirtschaftliche Einheit zu übertragen und im Verhältnis zu den Endkunden im Wesentlichen unveränderte Service- und Wartungsleistungen anzubieten.

Dass die am 18. September 2009 mit den Insolvenzverwaltern der In-

42

deutlich, dass nicht allein die Befugnis eingeräumt wurde, in Service- und Wartungsverträge einzutreten. Vielmehr war damit zusätzlich die Option verknüpft, in die jeweils mit den Service- und Wartungsverträgen zusammenhängenden Vertragsverhältnisse mit Hard- und Softwarelieferanten einzusteigen. Auch die Übernahme bzw. die Möglichkeit zur Übernahme von Lieferantenbeziehungen ist für die Frage, ob ein Betriebsübergang vorliegt, zu berücksichtigen (vgl. BAG 24. August 2006 - 8 AZR 556/05 - AP BGB § 613a Nr. 315 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 59).

Unerheblich ist, dass es der Beklagten nur gelungen ist, mit 96 von früher 448 Kunden der CDG Service- bzw. Wartungsverträge abzuschließen. Dies ist Folge des Umstands, dass Kundschaft tatsächlich nicht „übernommen“ werden kann. Für die Frage der Identitätswahrung kommt es nicht darauf an, ob bzw. in welchem Umfang die im Wesentlichen unveränderte wirtschaftliche Betätigung des Erwerbers tatsächlich erfolgreich ist. 43

ee) Gegen einen Betriebsübergang spricht nicht, dass die Beklagte weder den Namen bzw. die Marken der Insolvenzschuldnerin noch deren Softwarelizenzen übernommen hat. 44

Zwar handelt es sich bei Schutzrechten und Lizenzen auch um immaterielle Betriebsmittel, deren Übernahme bzw. Nichtübernahme mit Rücksicht auf die Art des betreffenden Betriebs im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen ist. Auch die Übernahme des Firmennamens kann einen Anhaltspunkt dafür darstellen, dass die Marktstellung des bisherigen Inhabers genutzt werden soll (vgl. BAG 16. Februar 2006 - 8 AZR 204/05 - Rn. 22, AP BGB § 613a Nr. 300 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 46). Allerdings beseitigt allein die Änderung des Namens, unter dem der Betrieb geführt wird, nicht seine Identität, wenn die Zielsetzung dieselbe bleibt (vgl. BAG 21. August 2008 - 8 AZR 201/07 - Rn. 49, AP BGB § 613a Nr. 353 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 95). Die Namensänderung von C GmbH zu A GmbH beinhaltet keine Änderung der Zielsetzung der wirtschaftlichen Einheit. 45

Auch der Umstand, dass die Beklagte neue Softwarelizenzen erworben, also die Software der Insolvenzschuldnerin nicht weitergenutzt hat, beseitigt 46

nicht die Identität der wirtschaftlichen Einheit. Die wirtschaftliche Einheit des IT-Servicebetriebs der Insolvenzschuldnerin war nicht wesentlich durch die verwendeten Computer und die Software geprägt. Diese hatten jeweils nur Hilfsfunktion, um die Servicemitarbeiter in der Erbringung der eigentlichen Service- und Wartungsleistung zu unterstützen.

ff) Auch hat sich die Art des Betriebs nicht geändert. 47

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats stellen wesentliche Änderungen der Tätigkeit aufgrund von Änderungen des Konzepts und der Struktur Faktoren dar, welche einem Betriebsübergang entgegenstehen können (*vgl. BAG 4. Mai 2006 - 8 AZR 299/05 - Rn. 34, BAGE 118, 168 = AP BGB § 613a Nr. 304 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 51*). Gegen eine Veränderung des Betriebszwecks und damit für einen Betriebsübergang spricht es aber, wenn die Tätigkeiten vor und nach der Übernahme von Betriebsmitteln oder von wesentlichen Teilen des Personals ähnlich, dh. nicht wesentlich anders, sind (*vgl. BAG 25. Juni 2009 - 8 AZR 258/08 - Rn. 39, AP BGB § 613a Nr. 373 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 111*).

Die Beklagte bietet gleichartige Leistungen wie die Insolvenzschuldnerin an. Dementsprechend hat sich auch der Gegenstand der Tätigkeit der Mitarbeiter nicht wesentlich verändert. Die IT-Servicemitarbeiter stehen nach wie vor den Kunden als Ansprechpartner für EDV-Fragen und zur Erfüllung der jeweiligen IT-Serviceverträge zur Verfügung. Sie analysieren EDV-Probleme, erarbeiten Lösungen und setzen diese um oder warten die Datenverarbeitungsanlagen. Der von der Beklagten erworbene Lagerbestand wird wie zuvor von der Insolvenzschuldnerin eingesetzt, um IT-Service- und Wartungsverträge zu erfüllen. Die Beklagte spricht den Endkundenkreis an, der zuvor von der Insolvenzschuldnerin betreut wurde. Die funktionelle Verknüpfung zwischen den sächlichen Betriebsmitteln, dh. den gelagerten Ersatzteilen und der eigentlichen Serviceleistung durch die hoch qualifizierten Mitarbeiter hat sich nicht verändert. Unerheblich ist, dass die Beklagte keine Tätigkeiten im Netzwerk-Support H3C oder keine Tätigkeiten im Bereich der Graudata Storage Systeme mehr verrichtet. Diese Tätigkeiten waren für den IT-Servicebetrieb der Insolvenzschuldnerin

nicht prägend. Eine bloße Begrenzung des Leistungsangebots hat den Betriebszweck der Beklagten nicht verändert.

Eine Veränderung des Betriebszwecks ist auch nicht dadurch eingetreten, dass die Beklagte nun nicht mehr im großen Umfang für einen Auftraggeber als Subunternehmerin tätig wird, sondern eigene Vertriebsbemühungen deutlich verstärkt und hierzu nun Abteilungen und Funktionen aufgebaut hat, die zuvor durch die Muttergesellschaft der Insolvenzschuldnerin zur Verfügung gestellt worden waren bzw. aufgrund der Tätigkeit als Subunternehmerin nicht notwendig waren. Betriebszweck ist und bleibt die Tätigkeit als IT-Service-Dienstleister, unabhängig davon, auf welche Weise Aufträge akquiriert werden. Der Betriebszweck wird nicht dadurch verändert, dass sich die Art der (End-)Kundengewinnung ändert.

50

gg) Ein Betriebsübergang scheitert auch nicht daran, dass die Beklagte die Aufgaben nunmehr in direkter Vertragsbeziehung zu den Endkunden erbringt und in diesem Zusammenhang organisatorische Veränderungen vorgenommen hat. Die Beklagte erfüllt ihre Aufgaben dadurch nicht mit einer wesentlich veränderten organisatorischen Zusammenfassung von Ressourcen. Entscheidend ist, dass der Funktions- und Zweckzusammenhang zwischen den verschiedenen übertragenen Faktoren beibehalten worden ist und es dadurch der Beklagten möglich ist, diese Faktoren in ihrer Organisationsstruktur zur Verfolgung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zu nutzen (*vgl. EuGH 12. Februar 2009 - C-466/07 - [Klarenberg] Slg. 2009, I-803 = AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 4 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2001/23 Nr. 2; BAG 27. Januar 2011 - 8 AZR 326/09 - Rn. 27, AP BGB § 613a Nr. 402 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 123*).

51

Allein der Umstand, dass die Beklagte ihre Tätigkeit von teilweise anderen Räumen aus organisiert bzw. erbringt und das Unternehmen seinen Sitz verlegt hat, spricht nicht gegen einen Betriebsübergang. Die Ähnlichkeit einer betrieblichen Tätigkeit und damit die Identität der wirtschaftlichen Einheit geht nicht bereits dadurch verloren, dass ein Erwerber den Betrieb verlegt (*vgl. BAG 25. Juni 2009 - 8 AZR 258/08 - Rn. 43, AP BGB § 613a Nr. 373 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 111*). Die Identität eines IT-Servicebetriebs, der Kunden

52

telefonisch betreut bzw. einen Vor-Ort-Service bietet, wird nicht entscheidend davon geprägt, von welchem Ort aus die Mitarbeiter ihre Beratungs- und/oder Serviceleistungen erbringen bzw. von wo aus sie ihre Kundenbesuche starten. Anders als im Einzelhandel hängt die Möglichkeit, die Kundschaft zu halten, nicht davon ab, wo sich die Räumlichkeiten bzw. die Geschäftslokale befinden (vgl. BAG 2. Dezember 1999 - 8 AZR 796/98 - zu II 2 b der Gründe, AP BGB § 613a Nr. 188 = EzA BGB § 613a Nr. 188). Deshalb stellt es auch keine für die Identitätswahrung entscheidende Organisationsänderung dar, wenn die Servicemitarbeiter nun ihre Servicetätigkeit zum Teil von ihrem Home-Office aus starten oder Leistungen von anderen Büroräumen aus als bislang erbracht werden.

Die von der Beklagten neu aufgebauten bzw. erweiterten Strukturen, wie Vertrieb, Einkauf, Marketing oder eine Personalabteilung und die in diesem Zusammenhang ggf. durchgeführten Neueinstellungen haben zu keiner für die Identitätswahrung relevanten Organisationsänderung geführt. Die Beklagte verfolgt kein anderes unternehmerisches Konzept, weil sie bei der Insolvenzschildnerin nicht bzw. nur rudimentär vorhandene Strukturen erweitert bzw. aufgebaut hat. Dabei handelt es sich um reine Hilfsfunktionen, die nur dazu dienen, den unveränderten Betriebszweck der Erbringung von IT-Serviceleistungen zu verwirklichen. Ziel dieser organisatorischen Änderungen war es, dieselben Leistungen gegenüber demselben EDV-Nutzerkreis erfolgreich anbieten zu können, ohne auf unternehmerische Unterstützungsleistungen, wie bspw. Vertriebsleistungen einer Muttergesellschaft, zurückgreifen zu müssen. Weder die Betriebsmethoden noch die Arbeitsorganisation haben sich wesentlich geändert. Die Beklagte nutzt die in der personellen Verknüpfung liegende Betriebsorganisation der Insolvenzschildnerin für eigene wirtschaftliche Zwecke und baut hierauf die eigene wirtschaftliche Tätigkeit auf. Sie setzt die Führungskräfte mit vergleichbaren Aufgaben unter im Wesentlichen gleichen Bedingungen ein. Die IT-Servicekräfte sind nach wie vor auf mehrere Standorte im Bundesgebiet verteilt, unterstehen denselben Führungskräften und erbringen im Wesentlichen unveränderte Service- und Wartungsleistungen. Eine wesentliche Änderung der Tätigkeiten aufgrund eines geänderten Kon-

53

zepts und einer andersartigen Arbeits- und Organisationsstruktur, die einer Wahrung der wirtschaftlichen Einheit entgegenstehen könnte (vgl. BAG 4. Mai 2006 - 8 AZR 299/05 - Rn. 34, BAGE 118, 168 = AP BGB § 613a Nr. 304 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 51), liegt nicht vor. Insbesondere liegt eine solche auch nicht darin, dass sich die Anforderungsprofile der Führungskräfte durch den Aufbau einer eigenen Personalabteilung, eines Marketings oder eines eigenen Einkaufs teilweise verändert haben. Denn diese organisatorischen Maßnahmen zielen nur darauf, im Wesentlichen unveränderte Leistungen gegenüber demselben Kreis von EDV-Nutzern auch ohne Anbindung an die Muttergesellschaft CDG erbringen zu können.

Eine Organisationsänderung folgt auch nicht aus dem Einsatz einer anderen ERP-Software, die helfen soll, die Betriebsressourcen optimal bzw. besser einzusetzen. Eine Optimierung von Arbeitsabläufen führt zu keiner Auflösung der bestehenden wirtschaftlichen Einheit (vgl. BAG 21. August 2008 - 8 AZR 201/07 - Rn. 51, AP BGB § 613a Nr. 353 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 95). 54

hh) Schließlich hat eine Unterbrechung der Geschäftstätigkeit, die gegen einen Betriebsteilübergang sprechen könnte, nicht stattgefunden. Aus Ziffer I. 2. a) des zwischen dem Insolvenzverwalter der Insolvenzschuldnerin und der Beklagten geschlossenen Vertrags vom 18. September 2009 ergibt sich, dass in der Zeit vom 1. Oktober 2009 („Rechnungsabgrenzungstichtag“) und dem Übernahmestichtag (5. Oktober 2009), der Insolvenzverwalter die Serviceverträge im eigenen Namen, aber auf Rechnung der Beklagten weitergeführt hat. Seit dem 5. Oktober 2009 erbringt die Beklagte IT-Serviceleistungen mit der zuvor bei der Insolvenzschuldnerin beschäftigten Hauptbelegschaft. 55

3. Es liegt auch ein Betriebsteilübergang „durch Rechtsgeschäft“ im Sinne von § 613a BGB vor. 56

a) Der Begriff „Rechtsgeschäft“ erfasst alle Fälle einer Fortführung der wirtschaftlichen Einheit im Rahmen vertraglicher und sonstiger rechtsgeschäftlicher Beziehungen, ohne dass unmittelbar Vertragsbeziehungen zwischen dem 57

bisherigen Inhaber und dem Erwerber bestehen müssen (vgl. BAG 25. Oktober 2007 - 8 AZR 917/06 - Rn. 30 mwN, AP BGB § 613a Nr. 333 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 82). Nicht erforderlich ist, dass ein Rechtsgeschäft unmittelbar zwischen dem bisherigen Inhaber und dem Erwerber zustande kommt. Ein rechtsgeschäftlicher Übergang kann auch dann angenommen werden, wenn er durch eine Reihe von verschiedenen Rechtsgeschäften (vgl. BAG 21. August 2008 - 8 AZR 201/07 - Rn. 47, AP BGB § 613a Nr. 353 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 95) bzw. durch rechtsgeschäftliche Vereinbarungen mit verschiedenen Dritten veranlasst wird (vgl. BAG 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - Rn. 30, BAGE 121, 289 = AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 64).

b) Die Beklagte hat mit Vertrag vom 18. September 2009 vom Insolvenzverwalter der Insolvenzschuldnerin deren vorhandenen Lagerbestand des Bereichs „IT-Service“ sowie die Option erworben, in die Service- und Wartungsverträge, die direkt mit der Insolvenzschuldnerin abgeschlossen waren, und in die damit im Zusammenhang stehenden Vertragsverhältnisse mit Hard- und Softwarelieferanten einzutreten bzw. neue Verträge abzuschließen. In diesem Vertrag hat sich die Beklagte weiter verpflichtet, 56 namentlich benannten Arbeitnehmern einen Arbeitsplatz anzubieten und sie ab dem Übertragungstichtag zu beschäftigen. Die Möglichkeit zur Betriebsfortführung wurde so durch ein Bündel von Rechtsgeschäften vermittelt (vgl. BAG 11. Dezember 1997 - 8 AZR 729/96 - zu B I 2 d der Gründe, BAGE 87, 303 = AP BGB § 613a Nr. 172 = EzA BGB § 613a Nr. 159).

58

Schließlich hat die Beklagte mit Vertrag vom 18. September 2009 vom Insolvenzverwalter der CDG Kundenlisten und die Befugnis erworben, in Vertragsverhältnisse der CDG einzutreten bzw. neue Service- und Wartungsverträge mit deren Vertragspartnern abzuschließen. Auch hierbei handelt es sich um ein Rechtsgeschäft im Sinne von § 613a BGB, auch wenn hierin keine unmittelbar mit dem früheren Betriebsinhaber geschlossene Vereinbarung liegt. Entscheidend ist allein, dass auch dieser Vertrag im Bündel mit den weiteren

59

Rechtsgeschäften dazu gedient hat, eine funktionsfähige wirtschaftliche Einheit auf die Beklagte zu übertragen.

II. Dagegen bildete der Bereich „Druckerwartung“ bei der Insolvenzschauldnerin einen selbständigen Betriebsteil, der, wie das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei erkannt hat, nicht auf die Beklagte übergegangen ist (*BAG 21. Juni 2012 - 8 AZR 181/11 - Rn. 69 bis 73, BB 2012, 3144*).

III. Das Arbeitsverhältnis des Klägers ist dem nicht übernommenen Betriebsteil „Druckerwartung“, nicht aber dem von der Beklagten übernommenen Betriebsteil „IT-Service“ zuzuordnen.

1. Für die Zuordnung des Arbeitnehmers ist darauf abzustellen, ob er in den (nicht) übergebenen Betrieb oder Betriebsteil tatsächlich eingegliedert war, sodass es insbesondere nicht ausreicht, dass er Tätigkeiten für den übertragenen Teil verrichtet hat, ohne in dessen Struktur eingebunden gewesen zu sein (*BAG 24. August 2006 - 8 AZR 556/05 - Rn. 28 mwN, AP BGB § 613a Nr. 315 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 59*).

2. Ohne Rechtsfehler hat es das Landesarbeitsgericht abgelehnt, die Zuordnung des Klägers zum Bereich „Druckerwartung“ jedenfalls mit dem 1. Juni 2009 als beendet anzusehen, weil ab diesem Zeitpunkt die Arbeitnehmerüberlassung, von der auch der Kläger erfasst war, an I beendet gewesen sei (*BAG 21. Juni 2012 - 8 AZR 181/11 - BB 2012, 3144*). Der Bereich Druckerwartung hat nicht ausschließlich dazu gedient, bei Käufern von Druckern oder Druckerstraßen Arbeitnehmer im Wege der Arbeitnehmerüberlassung einzusetzen. Die Insolvenzschauldnerin hat Drucker oder Druckerstraßen von ihren Mitarbeitern sowohl innerhalb wie außerhalb der Arbeitnehmerüberlassung warten lassen. Zu Recht hat daher das Landesarbeitsgericht eine Zuordnung des Klägers zum Bereich Druckerwartung auch nach Ende der Arbeitnehmerüberlassung noch für möglich gehalten.

3. Zutreffend ist auch die Erwägung des Landesarbeitsgerichts, die Zuordnung des Klägers zu einem der beiden Betriebsteile richte sich nicht nach

einer vorrangig zu beachtenden vertraglichen Vereinbarung oder der Ausübung des Direktionsrechts (§ 106 GewO).

Soweit das Landesarbeitsgericht den Kaufvertrag zwischen der Beklagten und dem Insolvenzverwalter vom 18. September 2009 in Verbindung mit der Anlage 3b gewürdigt hat, hat es erkennbar die Vereinbarung zwischen der Beklagten und dem Insolvenzverwalter für die Frage der Zuordnung des Klägers nicht als entscheidungserheblich gewertet, sondern rechtlich zutreffend nur hinsichtlich der Frage gewürdigt, ob die Beklagte überhaupt den Betriebsteil Druckerwartung übernehmen wollte. Die Zuordnung des Klägers zu dem nicht übernommenen Betriebsteil hat das Landesarbeitsgericht anhand anderer Kriterien entschieden als der Vereinbarung zwischen der Beklagten und dem Insolvenzverwalter.

65

4. Ohne Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht insoweit sowohl auf die übereinstimmende Zuordnungsentscheidung zwischen dem Kläger und der Insolvenzschuldnerin als auch auf objektive Kriterien, also auf den Schwerpunkt der Tätigkeit des Klägers abgestellt.

66

a) Bei Arbeitsplätzen, die mehreren Betrieben oder Betriebsteilen zuzuordnen sind, ist zunächst der Wille der Beteiligten beachtlich, hier also des Klägers und der Insolvenzschuldnerin (vgl. BAG 18. März 1997 - 3 AZR 729/95 - zu I 2 b der Gründe, BAGE 85, 291 = AP BetrAVG § 1 Betriebsveränderung Nr. 16 = EzA BGB § 613a Nr. 150; 25. Juni 1985 - 3 AZR 254/83 - zu II der Gründe, BAGE 49, 102 = AP BetrAVG § 7 Nr. 23 = EzA BGB § 613a Nr. 48; 20. Juli 1982 - 3 AZR 261/80 - zu 1 c der Gründe, BAGE 39, 208 = AP BGB § 613a Nr. 31 = EzA BGB § 613a Nr. 33). Das Landesarbeitsgericht hat den Einsatz des Klägers im Bereich der Druckerwartung im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung an I für die Zeit vom 1. Juni 2004 bis zum 31. Mai 2009 als übereinstimmende Zuordnungsentscheidung für den Bereich Druckerwartung gewertet. In dieser Zeit war der Kläger nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht auch im Bereich IT-Service eingesetzt. Da der Kläger der Ausübung des Direktionsrechts der Insolvenzschuldnerin mit Schreiben vom 19. Mai 2004 nichts entgegengesetzt hat, sondern mit der Annex-Vereinbarung

67

vom 21. Mai 2004 seinem Einsatz bei I und damit seinem Wechsel in den Bereich Druckerwartung zugestimmt hat, ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht nach einer fünfjährigen Tätigkeit in diesem Bereich von einer dementsprechenden Konkretisierung des Inhalts des Arbeitsvertrags ausgegangen ist. Entgegen der Auffassung der Revision kann der Kläger ab dem 1. Juni 2009 nicht ohne weiteres wieder auf seinen Ausgangsarbeitsvertrag von 1983 zurückkommen, zumal sich dessen Inhalte bis zum Wechsel in die Arbeitnehmerüberlassung am 1. Juni 2004 schon mehrfach weiter verändert hatten.

b) Rechtsfehlerfrei hat das Landesarbeitsgericht weiter für die Zeit vom 1. Juni bis zum 1. Oktober 2009 darauf abgestellt, wo der Schwerpunkt seiner Tätigkeit lag und in welchem Betriebsteil er tatsächlich eingegliedert war (*vgl. BAG 22. Juli 2004 - 8 AZR 350/03 - zu B II 2 c der Gründe, BAGE 111, 283 = AP BGB § 613a Nr. 274 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 27; 18. Oktober 2012 - 6 AZR 41/11 - Rn. 43, BB 2013, 956*). Dabei hat das Landesarbeitsgericht gesehen, dass der Kläger in diesem Zeitraum zwar mit diversen Tätigkeiten eingesetzt, dass er aber überwiegend weiter im Bereich der Druckerwartung tätig wurde. An diese Feststellungen ist der Senat in Ermangelung einer mit der Revision erhobenen und zulässig begründeten Verfahrensrüge gebunden (§ 559 Abs. 2 ZPO).

68

Hauck

Böck

Breinlinger

Mallmann

St. Soost