

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 709/09
8 Sa 784/08
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
28. April 2011

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger, Berufungsbeklagter
und Revisionskläger,

pp.

Beklagte zu 2, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

Beklagter zu 1, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. April 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Schulz und Wroblewski für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 1. Juli 2009 - 8 Sa 784/08 - insoweit aufgehoben, als es die Klage gegen den Beklagten zu 1. abgewiesen hat. Die weitergehende Revision des Klägers wird zurückgewiesen.

Soweit die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts aufgehoben wird, wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütungsansprüche und darüber, ob eine von dem Beklagten zu 1. ausgesprochene Kündigung wirksam ist und ob infolge eines Betriebsübergangs zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2. ein Arbeitsverhältnis besteht. 1

Der Kläger war seit 1999 für die W GmbH als Industriemechaniker tätig. Seine Vergütung betrug zuletzt 2.600,00 Euro. 2

Die W GmbH stellte Maschinen und Maschinenteile her und vertrieb diese. Insbesondere fertigte sie Kettenschienen für den Hauptkunden M und betrieb hierfür rechnerunterstützte Fertigung (*CAM*) und rechnerunterstützte Konstruktion (*CAD*), wobei sie computerisierte numerische Steuerungen (*CNC*) einsetzte. Weitere Tätigkeitsbereiche der W GmbH waren die Montage von Betonstahl- und Verarbeitungsmaschinen sowie die Erstellung eigener Programme. In diesen beiden letztgenannten Bereichen waren etwa vier Arbeitnehmer, davon drei in der Montage, beschäftigt. Die Geschäftsführer der W 3

GmbH waren L und dessen Sohn G. Einschließlich Frau S, der Ehefrau des G, die als kaufmännische Angestellte tätig war, beschäftigte die W GmbH zuletzt etwa 50 Arbeitnehmer.

Über das Vermögen der W GmbH wurde zum 1. Mai 2007 das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Beklagte zu 1. wurde zum Insolvenzverwalter bestellt. 4

Am 14. November 2007 schloss der Beklagte zu 1. mit dem Betriebsrat der W GmbH (*im Folgenden: Insolvenzschuldnerin*) einen Interessenausgleich mit Namensliste, auf welcher der Kläger namentlich bezeichnet ist. Der Interessenausgleich lautet auszugsweise: 5

„§ 2

Gegenstand

- (1) Gegenstand des Interessenausgleichs ist die endgültige und dauerhafte Stilllegung des schuldnerischen Betriebs spätestens mit Ablauf des Monats Februar 2007 (*richtig wohl: Februar 2008*). Damit entfallen sämtliche dort vorhandenen Arbeitsplätze. Gegenwärtig werden noch ca. fünfzig Arbeitnehmer beschäftigt. Allen Arbeitnehmern muss infolge der Betriebsstilllegung gekündigt werden. Es gibt zudem fünf noch nicht rechtskräftig abgeschlossene Kündigungsschutzklagen von Arbeitnehmern, denen bereits aufgrund des Interessenausgleichs vom 24.05.2007 gekündigt wurde. Auch diesen bereits gekündigten Arbeitnehmern soll vorsorglich ein weiteres Mal diesmal aufgrund der Stilllegung gekündigt werden.“

Der Beklagte zu 1. kündigte mit Schreiben vom 20. November 2007 das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 28. Februar 2008. Weiterhin kündigte der Beklagte zu 1. in den Monaten November und Dezember 2007 die Arbeitsverhältnisse weiterer 16 Arbeitnehmer. Die übrigen Arbeitnehmer der Insolvenzschuldnerin beendeten ihre Arbeitsverhältnisse entweder durch fristlose Eigenkündigungen oder durch Aufhebungsverträge mit dem Beklagten zu 1. 6

Der Beklagte zu 1. gab am 16. November 2007 das von der Insolvenzschuldnerin genutzte Betriebsgelände einschließlich der in den Gebäuden 7

befindlichen Betriebs- und Geschäftsausstattung an die Eigentümerin, die W GbR, heraus.

Am 16. November 2007 nahmen auf dem Betriebsgelände in den vor- 8
maligen Räumlichkeiten der Insolvenzschuldnerin und unter Nutzung der
vormals von der Insolvenzschuldnerin genutzten Maschinen die W T Ltd. & Co.
KG i.Gr. (*im Folgenden: W T*), endvertreten durch den Direktor G, sowie die W
P Ltd. & Co. KG i.Gr. (*im Folgenden: W P*), endvertreten durch den Direktor L,
die Produktion auf. Jede der beiden Gesellschaften produziert in jeweils einer
der beiden, zuvor von der Insolvenzschuldnerin genutzten Hallen mit den dort
von der Insolvenzschuldnerin verwendeten Maschinen.

Geschäftszweck der W T ist die Fertigung von Maschinen und Maschi- 9
nenteilen unter besonderem Einsatz von computerisierten numerischen Steue-
rungen (*CNC*), rechnerunterstützter Fertigung (*CAM*) und rechnerunterstützter
Konstruktion (*CAD*) einschließlich der Erbringung damit verbundener Leistun-
gen. Die für die Ausführung der Tätigkeit erforderlichen Arbeitnehmer entleiht
die W T fast ausschließlich von der Beklagten zu 2.

Der Geschäftszweck der W P liegt in der Herstellung und dem Vertrieb 10
von Maschinenbauteilen, insbesondere von Kettenschienen einschließlich der
damit verbundenen Leistungen. Die W P verfügt über keine eigenen Arbeit-
nehmer, sondern entleiht diese ausschließlich von der Beklagten zu 2.

Die Beklagte zu 2. wird endvertreten durch die vormalige kaufmänni- 11
sche Angestellte der Insolvenzschuldnerin, S. Am 16. November 2007 nahm die
Beklagte zu 2. ihre Geschäftstätigkeit auf und schloss mit einer Reihe früherer
Arbeitnehmer der Insolvenzschuldnerin - nicht aber mit dem Kläger - Arbeitsver-
träge zum Zwecke der nicht gewerbsmäßigen Überlassung an die Kunden W T
und W P. Diese Mitarbeiter erledigen dort die gleichen Tätigkeiten wie vorher
bei der Insolvenzschuldnerin. Arbeitnehmer, die zuvor nicht bei der Insolvenz-
schuldnerin beschäftigt waren, sind für die Beklagte zu 2. nicht tätig. Neben der
W T und der W P verfügt die Beklagte zu 2. über keine weiteren Kunden.

Der Kläger meint, sein Arbeitsverhältnis mit der Insolvenzschuldnerin 12
sei auf die Beklagte zu 2. im Wege des Betriebsübergangs übergegangen. Die

jetzige Tätigkeit der Beklagten zu 2. sowie der W T und der W P entspreche der Tätigkeit der Insolvenzschuldnerin, ohne dass es zu Änderungen in den Produktionsabläufen oder der Arbeitsorganisation gekommen sei. Es bestehe auch hinsichtlich Produktion und Verwaltung räumliche Kontinuität. Die W T und die W P erledigten Aufträge und Tätigkeiten für die bisherigen Kunden der Insolvenzschuldnerin mit deren ehemaligen Mitarbeitern, die sie sich von der Beklagten zu 2. leihen. Infolgedessen sei der Betrieb der Insolvenzschuldnerin nicht stillgelegt, sondern von den drei Gesellschaften ohne zeitliche Unterbrechung fortgeführt worden. Durch das Auseinanderreißen von Belegschaft und Betriebsmitteln werde lediglich versucht, § 613a BGB zu umgehen.

Der Kläger trägt vor, G habe etwa 40 Arbeitnehmern der Insolvenzschuldnerin, bevor diese mit dem Beklagten zu 1. Aufhebungsverträge geschlossen bzw. außerordentliche Eigenkündigungen erklärt hätten, die Fortsetzung ihrer Arbeitsverhältnisse bei gleicher Tätigkeit in einer neuen Gesellschaft angeboten. Am 16. November 2007 habe die Beklagte zu 2. dann mit 47 ehemaligen Arbeitnehmern der Insolvenzschuldnerin Arbeitsverträge geschlossen. 13

Weiter behauptet der Kläger, die kaufmännische Verwaltung der W T und der W P werde einheitlich durchgeführt. Auch sei der ehemalige Betriebsleiter der Insolvenzschuldnerin, N, weiterhin als Betriebsleiter sowohl für die W T als auch für die W P tätig. 14

Der Kläger meint, wenn kein Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2. stattgefunden habe, stehe ihm gegen den Beklagten zu 1. für die Zeit vom 1. November 2007 bis 31. März 2008 wegen Annahmeverzugs eine tarifliche Sonderzahlung zu sowie der Unterschiedsbetrag zwischen der vereinbarten Arbeitsvergütung und dem anderweitig erzielten Verdienst. Sollte ein Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2. erfolgt sein, stünden ihm diese Ansprüche anteilig bis zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs gegen den Beklagten zu 1. zu. Ab diesem Zeitpunkt hätte er diese Ansprüche dann gegenüber der Beklagten zu 2. 15

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 16

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch

die Kündigung des Beklagten zu 1) vom 20. November 2007, ihm am 27. November 2007 zugegangen, aufgelöst worden ist;

2. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, ihn zu unveränderten Bedingungen als Industriemechaniker in Vollzeit mit einer Wochenarbeitszeit von 35 Stunden zu beschäftigen;
3. den Beklagten zu 1) zu verurteilen, an den Kläger weitere 1.550,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Dezember 2007 zu zahlen;
4. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an den Kläger 960,48 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 240,12 Euro brutto seit dem 2. Januar 2008, aus 240,12 Euro brutto seit dem 1. Februar 2008, aus 240,12 Euro brutto seit dem 1. März 2008 und aus 240,12 Euro brutto seit dem 1. April 2008 zu zahlen.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt. 17

Die Beklagte zu 2. meint, ein Betriebsübergang liege nicht vor. Als Personaldienstleister habe sie weder Vermögensgegenstände noch Kunden der Insolvenzschuldnerin übernommen. Auch verfolge sie mit der nicht gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung einen anderen Geschäftszweck als ihn die Insolvenzschuldnerin als Maschinenbaubetrieb verfolgt habe. 18

Sie bestreitet, dass ihre Direktorin S die Personalleitung bei der Insolvenzschuldnerin innegehabt habe. Vielmehr seien die Personalangelegenheiten bei der Insolvenzschuldnerin von deren Geschäftsführern L und G erledigt worden. Eine einheitliche Leitung der drei Unternehmen, also der Beklagten zu 2., der W T und der W P gebe es nicht. Die W T und die W P hätten aufgrund ihrer Geschäftsgegenstände nichts miteinander zu tun. Die W T erbringe nur etwa 15 % ihrer Leistungen an die W P und umgekehrt diese nur 2 % ihrer Leistungen an die W T. Die Aufträge würden wie Aufträge zwischen Fremden abgewickelt. Die Produktionsräume der W T und der W P seien getrennt. Schließlich habe die Insolvenzschuldnerin bis zum 15. November 2007 auch die Montage von Betonstahlmaschinen und anderen für das Unternehmen B zum 19

Gegenstand gehabt. Diese Tätigkeit werde weder von der W T noch von der W P ausgeführt.

Weiter hat die Beklagte zu 2. bestritten, den Kläger beschäftigen zu können. Sie habe keinen Produktionsbetrieb, in dem ein Industriemechaniker benötigt werde. 20

Der Beklagte zu 1. hält die am 20. November 2007 ausgesprochene Kündigung für wirksam, wenn das Arbeitsverhältnis nicht bereits zuvor auf die Beklagte zu 2. übergegangen sein sollte. Er habe sich entschlossen, den Betrieb stillzulegen und mit dem Betriebsrat einen entsprechenden Interessenausgleich und Sozialplan abgeschlossen. Allen Arbeitnehmern, die nicht bereits zuvor ihre Arbeitsverhältnisse durch Eigenkündigung oder Aufhebungsvertrag beendet hätten, sei mit Schreiben vom 20. November 2007 - bzw. nach Zustimmung des Integrationsamts mit Schreiben vom 19. Dezember 2007 - gekündigt worden. Alle Arbeitnehmer, die wie der Kläger in der Namensliste zum Interessenausgleich benannt waren, seien ab dem 16. November 2007 von der Arbeitspflicht freigestellt worden. Abgesehen von Abwicklungstätigkeiten, die durch Frau N ausgeführt worden seien, habe nach dem 15. November 2007 keine Betriebstätigkeit mehr stattgefunden. 21

Auch sei der Betriebsrat ordnungsgemäß zur Kündigung angehört worden und die Massenentlassungsanzeige gegenüber der Bundesagentur für Arbeit am 16. November 2007 erfolgt. 22

Das Arbeitsgericht hat einen Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2. angenommen und diese zur Beschäftigung des Klägers zu den bisherigen Bedingungen als Industriemechaniker sowie zur Zahlung von 960,48 Euro brutto nebst Zinsen verurteilt. Den Beklagten zu 1. hat das Arbeitsgericht zur Zahlung der Gehaltsdifferenz für die Zeit vom 1. November 2007 bis zum 15. November 2007 in Höhe von 120,06 Euro brutto verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht den Beklagten zu 1. zur Zahlung einer tariflichen Sonderzahlung von 774,58 Euro nebst Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten zu 2. hat das Landesarbeitsgericht die Klage gegen 23

die Beklagte zu 2. insgesamt abgewiesen. Mit der von dem Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Klageansprüche weiter, während die Beklagten die Zurückweisung der Revision beantragen.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist nur begründet, soweit sie sich dagegen richtet, dass das Landesarbeitsgericht seine Klage gegen den Beklagten zu 1. abgewiesen hat. Im Übrigen ist sie unbegründet. 24

I. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage gegen die Beklagte zu 2. abgewiesen und hierbei angenommen, die tatbestandlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Betriebsübergangs auf die Beklagte zu 2. lägen nicht vor. Zwar habe diese den nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals der Insolvenzschuldnerin übernommen. Diese übernommenen Arbeitnehmer führten auch im Wesentlichen die gleichen Tätigkeiten wie zuvor bei der Insolvenzschuldnerin an denselben Maschinen aus. Bei der Insolvenzschuldnerin handele es sich aber nicht um ein betriebsmittelarmes Unternehmen, bei dem es im Wesentlichen nur auf die menschliche Arbeitskraft ankomme und sächliche Betriebsmittel nur eine geringe, untergeordnete Bedeutung hätten. Vielmehr seien bei der Insolvenzschuldnerin Maschinen und Programme für die Fertigung von Maschinen und Maschinenteilen wesentlich gewesen. Diese seien nicht von der Beklagten zu 2. übernommen worden. Der Geschäftszweck der Beklagten zu 2. erschöpfe sich in der Arbeitnehmerüberlassung an die W T und an die W P. Die wirtschaftliche Tätigkeit der Insolvenzschuldnerin werde nicht durch die Beklagte zu 2., sondern durch die W T und die W P weiterbetrieben. Letztgenannte Unternehmen vertrieben auch die von den Arbeitnehmern produzierten Maschinen und Maschinenbauteile. Damit habe die Beklagte zu 2. nicht unter Änderung der Organisation die funktionelle Verknüpfung der Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzungen zwischen verschiedenen übertragenen Produktionsfaktoren beibehalten. Die Beklagte zu 2. habe nämlich allein das Personal übernommen und es sei nicht ersichtlich, 25

dass sie den Umfang des Personaleinsatzes bestimmen könne. Die Beklagte zu 2. sei nicht in der Lage, die Fertigung und den Vertrieb von Maschinen und Maschinenbauteilen wie bisher durchzuführen. Ihr fehle die Übernahme der für den bisherigen Geschäftszweck der Insolvenzschuldnerin erforderlichen Betriebs- und Produktionsmittel sowie deren Kundenbeziehungen.

Das Landesarbeitsgericht hat weiter angenommen, die Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen (*im Folgenden: Richtlinie 2001/23/EG*) gebiete es nicht, in einem Fall, in dem das Personal von den Betriebsmitteln getrennt übernommen werde, gemäß § 613a BGB einen Betriebsübergang auf den das Personal übernehmenden Arbeitnehmerüberlasser anzunehmen. 26

Darüber hinaus hat das Landesarbeitsgericht angenommen, ein Betriebsübergang könne auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines gemeinsamen Betriebs der Beklagten zu 2., der W T und der W P angenommen werden, da ein gemeinsamer einheitlicher arbeitstechnischer Zweck fehle. Die Beklagte zu 2. habe ausschließlich die formale Arbeitgeberstellung inne. 27

Auch sei das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht von der Insolvenzschuldnerin auf eine von der Beklagten zu 2. mit der W T und der W P gemäß § 705 BGB gebildete Gesellschaft übergegangen. Da diese Gesellschaft, die auf die Weiterführung des Geschäftsbetriebs der Insolvenzschuldnerin gerichtet wäre, tatsächlich nicht am Rechtsverkehr teilnehme, könnte es sich bei dieser Gesellschaft nur um eine Innengesellschaft handeln, die nicht Träger von Rechten und Pflichten und mithin nicht Arbeitgeberin sein könne. 28

Schließlich könne auch kein einheitliches Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten zu 2. sowie der W T und der W P angenommen werden. 29

Die Kündigungsschutzklage gegenüber dem Beklagten zu 1. hat das Landesarbeitsgericht mit der Begründung abgewiesen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1. aufgrund eines Betriebsübergangs am 15. November 2007 und mithin vor Ausspruch der Kündigung 30

geendet habe. Nach dem klägerischen Vortrag sei die Betriebstätigkeit der Insolvenzschuldnerin über den 15. November 2007 hinaus ununterbrochen fortgesetzt worden. Der Betrieb sei zwar nicht von der Beklagten zu 2., wohl aber von der W P und der W T fortgeführt worden. Es könne dahinstehen, ob die W P und die W T jeweils einen Teilbetrieb - entsprechend den beiden Produktionshallen - übernommen hätten und welchem der beiden der Kläger zuzuordnen sei. Es könne auch dahinstehen, ob - angesichts des Umstands, dass Arbeitnehmer je nach Bedarf von jeder der beiden Gesellschaften eingesetzt würden - die beiden Gesellschaften eine Arbeitgebergruppe bildeten, da eine veränderte Organisation dem Betriebsübergang nicht entgegenstehe.

Hätte das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgrund des Betriebsübergangs geendet, so wäre die Kündigung wirksam, da sie dann nicht wegen eines Betriebsübergangs ausgesprochen worden wäre (§ 613a Abs. 4 BGB), nicht gegen § 1 Abs. 1 KSchG iVm. § 125 InsO verstieße und auch nicht nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam wäre. Auch sei die Massenentlassungsanzeige ordnungsgemäß eingereicht worden. 31

Die auf den Differenzlohn ab dem 16. November 2007 gerichtete Zahlungsklage gegen den Beklagten zu 1. hat das Landesarbeitsgericht abgewiesen, da ab diesem Zeitpunkt mit diesem kein Arbeitsverhältnis mehr bestanden habe. 32

Das Landesarbeitsgericht hat der auf Zahlung der tariflichen Sonderzahlung gegen den Beklagten zu 1. gerichteten Klage in Höhe von 774,58 Euro brutto stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Der Anspruch folge aus den im Arbeitsvertrag in Bezug genommenen Tarifverträgen der Eisen-, Metall- und Elektroindustrie des Landes Hessen. 33

II. Die Revision ist zulässig. Insbesondere ist sie gemäß § 74 Abs. 1 ArbGG frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden. 34

1. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist dem Kläger am 20. Juli 2009 zugestellt worden. Mit Schriftsatz vom 20. August 2009, eingegangen am selben Tage, hat der Kläger die Gewährung von Prozesskostenhilfe für das 35

Revisionsverfahren nebst der Beiordnung von Rechtsanwältin K beantragt. Er hat zugleich neben der vollständig ausgefüllten und unterschriebenen Erklärung über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse auch den erforderlichen Beleg zur Glaubhaftmachung vorgelegt. Mit Beschluss des Senats vom 6. Oktober 2009, dem Kläger am 14. Oktober 2009 zugestellt, ist ihm für das Revisionsverfahren Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwältin K beigeordnet worden.

Mit Schriftsatz vom 21. Oktober 2009, eingegangen am selben Tage, hat der Kläger die Revision eingelegt und zugleich begründet. Weiterhin hat er den Antrag gestellt, ihm wegen der Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, da er infolge seiner Mittellosigkeit unverschuldet an der rechtzeitigen Revisionseinlegung gehindert gewesen sei. 36

2. Die Fristen nach § 74 Abs. 1 ArbGG für die Einlegung und für die Begründung der Revision sind gewahrt. Dem Kläger war wegen der an sich versäumten Einlegungsfrist und der ebenfalls an sich versäumten Begründungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. War eine Partei ohne ihr Verschulden verhindert, eine Notfrist - wie die einmonatige Revisionsfrist - oder die Frist zur Begründung der Revision einzuhalten, so ist ihr auf Antrag nach § 233 ZPO die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Als unverschuldete Verhinderung ist die Bedürftigkeit der Partei anzusehen, wenn die Partei innerhalb der Revisionsfrist einen vollständigen Prozesskostenhilfeantrag stellt sowie alle für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe erforderlichen Unterlagen dem zuständigen Gericht vorlegt (*st. Rspr., vgl. BAG 20. Januar 2010 - 5 AZR 106/09 - AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 120 = EzA BGB 2002 § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 17*). 37

Der vollständige Prozesskostenhilfeantrag des Klägers ist am 20. August 2009 und mithin innerhalb der am 20. Juli 2009 in Lauf gesetzten einmonatigen Revisionsfrist (§ 74 Abs. 1 Satz 1 ArbGG) bei Gericht eingegangen. Nach Zustellung des Prozesskostenhilfe gewährenden Beschlusses vom 6. Oktober 2009 am 14. Oktober 2009 hat der Kläger innerhalb der 2-Wochen- 38

Frist des § 234 Abs. 1 Satz 1 ZPO am 21. Oktober 2009 die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der versäumten Revisionsfrist beantragt sowie die Revision eingelegt und begründet.

III. Das Berufungsurteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nur zum Teil stand. 39

Die gegen die Beklagte zu 2. gerichtete Klage hat das Landesarbeitsgericht zu Recht abgewiesen. 40

1. Die Beschäftigungsklage ist unbegründet. Zwischen den Parteien besteht kein Arbeitsverhältnis. Das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Insolvenzschuldnerin ist nicht im Wege eines Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Beklagte zu 2. übergegangen. 41

a) § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB setzt den rechtsgeschäftlichen Übergang eines Betriebs oder Betriebsteiles auf einen anderen Inhaber voraus. Erforderlich ist die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit. Der Begriff wirtschaftliche Einheit bezieht sich auf eine organisatorische Gesamtheit von Personen und/oder Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche, den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören als Teilaspekte der Gesamtwürdigung namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebs, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude oder bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit. Die Identität der Einheit kann sich auch aus anderen Merkmalen, wie zB ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden oder den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln ergeben. Den für das Vorliegen eines Übergangs 42

maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- und Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu.

Bei betriebsmittelarmen und dienstleistungsorientierten Branchen und Arbeitszwecken, bei denen es wesentlich auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch ihre gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit in diesem Sinne darstellen. Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ist anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hat. Die bloße Fortführung der Tätigkeit durch einen anderen Auftragnehmer (*Funktionsnachfolge*) stellt hingegen keinen Betriebsübergang dar (*st. Rspr., vgl. BAG 21. Mai 2008 - 8 AZR 481/07 - AP BGB § 613a Nr. 354 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 96*). In betriebsmittelgeprägten Betrieben kann ein Betriebsübergang auch ohne Übernahme von Personal vorliegen (*BAG 6. April 2006 - 8 AZR 249/04 - BAGE 117, 361 = AP BGB § 613a Nr. 303 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 52*).

43

b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist das Landesarbeitsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass mangels Übertragung einer wirtschaftlichen Einheit auf die Beklagte zu 2. ein Betriebsübergang auf diese nicht stattgefunden hat.

44

Der Betrieb der Insolvenzschuldnerin ist als selbständige wirtschaftliche Einheit nicht identitätswahrend auf die Beklagte zu 2. übertragen worden.

45

aa) Der Unternehmensgegenstand der Insolvenzschuldnerin lag in der Herstellung und dem Vertrieb von Maschinen und Maschinenteilen. Ihr Betrieb war betriebsmittelgeprägt. Der Schwerpunkt der Betriebstätigkeit lag in der Produktion sogenannter Kettenschienen. Bei Produktionsbetrieben kann der Betriebszweck ohne sächliche Betriebsmittel nicht erreicht werden. Die Arbeitsplätze sind regelmäßig an bestimmte Räume, Maschinen, Produktionsanlagen, Werkzeuge und sonstige Einrichtungsgegenstände gebunden. Um die Produk-

46

tion in der bisherigen Weise fortzusetzen, benötigt der Erwerber diese materiellen Produktionsmittel.

bb) Materielle Betriebsmittel, insbesondere Maschinen oder sonstige Produktionsanlagen sind von der Insolvenzsuldnerin nicht auf die Beklagte zu 2. übertragen worden. Die Beklagte zu 2. hat auch keine Räumlichkeiten bezogen, die zuvor von der Insolvenzsuldnerin genutzt worden sind. Während die Insolvenzsuldnerin in der D 13 ansässig war, hat die Beklagte zu 2. ihren Unternehmenssitz unter der Anschrift D 9 begründet. Die vormaligen Räumlichkeiten der Insolvenzsuldnerin werden seit Mitte November 2007 von der W T sowie der W P genutzt. Diese haben auch die materiellen Betriebsmittel in Gestalt von Maschinen, Programmen und sonstigen Produktionsanlagen von der Insolvenzsuldnerin übernommen, um ihre Produktionstätigkeit mit diesen durchzuführen. 47

cc) Außer einem Großteil des Personals hat die Beklagte zu 2. von der Insolvenzsuldnerin nichts übernommen, insbesondere auch keine Kunden- und Lieferantenbeziehungen. 48

dd) Der Betriebszweck der Beklagten zu 2. unterscheidet sich außerdem erheblich von demjenigen der Insolvenzsuldnerin. Während diese einen Produktionsbetrieb führte, also mit der Herstellung von Maschinen und Maschinenteilen befasst war, liegt der Unternehmensgegenstand der Beklagten zu 2. in der nicht gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung und ist mithin dem Bereich der Personaldienstleistung zuzuordnen. Der Umstand, dass die Mitarbeiter der Beklagten zu 2. im Wesentlichen die gleichen Tätigkeiten wie zuvor ausführen, ändert hieran nichts, da sie diese im Wesentlichen gleichen Tätigkeiten nicht für die Beklagte zu 2., sondern für die W T und die W P erbringen. 49

c) Auch soweit der Kläger seine Revision darauf stützt, dass, wenn kein Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2. vorliege, jedenfalls ein Gemeinschaftsbetrieb mit der Beklagten zu 2. als Anstellungsträger gebildet worden sei, bleibt sie erfolglos. 50

aa) Unter einem Betrieb versteht die Rechtsprechung eine organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe technischer und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt (vgl. zum Betrieb iSd. BetrVG: BAG 21. Juli 2004 - 7 ABR 57/03 - AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 15 = EzA BetrVG 2001 § 4 Nr. 1; 17. Januar 2007 - 7 ABR 63/05 - BAGE 121, 7 = AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 18 = EzA BetrVG 2001 § 4 Nr. 2; 7. Mai 2008 - 7 ABR 15/07 - NZA 2009, 328; 13. August 2008 - 7 ABR 21/07 - NZA-RR 2009, 255). Ein Betrieb kann auch von mehreren Arbeitgebern als gemeinsamer Betrieb geführt werden. Davon geht auch § 1 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BetrVG aus. Nur wenn ein solcher gemeinsamer Betrieb unter Beteiligung der Beklagten zu 2. gebildet worden wäre, könnte ein Betriebs- oder Betriebsteilübergang auf die Beklagte zu 2. überhaupt in Frage kommen. Ob für den Begriff „Betrieb“ iSd. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB, der auf einen Erwerber übergehen kann, eine besondere, vom allgemeinen Betriebsbegriff abweichende Definition gilt, ist vorliegend nicht entscheidungserheblich, weil es nur darauf ankommt, ob die Beklagte zu 2. mit der W T und der W P einen neuen gemeinsamen Betrieb gebildet hat. 51

Die Rechtsfigur des gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen liegt vor, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel mehrerer Unternehmen für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird. Die beteiligten Unternehmen müssen sich zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben (BAG 11. Dezember 2007 - 1 AZR 824/06 - mwN, EzA BetrVG 2001 § 77 Nr. 21). 52

Die Begriffe „Betrieb“ und „gemeinschaftlicher Betrieb“ sind unbestimmte Rechtsbegriffe. Bei der Beurteilung, ob eine Organisationseinheit ein Betrieb, ein selbständiger oder ein unselbständiger Betriebsteil ist, steht dem Gericht der Tatsacheninstanz ein Beurteilungsspielraum zu. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts ist in der Revisionsinstanz nur daraufhin überprüfbar, ob es den Rechtsbegriff selbst verkannt, gegen Denkgesetze, anerkannte Ausle- 53

gungsgrundsätze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Umstände außer Acht gelassen hat (vgl. zu § 1 Abs. 1 BetrVG: BAG 9. Dezember 2009 - 7 ABR 38/08 - AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 19 = EzA BetrVG 2001 § 1 Nr. 8; 17. Januar 2007 - 7 ABR 63/05 - BAGE 121, 7 = AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 18 = EzA BetrVG 2001 § 4 Nr. 2).

bb) Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält die Würdigung des Landesarbeitsgerichts stand. Die W T, die W P und die Beklagte zu 2. betreiben keinen gemeinsamen Betrieb. 54

In den Fällen einer unternehmerischen Zusammenarbeit, in denen sich die Beteiligung eines Arbeitgebers - wie hier der Beklagten zu 2. - auf das Zur-Verfügung-Stellen seiner Arbeitnehmer an einen oder mehrere andere Unternehmen beschränkt, fehlt es an dem maßgeblichen Merkmal einer einheitlichen Leitung in personellen und sozialen Angelegenheiten. Werden die Arbeitnehmer einem anderen Unternehmen zur Arbeitsleistung überlassen, liegt eine Personalgestellung vor, regelmäßig in Form der Arbeitnehmerüberlassung. Der Verleiher beschränkt sich auf die Zur-Verfügung-Stellung des benötigten Personals. Er trifft die Personalauswahlentscheidung und ihm verbleibt die Disziplinarbefugnis. Das entleihende Unternehmen entscheidet dagegen über den Personaleinsatz vor Ort (zB Zuweisung des konkreten Arbeitsplatzes, Art und Weise der Arbeitsausführung usw., vgl. BAG 16. April 2008 - 7 ABR 4/07 - AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 32 = EzA BetrVG 2001 § 1 Nr. 7; 13. August 2008 - 7 ABR 21/07 - mwN, NZA-RR 2009, 255; 17. Februar 2010 - 7 ABR 51/08 - AP BetrVG 1972 § 8 Nr. 14 = EzA BetrVG 2001 § 8 Nr. 2). 55

Die Voraussetzungen eines gemeinsamen Betriebs sind nicht bereits erfüllt, wenn eine (*enge*) unternehmerische Zusammenarbeit zwischen Arbeitgebern aufgrund wechselseitiger Verpflichtungen zu einer Minderung von mitbestimmungsrechtlich relevanten Gestaltungs- und Entscheidungsspielräumen bei den Arbeitgebern führt (vgl. BAG 13. August 2008 - 7 ABR 21/07 - Rn. 21 - 23, NZA-RR 2009, 255). Auch die Überlassung von Arbeitnehmern durch eine extra zur Personalgestellung gegründete Tochtergesellschaft 56

(vgl. BAG 25. Januar 2005 - 1 ABR 61/03 - BAGE 113, 218 = AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 48 = EzA BetrVG 2001 § 99 Nr. 7) sowie durch eine konzernangehörige Personalführungsgesellschaft wäre mit dem AÜG vereinbar (vgl. BAG 20. April 2005 - 7 ABR 20/04 - zu B II 2 b cc der Gründe, EzA AÜG § 14 Nr. 5). Auch eine Alleininhaberschaft oder die Mehrheitsbeteiligung an dem verleihenden Unternehmen würde danach einen Gemeinschaftsbetrieb nicht zwangsläufig begründen.

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze liegt im vorliegenden Fall 57
keine organisatorische Einheit vor, in der der Personaleinsatz von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird. Vielmehr wird das Direktionsrecht bzgl. der Arbeitnehmer der Beklagten zu 2. ausschließlich von der W T und der W P als den Entleihern ausgeübt, weil das bei der Beklagten zu 2. beschäftigte Personal im Wege der Arbeitnehmerüberlassung in diesen beiden Betrieben im Rahmen deren Organisationsstruktur eingesetzt wird.

d) Schließlich gebietet auch der Schutzzweck der Richtlinie 2001/23/EG 58
nicht dann, wenn wie im Streitfall, das Personal getrennt von den Betriebsmitteln übernommen und sodann an den Übernehmer der Betriebsmittel verliehen wird, einen Betriebsübergang auf den das Personal übernehmenden Arbeitnehmerüberlasser anzunehmen. Würde ein solcher Betriebsübergang angenommen, könnte der Übernehmer der materiellen und immateriellen Betriebsmittel, dh. im Regelfall der eigentliche Betriebsübernehmer iSd. § 613a BGB, im Ergebnis alle oder einen Teil der Mitarbeiter des vormaligen Inhabers beschäftigen, ohne - wie es § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB vorsieht - deren Arbeitgeber zu werden.

2. Mangels eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der 59
Beklagten zu 2. stehen dem Kläger die für den Zeitraum ab 15. November 2007 geltend gemachten Vergütungsansprüche gegen diese nicht zu.

IV. Die Abweisung der Klage gegen den Beklagten zu 1. durch das Lan- 60
desarbeitsgericht hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Dem Landesarbeitsgericht ist nicht dahin zu folgen, es stehe fest, dass die dem Kläger am 27. November 2007 zugegangene Kündigung des Beklagten zu 1. vom 20. November 2007 das Arbeitsverhältnis deshalb nicht aufgelöst hat, weil dieses aufgrund eines Betriebsübergangs am 15. November 2007, und damit vor dem Kündigungsausspruch, geendet hat. 61

a) Das Berufungsgericht hat angenommen, es könne dahinstehen, ob die W P und die W T jeweils einen Teilbetrieb der Insolvenzschuldnerin übernommen haben und welchem der beiden der Kläger zuzuordnen gewesen sei, bzw. ob die beiden Gesellschaften eine Arbeitgebergruppe gebildet haben, da eine veränderte Organisation dem Betriebsübergang nicht entgegenstehe. 62

Das Landesarbeitsgericht hat in diesem Zusammenhang unberücksichtigt gelassen, dass zwischen den Parteien im Streit steht, inwieweit die Insolvenzschuldnerin bis zum 15. November 2007 auch die Montage von Betonstahl- und Verarbeitungsmaschinen durchgeführt hat und ob diese Tätigkeiten von der W T und/oder der W P fortgeführt werden. Mit diesen Arbeiten seien drei Arbeitnehmer der Insolvenzschuldnerin betraut gewesen. 63

b) Das Landesarbeitsgericht hätte aufklären müssen, ob und in welchem Umfang die Insolvenzschuldnerin diese Montagearbeiten durchgeführt hat, ob diese Tätigkeiten als ein Betriebsteil iSd. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB anzusehen waren, ob der Kläger einem solchen Betriebsteil zugeordnet war und ob dieser Betriebsteil von der W T, der W P oder möglicherweise von beiden im Wege eines Betriebsteilübergangs nach § 613a Abs. 1 BGB übernommen worden ist. 64

c) Betriebsteile sind Teileinheiten (*Teilorganisationen*) des Betriebs, mit denen innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wird (*BAG 21. Mai 2008 - 8 AZR 481/07 - AP BGB § 613a Nr. 354 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 96*). § 613a BGB setzt für den Betriebsteilübergang voraus, dass die übernommenen Betriebsmittel bereits bei dem früheren Betriebsinhaber die Qualität eines Betriebsteils hatten. Es reicht nicht aus, wenn der Erwerber mit einzelnen bislang nicht teilbetrieblich organisierten Betriebsmitteln einen Betrieb oder Betriebsteil gründet. Überdies ist erforderlich, dass der Erwerber gerade 65

die wesentlichen Betriebsmittel des Teilbetriebs oder bei betriebsmittelarmen Teilbetrieben wesentliche Teile des dem Teilbetrieb zugeordneten Personals übernimmt (vgl. BAG 27. September 2007 - 8 AZR 941/06 - BAGE 124, 159 = AP BGB § 613a Nr. 332 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 86).

d) Ob diese Voraussetzungen eines Teilbetriebs bei dem Produktionsbereich „Montage von Betonstahl- und Verarbeitungsmaschinen“ bei der Insolvenzschuldnerin vorgelegen haben und ob und ggf. von wem dieser möglicherweise vorhandene Betriebsteil gemäß § 613a BGB erworben worden ist, hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. Letztlich hat es auch nicht aufgeklärt, ob dann, wenn es sich bei diesem Produktionsbereich um einen Betriebsteil gehandelt hat und dieser nicht im Wege eines Betriebsteilübergangs auf einen oder mehrere Erwerber übergegangen sein sollte, der Kläger diesem Betriebsteil zugeordnet war. Eine solche Zuordnung hätte zur Folge gehabt, dass sein Arbeitsverhältnis nicht auf einen Betriebserwerber übergegangen wäre, sondern mit dem Beklagten zu 1. über den 15. November 2007 hinaus fortbestanden hätte. Wäre Letzteres der Fall, hätte das Landesarbeitsgericht weiter prüfen müssen, ob und ggf. wann der Beklagte zu 1. diesen Teilbetrieb stillgelegt hat und ob die am 20. November 2007 von ihm ausgesprochene Kündigung das Arbeitsverhältnis wegen dieser Betriebsteilstilllegung zum 28. Februar 2008 rechtswirksam beendet hätte.

2. Außerdem hätte das Landesarbeitsgericht in letzterem Falle klären müssen, welche Vergütungsansprüche dem Kläger gegen den Beklagten zu 1. unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zumindest für den Zeitraum der Kündigungsfrist zugestanden hätten.

3. Zwecks Aufklärung dieser Fragen war die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - gemäß § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Bei seiner neuen Entscheidung wird das Landesarbeitsgericht bei der Tenorierung eindeutig zum Ausdruck zu bringen haben, dass die Verurteilung des Beklagten zu 1. zur Zahlung von 120,06 Euro nebst Zinsen durch das

Arbeitsgericht rechtskräftig ist und daher nicht der Klageabweisung in der Berufungsinstanz unterliegen kann.

Hauck

Böck

Breinlinger

Schulz

Wroblewski