

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 181/11
16 Sa 733/10
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. Juni 2012

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte zu 2., Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen
Verhandlung vom 21. Juni 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundes-

arbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Volz und Dr. Pauli für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 8. Februar 2011 - 16 Sa 733/10 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten noch darüber, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers im Wege eines Betriebs- bzw. Betriebsteilübergangs auf die Beklagte zu 2. (*künftig: Beklagte*) übergegangen und der Kläger von der Beklagten zu beschäftigen ist. 1

Das zum 1. August 1968 begründete, bis ins Jahr 2003 mit der C D GmbH (*künftig: CDG*) bestehende Arbeitsverhältnis des Klägers war auf die C S GmbH (*künftig: Insolvenzschuldnerin*) mit Sitz in M übergegangen. Für diese war der Kläger als IT-Systemtechniker und EDV-Service-Mitarbeiter tätig. 2

Die Insolvenzschuldnerin führte Installation und Wartung von EDV-Produkten (*Hardware und Software*), Schulungen, Call Handling/User Help Desk und Tätigkeiten des Central Support aus. Im Wesentlichen war die Insolvenzschuldnerin als Subunternehmerin für ihre Muttergesellschaft CDG tätig und verrichtete Serviceleistungen im Zusammenhang mit den von der CDG veräußerten Computeranlagen für deren Kunden, die zusammen mit dem Erwerb von EDV-Produkten auch Wartungs- bzw. Serviceverträge mit der CDG abgeschlossen hatten. Diese zahlten an die CDG die vereinbarte Vergütung, 3

welche an die Insolvenzschuldnerin abzüglich einer Verwaltungspauschale weitergeleitet wurde. Die Tätigkeit der Insolvenzschuldnerin als Subunternehmerin machte ca. 90 % ihrer Tätigkeit aus, während ca. 10 % auf die Betreuung eigener Servicekunden entfiel. Zu den Serviceleistungen der Insolvenzschuldnerin gehörte auch der Netzwerk-Support H3C und der Service für Graudata Storage Systeme. Daneben verrichtete sie Tätigkeiten der sog. Druckerwartung. In diesem Zusammenhang überließ sie im Wege der Arbeitnehmerüberlassung der Firma I bzw. später deren Tochtergesellschaft I-P Arbeitnehmer. Für den Bereich der Druckerwartung gab es bei der Insolvenzschuldnerin eine eigene Einsatzsteuerung, eine eigene Produktbetreuung und eigene Ausbildungsmaßnahmen, die nicht auf andere Mitarbeiter ausgedehnt wurden. Der Serviceauftrag mit der I-P endete am 31. Mai 2009.

Der Kläger war vom 1. Oktober 2005 bis 31. März 2008 im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung bei I tätig. Von April 2008 bis Juli 2009 nahm er an acht Schulungen teil, die sich nicht auf Tätigkeiten im Bereich Drucken bzw. Drucker bezogen. 4

Am 28. Juli 2009 wurde Rechtsanwalt S zum vorläufigen Insolvenzverwalter über das Vermögen der CDG und Rechtsanwalt L (*vormaliger Beklagter zu 1.*) zum vorläufigen Insolvenzverwalter über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin bestellt. Zum Zeitpunkt des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens waren bei der Insolvenzschuldnerin 87 Arbeitnehmer beschäftigt. 5

Die im Jahr 2008 gegründete und zunächst unter „A GmbH“ firmierende Beklagte bzw. deren Muttergesellschaft, die A H AG, nahmen ab dem 11. September 2009 mit den vorläufigen Insolvenzverwaltern der CDG und der Insolvenzschuldnerin Verkaufsverhandlungen auf. 6

In einer Pressemitteilung der A H AG vom 17. September 2009 heißt es auszugsweise: 7

„Die A H AG hat heute gegenüber dem Insolvenzverwalter der C S GmbH (CSG) ein verbindliches Angebot für den Erwerb von Service-Verträgen und Vermögensgegenständen.“

den der C S GmbH abgegeben. Das betreffende Geschäft umfasst die Bereiche Wartungs- und Serviceleistungen. Ergänzend hat A H AG ein verbindliches Angebot gegenüber dem Insolvenzverwalter der C D GmbH, der Muttergesellschaft der CSG, abgegeben, das auf den Erwerb der Wartungs- und Serviceverträge gerichtet ist, die von der Muttergesellschaft gehalten werden. ...

Die Akquisition verstärkt den Geschäftsbereich IT Solutions der A Gruppe. Den Kunden von C steht damit für die Zukunft ein leistungsfähiger und kompetenter Service-Partner zur Verfügung, der die bisher von der C S GmbH erbrachten Leistungen unter Führung durch die bisherige Geschäftsleitung nahtlos weiter erbringen wird. Die Ansprechpartner für die Kunden bleiben auch auf operativer Ebene erhalten. Die Leistungen umfassen insbesondere den Bereich Wartungsservices in Rechenzentren (Storage, SAN, DWDM, Library, Server). Die Leistungen werden wie bisher von hoch qualifizierten Mitarbeitern erbracht werden, die die erforderlichen Zertifizierungen aller namhaften Hersteller aufweisen. ...“

Am 18. September 2009 schlossen die Beklagte und der vorläufige Insolvenzverwalter der Insolvenzsuldnerin einen Vertrag zum Erwerb des Lagerbestandes der Insolvenzsuldnerin (*Ersatzteile und einzelne Hardwarekomponenten wie Laptops und Mobiltelefone*). Auch erwarb die Beklagte Domains der Insolvenzsuldnerin. Gleichzeitig wurde der Beklagten im Vertrag die Option eingeräumt, in die in der Vertragsanlage 2 näher aufgeführten Service- und Wartungsverträge der Insolvenzsuldnerin und die damit zusammenhängenden Vertragsverhältnisse mit Hard- und Softwarelieferanten einzutreten oder mit Kunden der Insolvenzsuldnerin neue Verträge in diesem Zusammenhang abzuschließen. Die Übernahme der Verträge erfolgte mit Wirkung ab 1. Oktober 2009 („*Rechnungsabgrenzungstichtag*“). Weiter war vereinbart, dass ab dem Rechnungsabgrenzungstichtag bis zum Übernahmestichtag die Insolvenzsuldnerin bzw. der Insolvenzverwalter die Verträge im eigenen Namen, aber auf Rechnung der Erwerberin weiterführt. Ab dem Übernahmestichtag trat nach der vertraglichen Regelung die Erwerberin im eigenen Namen in die Verträge ein und übernahm alle ab dem Übernahmestichtag

8

entstehenden Rechte und Pflichten aus den Verträgen. Der Kaufpreis betrug für den veräußerten Lagerbestand und die Domains 420.000,00 Euro netto und für die verkaufte Option zum Eintritt in den Vertragsbestand mit Kunden und Vertragspartnern 40.000,00 Euro netto.

Weiter verpflichtete sich die Beklagte, den in der Vertragsanlage 3a bezeichneten 56 Arbeitnehmern der Insolvenzschildnerin neue Arbeitsverträge anzubieten und sie ab dem Übertragungstichtag zu beschäftigen. Ziffer 11 Abs. 4 des Vertrags lautet:

9

„Die Vertragsparteien sind sich ausdrücklich darüber einig, dass es sich bei dem Betriebsteil ‚Druck‘ um einen eigenständigen Betriebsteil handelt, von denen (richtig wohl: dem) keine Wirtschaftsgüter und auch keine 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 war in der Anlage 3b namentlich aufgeführt.

10

Mit weiterem Vertrag vom 18. September 2009 erwarb die Beklagte vom vorläufigen Insolvenzverwalter der CDG die ab dem Übernahmestichtag ausübbare Option, in die in der Vertragsanlage 1.1 aufgeführten Service- und Wartungsverträge der CDG und die damit zusammenhängenden Vertragsverhältnisse mit Hard- und Softwarelieferanten einzutreten, solche Verträge zu übernehmen bzw. mit Kunden der CDG neue Service- und Wartungsverträge abzuschließen. Hierzu verpflichtete sich der Verkäufer, der Beklagten zum Übergabestichtag den Zugriff auf sämtliche Vertragsunterlagen dieser Vertragsverhältnisse zu ermöglichen. Als Gegenleistung war ein Kaufpreis von 400.000,00 Euro netto vereinbart.

11

Beide Verträge vom 18. September 2009 sehen als Übertragungstichtag den vierten Kalendertag nach dem Tag der Insolvenzeröffnung vor.

12

Am 1. Oktober 2009 wurde das Insolvenzverfahren über die Vermögen der CDG und der Insolvenzschuldnerin eröffnet. Am selben Tag schloss der Insolvenzverwalter der Insolvenzschuldnerin mit dem bei ihr gebildeten Betriebsrat einen Interessenausgleich, in dessen Präambel ausgeführt ist, dass im Betrieb M zum Zeitpunkt des Abschlusses der Betriebsvereinbarung noch 80 Arbeitnehmer beschäftigt sind. 13

Seit dem 5. Oktober 2009 führt die Beklagte IT-Serviceleistungen im selben Umfang durch, wie zuvor die Insolvenzschuldnerin. Ausgenommen sind Tätigkeiten im Bereich der Druckerwartung, des Netzwerk-Supports H3C und der Graudata Storage Systeme. Von ihrem Sitz in B aus erfolgen die Buchhaltung, das Kostenmanagement und die Personalabrechnungen und Bankgeschäfte. Die Beklagte führt die Administration der Verträge mit ihren Kunden durch, wozu im Einzelnen die kaufmännische Kundenbetreuung, die Anlage von Wartungsverträgen, die Erstellung der Service-Faktura, die eigenständige Betreuung der Partner, die Kundenbetreuung durch den Vertrieb, das Marketing, die Bestellung von externen Dienstleistungen, die Mietvertragsbetreuung und die Tätigkeit als interner Dienstleister für die A-Struktur gehören. Hierfür stellte die Beklagte auch Mitarbeiter ein, die nicht zuvor bei der Insolvenzschuldnerin beschäftigt waren. Ferner betreut die Beklagte Einkauf, Personalfragen, Buchhaltung, rechtliche Fragen und das sog. Partnermanagement. Sie übernahm nicht das bisherige EDV-System der Insolvenzschuldnerin, sondern richtete ein eigenes System ein, erwarb eine neue Telefonanlage und erstellte einen neuen Internetauftritt. Auch trat sie nicht in die Kfz-Leasingverträge der Insolvenzschuldnerin ein, sondern schloss neue Verträge ab. Letztlich erwarb die Beklagte auch neue Software-Lizenzen. 14

Von den insgesamt 448 Kunden und Vertragspartnern der CDG schlossen 96 Verträge mit der Beklagten, wobei 25 Verträge unverändert blieben, während 71 geänderte Vertragsbedingungen enthalten. 15

Wie zuvor auch die Insolvenzschuldnerin unterhält die Beklagte Standorte in H, Mü, W, Ha, M, N und O, wobei teilweise neue Räumlichkeiten ange- 16

mietet wurden. Am Standort in N wird nur noch ein Lagerraum unterhalten, die Serviceniederlassung Me und der Standort B existieren nicht mehr. Die Servicetechniker werden - anders als zuvor - zum Teil von ihrem Home-Office aus eingesetzt.

Der Geschäftsführer der Insolvenzsuldnerin Dr. V ist nunmehr Geschäftsführer der Beklagten. Diese beschäftigt mindestens 50 der zuvor bei der Insolvenzsuldnerin tätigen Mitarbeiter. Auch die Führungskräfte der Insolvenzsuldnerin werden weiterbeschäftigt. So ist Herr E bei der Beklagten zuständig für Service Delivery Deutschland, Herr W für Business Operation, Herr H für den Service Nord, Herr Ei für den Service West, Herr B für den Service Mitte, Herr D für den Service Südwest, Herr Be für den Service Süd und Herr K für den Service Vertrieb Deutschland. Im Internet warb die Beklagte damit, dass „das Management Team der A D ... aus einem eingespielten Team aus früheren C S Führungskräften [besteht], das viele Jahrzehnte an Erfahrung im Service mitbringt und weiß, was Kunden in Rechenzentren und bei geschäftskritischen Infrastrukturen erwarten und wie diese Anforderungen schnell und akkurat zu realisieren sind“.

17

Der Kläger war für die Insolvenzsuldnerin bis zum 30. September 2009 tätig. Ab dem 1. Oktober 2009 wurde er vom Insolvenzverwalter unwiderruflich freigestellt. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2009 kündigte dieser das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zum 31. Januar 2010.

18

Mit seiner Klage hatte sich der Kläger zunächst gegen die Kündigung gewandt und den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die „I S GmbH“ geltend gemacht. Mit Schriftsatz vom 18. Dezember 2009 hat er seine Klage gegen die I S GmbH zurückgenommen und die Beklagte in Anspruch genommen.

19

Der Kläger meint, der Betrieb der Insolvenzsuldnerin sei insgesamt auf die Beklagte übergegangen. Eine eigene Abteilung „Druckerwartung“ habe es bei der Insolvenzsuldnerin nicht gegeben. Im Übrigen sei er in allen

20

Bereichen von Service und Wartung, nicht nur im Bereich „Druck“ eingesetzt worden, ohne dass die Druckerwartung seine Hauptaufgabe gewesen sei. Insbesondere dürfe nicht allein auf „Calls“, die in der EDV registriert seien, abgestellt werden. Auch während der Zeit der Arbeitnehmerüberlassung an I sei er dort nicht mit Druckerwartung beschäftigt gewesen, sondern mit Installationen, Umbauten, Abbauten, Upgrades und Entstörungen sowie mit Installationen, Um- und Abbauten an CPUs und Servern. Die Beklagte erbringe genau solche Serviceleistungen, die zuvor von der Insolvenzschuldnerin erbracht worden seien. Dazu bediene sich die Beklagte der bei der Insolvenzschuldnerin geschaffenen Strukturen.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

21

1. festzustellen, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten seit 5. Oktober 2009 ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis zu den Bedingungen des Arbeitsverhältnisses des Klägers mit der Firma C S GmbH besteht,
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu den im Arbeitsverhältnis des Klägers mit der C S GmbH zuletzt geltenden Arbeitsbedingungen als EDV-Service-Mitarbeiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

22

Im Wesentlichen beruft sie sich darauf, dass Betriebszweck und Organisation bei der Beklagten grundlegend anders seien als bei der Insolvenzschuldnerin. Diese sei ein unselbständiger Servicearm ihrer Muttergesellschaft CDG gewesen. Prägend für die Insolvenzschuldnerin sei deren Kundenbeziehung zur Muttergesellschaft gewesen. Demgegenüber habe die Beklagte die sie kennzeichnende Struktur selbst aufbauen müssen. Weil sie selbst am Markt verbend auftrete, verfolge sie ein anderes unternehmerisches Konzept. Sie müsse auch einen eigenen Kundenstamm aufbauen und betreuen, was sich u.a. daran zeige, dass nur 96 der 448 CDG-Kunden Verträge mit der Beklagten abgeschlossen hätten. Auch werde die Identität einer IT-Servicegesellschaft

23

wesentlich von den verwendeten EDV-Systemen, den Betriebsmitteln, die für den Kundenkontakt notwendig seien, wie Telefonen und Fahrzeugen geprägt. Diese Betriebsmittel seien aber gerade nicht übernommen worden. Durch den veränderten Betriebszweck hätten sich auch die Anforderungsprofile der nunmehr bei der Beklagten beschäftigten Arbeitnehmer verändert. Gegen einen Betriebsübergang spreche auch, dass es eines Vertrags mit dem Insolvenzverwalter der CDG bedurft habe, um die Möglichkeit zu haben, die Kunden der CDG anzusprechen. Jedenfalls sei der Kläger dem nicht übernommenen Betriebsteil, der Druckerwartung, zuzuordnen. Diese bestehe aus einem fest zugeordneten Mitarbeiterstamm von zuletzt 13 Personen. Aufgabe dieser Mitarbeiter sei die Beseitigung aller anfallender Störungen an Druckern gewesen. Die Druckerwartung sei als eigenes Profitcenter geführt worden. Der Kläger sei diesem Bereich zuzuordnen, da er seit dem Ende der Arbeitnehmerüberlassung überwiegend Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Druckerwartung ausgeführt habe. So seien von 88 Calls mindestens 47 dem Bereich „Druck“ bzw. der Wartung von Druckern zuzuordnen. Wenn ein Arbeitnehmer einem Betriebsteil nicht eindeutig zugeordnet werden könne, weil er in verschiedenen Bereichen eingesetzt werde, habe der bisherige Arbeitgeber ein Zuweisungsrecht. Von diesem sei im Vertrag vom 18. September 2009 Gebrauch gemacht worden.

Das Arbeitsgericht hat durch Teilversäumnis- und Schlussurteil vom 22. März 2010 die Feststellungsklage gegen die Beklagte abgewiesen und durch Schlussurteil vom 12. Juli 2010 rechtskräftig festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die Kündigung des Insolvenzverwalters vom 1. Oktober 2009 nicht beendet worden ist. Auf die gegen das Schlussurteil vom 22. März 2010 gerichtete Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, dass zwischen den Parteien seit dem 5. Oktober 2009 ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis zu den Bedingungen des Arbeitsverhältnisses des Klägers mit der C S GmbH besteht, und die Beklagte verurteilt, den Kläger als EDV-Service-Mitarbeiter zu beschäftigen. Mit der vom Landesarbeitsgericht

24

zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, während der Kläger die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. 25

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine klagestattgebende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Die Beklagte habe den Betrieb der Insolvenzschuldnerin übernommen. So seien die Leistungen, welche die Beklagte gegenüber den Kunden erbringe, mit denen der Insolvenzschuldnerin mit Ausnahme der Bereiche „Druckerwartung“, „Netzwerk-Support“ und „Graudata Storage Systeme“ im Wesentlichen identisch. Unerheblich sei, dass die Beklagte einen eigenen Vertrieb, ein eigenes Marketing und eine eigene Stammdatenverwaltung betreibe, da dies bloße Hilfstätigkeiten zur Führung des Betriebs seien. Betriebszweck sei jeweils die Wartung von EDV-Systemen, wobei die Kundenakquise nur ein notwendiger Zwischenschritt zur Erbringung der Dienstleistungen sei. Der Betrieb der Insolvenzschuldnerin sei nicht durch seine Betriebsmittel geprägt worden. Der Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs habe vielmehr in den immateriellen Betriebsmitteln, den Geschäftsbeziehungen zu Dritten, dem Kundenstamm, Kundenlisten, dem Know-how und der Einführung am Markt bestanden. Die Beklagte beschäftige einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals der Insolvenzschuldnerin, dh. mindestens 50 von 80 Arbeitnehmern. Hierzu gehörten Service-Mitarbeiter, vor allem aber die Führungsriege der Insolvenzschuldnerin, die ähnliche Aufgaben wie zuvor erledige. Damit gehe auch die Aufrechterhaltung der wesentlichen Organisationsstruktur einher. Entscheidend sei, dass die wesentliche Aufgabenverteilung gleich geblieben sei. Mit der Weiterbeschäfti- 26

gung insbesondere der Führungskräfte habe die Beklagte das wesentliche Know-how und die Einführung der Schuldnerin am Markt erhalten. Sie werbe im Internet auch damit, Führungskräfte der Insolvenzschuldnerin weiterzubeschäftigen. Eine wesentliche Unterbrechung der Betriebstätigkeit sei nicht eingetreten. Auch habe die Beklagte mit den Verträgen vom 18. September 2009 nicht nur die Kundenlisten der CDG und der Insolvenzschuldnerin, sondern auch die Option erhalten, in diese Service- und Wartungsverträge einzutreten. Nicht maßgeblich sei, dass der Eintritt in die Kundenbeziehung von der Zustimmung der Kunden abhängig gewesen sei. Entscheidend sei, ob die Kundschaft gehalten werden könne, was wiederum von anderen Kriterien abhängt. Eine wesentliche Änderung des Dienstleistungsangebots sei aber gerade nicht geplant gewesen. Auch spreche der Erwerbsvorgang mit Abschluss mehrerer Verträge nicht gegen einen Betriebsübergang. Die Verträge vom 18. September 2009 seien aufeinander bezogen gewesen und die Insolvenzverwalter der Insolvenzschuldnerin und der CDG hätten alles, was zur Übertragung der Kundenbeziehung nötig gewesen sei, veräußert. Daher sei unerheblich, dass nur 96 von 448 Kunden der CDG nunmehr in Vertragsbeziehungen zur Beklagten stünden. Ohne Belang sei auch, dass die Kundenbeziehungen überwiegend mit der CDG bestanden hätten. Denn der Begriff des Rechtsgeschäfts erfasse auch Fälle, in denen keine unmittelbaren Vertragsbeziehungen zwischen dem bisherigen Inhaber und dem Erwerber bestehen. Durch die gesellschaftsrechtliche Aufspaltung und das Dazwischenschalten eines Dienstleistungsvertrags zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft lasse sich ein Betriebsübergang nicht verhindern. Der Betriebsübergang sei mit dem 5. Oktober 2009, dem in den Verträgen genannten Übergabestichtag, eingetreten.

Schließlich sei der Kläger auch im „übergegangenen Bereich“ beschäftigt gewesen. Die Beklagte führe die Niederlassung der Schuldnerin in Ha fort und beschäftige acht der bisher zwölf Arbeitnehmer. Ob der Bereich „Druck“ einen Betriebsteil iSv. § 613a BGB darstelle, könne dahinstehen, da der Kläger diesem Bereich nicht angehört habe. Nach dem von der Beklagten behaupteten

27

Zweck des Betriebsteils und dessen Abgrenzbarkeit sei ein Arbeitnehmer nicht nach der Anzahl der Einsätze dem Bereich „Druck“ zuzuordnen. Vielmehr habe die Abgrenzung nach dem Einsatz im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung zu erfolgen. Der Kläger sei im Zeitpunkt des Betriebsübergangs nicht mehr im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung tätig geworden. Auch spreche gegen den Einsatz im Bereich „Druck“, dass der Kläger von April 2008 bis Juli 2009 an Schulungen teilgenommen habe, die nichts mit dem Bereich „Druck“ zu tun gehabt hätten.

B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nur teilweise stand. 28

I. Ob die Feststellungsklage begründet ist, kann anhand der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht abschließend entschieden werden. Zwar hat ein Betriebsteilübergang auf die Beklagte stattgefunden, jedoch bedarf es weiterer Feststellungen, um die Frage zu beantworten, ob aufgrund dieses Betriebsteilübergangs das Arbeitsverhältnis des Klägers auf die Beklagte gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB übergegangen ist. 29

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 30

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]* 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*

31

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

32

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*).

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, 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 Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wurde (vgl. *BAG 27. Januar 2011 - 8 AZR 326/09 - Rn. 23, 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,*

33

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. 34

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 Insolvenzschuldnerin 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 Insolvenzschuldnerin war, Kunden in IT-Fragen zu betreuen, unabhängig davon, auf welche Weise und von wem der jeweilige Kunde geworben worden war. 35

Damit die Insolvenzschuldnerin 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 36

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 Insolvenzschildnerin 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 Insolvenzschildnerin 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.

b) Mit der Einräumung der Option zum Eintritt in Vertragsbeziehungen, dem Erwerb des Warenlagers der Insolvenzschildnerin und der Aufnahme der im Wesentlichen unveränderten IT-Servicetätigkeit durch Beschäftigung von mindestens 50 der zuvor von der Insolvenzschildnerin eingesetzten Mitarbeiter und deren Führungskräften, ist die wirtschaftliche Einheit „IT-Servicebetrieb“ auf die Beklagte unter Wahrung ihrer Identität übergegangen. 37

aa) Einem Betriebsübergang steht nicht entgegen, dass die Beklagte sächliche Betriebsmittel wie PCs, Mobiltelefone, die Telefonanlage, die Fahrzeuge oder einzelne Räumlichkeiten der Insolvenzschildnerin nicht übernommen hat. Diese sächlichen Betriebsmittel waren für den IT-Servicebetrieb nicht identitätsprägend. 38

Allein der Umstand, dass sächliche Betriebsmittel für die Erbringung der 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 39

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, EzA BGB 2002 § 613a Nr. 130; 25. Juni 2009 - 8 AZR 258/08 - aaO).

Die von der Beklagten nicht übernommenen sächlichen Betriebsmittel wie einzelne Büroräume, Telefonanlagen, Computer oder die von der Insolvenzschuldnerin geleaste Kraftfahrzeuge dienten ausschließlich als Hilfsmittel dazu, den IT-Servicemitarbeitern ihre Beratungs-, Service- und Wartungstätigkeit zu ermöglichen bzw. sie darin zu unterstützen, ohne dass diese im Vordergrund der betrieblichen Betätigung gestanden hätten. Diese sächlichen Mittel hatten für die Identität der wirtschaftlichen Einheit keine entscheidende Bedeutung. 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 auftragsgemäße 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 Servicemitarbeiter, 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. So nahm auch der Kläger im Zeitraum April 2008 bis Juli 2009 allein an acht Schulungen zu Server- oder Speicherlösungen teil. Daran zeigt sich, dass die Kenntnisse und Fertigkeiten der Servicemitarbeiter im sich ständig verändernden EDV-Technik-Umfeld das eigentliche „Betriebskapital“ eines IT-

40

Serviceunternehmens darstellen. Die große Bedeutung der Kenntnisse und Fertigkeiten der Mitarbeiter kommt daher auch in der Pressemitteilung der A H 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 namhaften 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. 41

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. 42

Die Beklagte beschäftigt mindestens 50 der 87 bzw. zuletzt noch 80 der zuvor bei der Insolvenzschuldnerin beschäftigten Arbeitnehmer, dh. IT-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 43

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 alten 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, 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, welche notwendig sind, um ein IT-Serviceunternehmen zu führen. Der Nutzung dieses betriebsspezifischen Know-hows der Führungskräfte kommt für die

44

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-Servicemitarbeiter wechselseitig zur Verwirklichung des Betriebszwecks durch Ausübung im Wesentlichen unveränderter Funktionen. Damit profitiert die Beklagte von der durch die Insolvenzschuldnerin in der personellen Verknüpfung und dem Know-how der Führungskräfte und der anderen Mitarbeitern 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 S 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 Lagerbestandes der Insolvenzschuldnerin 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 Insolvenzschuldnerin 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.

45

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

46

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.

47

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

48

ausmachte. Eine unmittelbare „Übernahme“ der Vertragsbeziehungen der Muttergesellschaft CDG, welche ca. 90 % der wirtschaftlichen Tätigkeit der 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. Die Insolvenzschuldnerin hat ihre Serviceleistungen regelmäßig gegenüber den Endkunden und Vertragspartnern der CDG erbracht. 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 Insolvenzschuldnerin und der CDG abgeschlossenen Verträge darauf zielten, eine funktionsfähige wirtschaftliche Einheit zu übertragen, wird auch daran 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).

49

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.

50

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

51

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 Ände-

52

nung des Namens eines Betriebs, 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 S GmbH zu A D GmbH beinhaltete keine Änderung der Zielsetzung der wirtschaftlichen Einheit.

Auch der Umstand, dass die Beklagte neue Softwarelizenzen erworben, also die Software der Insolvenzschuldnerin nicht weitergenutzt hat, beseitigt 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. 53

ff) Auch hat sich die Art des Betriebs nicht geändert. 54

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*). 55

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 Datenverarbeitungs- 56

anlagen. 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 Subunternehmer 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.

57

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*

58

- 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).

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 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.

59

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

60

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 Insolvenzschuldnerin 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 Konzepts 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*).

61

hh) Schließlich hat eine Unterbrechung der Geschäftstätigkeit, die gegen einen Betriebsteilübergang sprechen könnte, nicht stattgefunden. Aus Zif-

62

fer 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.

3. Es liegt auch ein Betriebsteilübergang „durch Rechtsgeschäft“ im Sinne von § 613a BGB vor. 63

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 bisherigen Inhaber und dem Erwerber bestehen müssen (vgl. BAG 25. Oktober 2007 - 8 AZR 917/06 - 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). 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 65

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*).

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

66

II. Der Senat kann aufgrund der vom Landesarbeitsgericht festgestellten Tatsachen aber nicht selbst entscheiden, ob sich als Rechtsfolge dieses Betriebsteilübergangs auch der Übergang des Arbeitsverhältnisses des Klägers auf die Beklagte ergibt.

67

1. Als Rechtsfolge eines Betriebs- bzw. Betriebsteilübergangs ergibt sich ein Übergang des Arbeitsverhältnisses nur dann, wenn der Arbeitnehmer der übergehenden wirtschaftlichen Einheit zum Zeitpunkt des Übergangs angehört. Wird nicht der gesamte Betrieb, sondern nur ein Betriebsteil oder eigenständiger Bereich übernommen, kommt es entscheidend darauf an, dass der Arbeitnehmer dem übertragenen Betriebsteil oder Bereich angehört, damit sein Arbeitsverhältnis gemäß § 613a BGB auf den Erwerber übergeht (*vgl. BAG 25. September 2003 - 8 AZR 446/02 - zu II 2 a der Gründe, AP BGB § 613a Nr. 256 = EzA ZPO 2002 § 50 Nr. 2*).

68

2. Der Bereich der „Druckerwartung“ bildete bei der Insolvenzschuldnerin einen selbständigen Betriebsteil. 69
- a) Betriebsteile iSd. § 613a BGB sind Teileinheiten oder Teilorganisationen eines Betriebs, die bereits bei dem früheren Betriebsinhaber die Qualität eines Betriebs aufweisen müssen (*vgl. BAG 7. April 2011 - 8 AZR 730/09 - Rn. 23, AP BGB § 613a Nr. 406 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 124*). Schon beim bisherigen Betriebsinhaber muss eine selbständig abtrennbare organisatorische Einheit gegeben sein, mit der innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wurde. Hierbei darf die im Betriebsteil liegende Einheit 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 (*vgl. BAG 7. April 2011 - 8 AZR 730/09 - mwN aaO*). 70
- b) Danach bildete der Bereich der „Druckerwartung“ im Betrieb der Insolvenzschuldnerin einen eigenständigen Betriebsteil. Der Bereich der „Druckerwartung“ hatte mit den ihm zugewiesenen Aufgaben einen eigenen Teilzweck, nämlich die Wartung von Druckern und Druckerstraßen, zu erfüllen. Dieser Teilzweck wurde im Rahmen einer gewissen Eigenständigkeit verfolgt. Das Landesarbeitsgericht hat dazu festgestellt, dass die Druckerwartung über eine eigene Einsatzsteuerung verfügte. Die Beklagte hat zudem vorgetragen, die Insolvenzschuldnerin habe 13 Arbeitnehmer, die sie durch Vorlage der Anlage 3b zum Vertrag vom 18. September 2009 namentlich bezeichnet hat, zur Wartung von Druckern und Druckerstraßen unter der Leitung und Koordination von Herrn Kremer eingesetzt. Eine eigenständige Leitung und Koordination des Personaleinsatzes ist ein Kriterium der organisatorischen Eigenständigkeit (*vgl. BAG 24. August 2006 - 8 AZR 556/05 - Rn. 25, AP BGB § 613a Nr. 315 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 59*). Das Landesarbeitsgericht hat weiter festgestellt, dass es für den Bereich der Druckerwartung eigene Ausbildungsmaßnahmen 71

gab, die nicht auf die übrigen Mitarbeiter ausgedehnt wurden. Unwidersprochen hat die Beklagte auch vorgetragen, dem Bereich der Druckerwartung seien eigene Ersatzteile zuzuordnen gewesen und die Druckerwartung sei insgesamt als eigenes Profitcenter geführt worden. Der Kläger hat sich demgegenüber darauf beschränkt, den Vortrag der Beklagten zu bestreiten, ohne auf Fragen der personellen Verselbständigung, der organisatorischen Eigenständigkeit durch eine eigene Leitung und die Frage eigener Betriebsmittel näher einzugehen.

3. Der selbständige Betriebsteil „Druckerwartung“ ist nicht unter Wahrung seiner Identität auf die Beklagte übergegangen. Diese hat keine Ersatzteile zur Druckerwartung erworben. Auch führt sie keine Vertragsbeziehungen zu Kunden der „Druckerwartung“ der Insolvenzschuldnerin weiter. Das Landesarbeitsgericht hat auch festgestellt, dass die Beklagte keine Druckerwartung betreibt. Nach Ziffer 11 Abs. 4 des Vertrags vom 18. September 2009 ist ausdrücklich geregelt, dass keinerlei Betriebsmittel und keinerlei Vertragsbeziehungen des Betriebsteils „Druck“ von der Beklagten übernommen werden. Ebenso ist aufgenommen, dass die Beklagte keinen Willen hat, die in Anlage 3b genannten 13 Arbeitnehmer zu übernehmen. 72

Im Übrigen ist es für die Prüfung eines Betriebsteilübergangs unbeachtlich, ob der verbleibende Restbetrieb durch den Betriebsteilveräußerer noch fortgesetzt werden kann oder nicht mehr lebensfähig ist. Der Betriebsteilübergang ergibt sich aus der Wahrung der Identität der übernommenen Einheit beim Erwerber und nicht aus dem Untergang der früheren Identität des Gesamtbetriebs (vgl. BAG 7. April 2011 - 8 AZR 730/09 - Rn. 27, AP BGB § 613a Nr. 406 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 124). 73

4. Für die Frage, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers auf die Beklagte übergegangen ist, kommt es damit entscheidend darauf an, ob sein Arbeitsverhältnis dem „IT-Service“ oder dem nicht übernommenen Betriebsteil „Drucker- 74

wartung“ zuzuordnen war. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts durfte dieses eine Zuordnung zum Betriebsteil „Druckerwartung“ nicht verneinen.

a) Für die Zuordnung des Arbeitnehmers ist darauf abzustellen, ob er in den übergegangenen Betrieb oder Betriebsteil tatsächlich eingegliedert war, so dass es insbesondere nicht ausreicht, dass er Tätigkeiten für den übertragenen Teil verrichtet hat, ohne in dessen Struktur eingebunden gewesen zu sein (vgl. BAG 24. August 2006 - 8 AZR 556/05 - Rn. 28 mwN, AP BGB § 613a Nr. 315 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 59). 75

b) Das Landesarbeitsgericht hat es dahinstehen lassen, ob der Bereich „Druckerwartung“ bzw. „Druck“ einen Betriebsteil dargestellt hat, da der Kläger einer solchen Einheit jedenfalls nicht angehört habe. Es hat angenommen, eine Zuordnung zum Bereich „Druck“ sei jedenfalls ab dem 31. März 2008 nicht mehr gegeben, weil der Kläger ab diesem Zeitpunkt nicht mehr bei I im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung eingesetzt worden sei. Mangels Einsatz in der Arbeitnehmerüberlassung könne dahinstehen, ob der Kläger zuletzt überwiegend Aufgaben im Bereich „Druck“ ausgeführt habe. Diese vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Würdigung entspricht weder den von ihm getroffenen Feststellungen noch dem Tatsachenvortrag der Beklagten zum Bereich „Druckerwartung“. Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, dass der Bereich „Druckerwartung“ ausschließlich dazu gedient hat, bei Käufern von Druckern bzw. Druckerstraßen Arbeitnehmer im Wege der Arbeitnehmerüberlassung einzusetzen. Dies entspricht auch nicht dem Sachvortrag der Beklagten, die schon erstinstanzlich vorgetragen hat, Drucker bzw. Druckerstraßen seien von IT-Servicemitarbeitern der Insolvenzschuldnerin sowohl innerhalb wie außerhalb von Arbeitnehmerüberlassung gewartet worden. Eine mangelnde Zuordnung des Klägers zum Bereich „Druckerwartung“ kann sich daher nicht aus dem beendeten Einsatz im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung ergeben. 76

5. Das Landesarbeitsgericht wird daher zur Frage der Zuordnung des Klägers zum auf die Beklagte übergegangenen „IT-Service“ oder zum beim 77

Insolvenzverwalter verbliebenen Bereich der „Druckerwartung“ weitere Feststellungen zu treffen haben. Eine Zuordnung des Klägers zu einem der beiden Betriebsteile ergibt sich weder aus einer vorrangig zu beachtenden vertraglichen Vereinbarung noch aus der Ausübung des Direktionsrechts (§ 106 GewO).

a) In der Vereinbarung vom 18. September 2009 iVm. deren Anlage 3b liegt keine vorrangig zu beachtende Einigung der Beteiligten über die Zuordnung des Klägers zum Betriebsteil „Druck“. Zwar hat das Bundesarbeitsgericht mehrfach entschieden, dass bei Arbeitsplätzen, die mehreren Betrieben oder Betriebsteilen zuzuordnen sind, zunächst der Wille der Beteiligten beachtlich ist (vgl. BAG 18. März 1997 - 3 AZR 729/95 - zu I 2 b der Gründe, BAGE 85, 291 = AP BetrAVG § 1 Betriebsveräußerung 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). Hierunter ist aber nur eine solche Einigung zu verstehen, die mit dem betroffenen Arbeitnehmer getroffen wurde (vgl. BAG 18. März 1997 - 3 AZR 729/95 - zu I 2 b der Gründe, aaO). Im Streitfalle herrscht gerade keine Einigkeit darüber, ob der Kläger dem Betriebsteil „IT-Service“ oder den Betriebsteil „Druck/Druckerwartung“ zuzuordnen war. 78

b) Der Kläger war auch nicht durch die ausdrückliche oder konkludente Ausübung des Direktionsrechts durch die Insolvenzschuldnerin einem der Betriebsteile zugeordnet. Er hat sowohl Tätigkeiten im Bereich der Druckerwartung als auch im IT-Service- und Wartungsbetrieb verrichtet. Auch die Beklagte hat nur vorgetragen, im Zeitraum April 2008 bis September 2009 seien von 88 Calls mindestens 47 dem Bereich der Druckerwartung zuzuordnen. Dem Kläger waren damit nicht Tätigkeiten allein aus einem der Betriebsteile zugewiesen worden, so dass er sowohl für den Betriebsteil „Druckerwartung“ als auch für den sonstigen „IT-Service“ tätig war. 79

c) Die Zuordnung des Klägers zum Betriebsteil „Druckerwartung“ bzw. zum Betriebsteil „IT-Service“ hat nach objektiven Kriterien, also auch insb. danach zu erfolgen, wo der Schwerpunkt seiner Tätigkeit lag und in welchen 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*). Das Landesarbeitsgericht wird deshalb weitere Feststellungen zu treffen haben, wo der Schwerpunkt der Tätigkeit des Klägers lag. 80

d) Sollte sich unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände ergeben, dass der Kläger dem „IT-Service“-Betriebsteil und nicht dem Bereich „Druck/Druckerwartung“ zugeordnet war, so ergibt sich eine abweichende Zuordnung nicht aus Ziff. 11 Abs. 4 des Vertrags vom 18. September 2009 iVm. der Anlage 3b, in welcher der Kläger als Mitarbeiter des Betriebsteils „Druck“ benannt ist. § 613a BGB dient dem Schutz der Arbeitnehmer, wenn ein Betrieb bzw. Betriebsteil mittels Rechtsgeschäfts den Inhaber wechselt, und enthält zugunsten der Arbeitnehmer zwingendes Recht. Zulasten der Arbeitnehmer dürfen daher die Rechtsfolgen des § 613a BGB nicht durch eine Vereinbarung zwischen Betriebsveräußerer und Erwerber ausgeschlossen werden (*vgl. BAG 19. März 2009 - 8 AZR 722/07 - Rn. 26, BAGE 130, 90 = AP BGB § 613a Nr. 369 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 108*). 81

C. Bei seiner neuen Entscheidung hat das Landesarbeitsgericht auch eine Entscheidung über die Kosten der Revision zu treffen. 82

Hauck

Böck

Breinlinger

F.-E. Volz

Pauli