

Betriebsübergang: Neue Organisation bedeutet keine Fortführung

Ein Betriebsübergang liegt nur dann vor, wenn die „im Wesentlichen unveränderte Fortführung einer wirtschaftlichen Einheit unter Wahrung ihrer Identität“ gegeben ist. Eine Bistro-Stewardess, die bei einem Catering-Unternehmen angestellt war, das als Franchisenehmer für die Deutsche Bahn in 16 Zügen auf einer Strecke (Düsseldorf — Weimar) die Bistrobewirtschaftung abgewickelt hatte, kann keine Weiterbeschäftigung im Rahmen eines Betriebsübergangs verlangen, wenn die Deutsche Bahn die Restaurants fortan selbst betreibt. Der Betrieb der Bistros ist von der Bahn vollständig in die eigene Organisation eingegliedert worden.

Quelle: Wolfgang Büser

Fortführung des Betriebes in unveränderter Form unter Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit als Voraussetzung für einen Betriebsübergang; Auswirkungen der kompletten Eingliederung des übernommenen Betriebes in die Struktur des Übernehmerbetriebes auf die Einstufung als Betriebsübergang; Treffen der richtigen Sozialauswahl als Voraussetzung für die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung; Wirksamkeit einer Kündigung wegen Betriebsstilllegung bei tatsächlicher Betriebsfortführung durch einen Übernehmer des Betriebs; Ausschluss des Betriebsüberganges mangels Übernahme von Personal durch den Betriebserwerber; Ausrichtung der Gewichtung der einzelnen Kriterien für einen Betriebsübergang an der jeweiligen Branche

Gericht: BAG

Datum: 06.04.2006

Aktenzeichen: 8 AZR 249/04

Entscheidungsform: Urteil

Referenz: JurionRS 2006, 20433

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

LAG Hessen - 05.02.2004 - AZ: 9 Sa 935/03

Rechtsgrundlagen:

§ 613a BGB

§ 1 Abs. 2 KSchG

§ 102 BetrVG

Fundstellen:

BAGE 117, 361 - 370

AiB 2006, 2 (Pressemitteilung)

AiB 2007, 188 (red. u. amtl. Leitsatz)

ArbRB 2006, 294-295 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

ArbRB 2006, 129 (Kurzinformation)

AuA 2006, 365 (Volltext mit red. LS u. Anm.)

AuR 2006, 371

AuR 2006, 165 (Kurzinformation)
AUR 2006, 165 (Kurzinformation)
AUR 2006, 371 (Kurzinformation)
BB 2006, 2192-2194 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)
DB 2006, XIV Heft 34 (amtl. Leitsatz)
DB 2006, XXII Heft 15 (Pressemitteilung)
DB 2006, 2127-2129 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)
DStR 2006, 805 (Kurzinformation)
DZWIR 2007, 21-23 (Volltext mit amtl. LS)
EWiR 2006, 553 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)
EzA-SD 8/2006, 3-4 (Pressemitteilung)
EzA-SD 18/2006, 8
FA 2006, 184 (Kurzinformation)
FA 2006, 376 (amtl. Leitsatz)
GmbH-Report 2006, R175 (Pressemitteilung)
JuS 2006, X Heft 5 (Pressemitteilung)
MDR 2006, R14 (Kurzinformation)
MDR 2007, 39 (Volltext mit amtl. LS)
NJW 2006, X Heft 36 (amtl. Leitsatz)
NZA 2006, VII Heft 8 (Kurzinformation)
NZA 2006, 1039-1042 (Volltext mit amtl. LS)
NZI 2008, 44
NZI (Beilage) 2007, 51 (amtl. Leitsatz)
schnellbrief 2006, 2-3 (Pressemitteilung)
ZAP EN-Nr. 799/2006
ZBVR online 2007, 16 (amtl. Leitsatz)
ZfA 2008, 142 (Kurzinformation)
ZInsO 2007, VI Heft 20 (amtl. Leitsatz)
ZInsO 2008, 53-56 (Volltext mit amtl. LS)

BAG, 06.04.2006 - 8 AZR 249/04

Amtlicher Leitsatz:

Ein Betriebsübergang iSd. § 613a BGB setzt die im Wesentlichen unveränderte Fortführung einer wirtschaftlichen Einheit unter Wahrung ihrer Identität voraus. Ein Betrieb oder Betriebsteil geht daher nur dann über, wenn er beim Erwerber als Betrieb oder organisatorisch selbständiger Betriebsteil fortgeführt wird. Dies ist nicht der Fall, wenn ein Bewirtschaftungsbetrieb vollständig in die eigene Organisationsstruktur eines anderen Unternehmens eingegliedert wird.

Tenor:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 5. Februar 2004 - 9 Sa 935/03 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer von der Beklagten zu 1) ausgesprochenen ordentlichen Kündigung und über den Übergang des Arbeitsverhältnisses der Klägerin auf die Beklagte zu 2).
- 2 Die Klägerin war seit dem 1. Juli 1995 bei der Beklagten zu 1) als Bistro-Stewardess beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis waren kraft einzelvertraglicher Bezugnahme die Tarifverträge der Systemgastronomie anwendbar. Tätigkeitsfeld der Beklagten zu 1) war die Bewirtschaftung von Zügen der Deutschen Bahn AG. Diese Tätigkeit führte die Beklagte zu 1) im Rahmen eines Franchisevertrages für die Bewirtschaftung der Bistro Cafes im Interregio mit der M AG, einer 100%igen Tochter der Beklagten zu 2) durch. Der Franchisevertrag wurde nach dem Fahrplanwechsel am 15. Dezember 2002 nicht mehr fortgeführt. Mit dem Fahrplanwechsel wurden auf der Strecke Weimar/Erfurt nach Düsseldorf/Dortmund und zurück die 16 bisher von der Beklagten zu 1) bewirtschafteten Interregiozüge mit Bistroabteilen durch sechs ICE-Züge mit Restaurantwagen und zehn IC-Züge mit Bistroabteilen ersetzt. Die Bewirtschaftung dieser Züge wurde von der M AG auf die Beklagte zu 2) übertragen.
- 3 Mit Schreiben vom 25. Oktober 2002 kündigte die Beklagte zu 1) das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin zum 30. November 2002, weil der Franchisevertrag über die Dauer des gegenwärtigen Fahrplans hinaus nicht verlängert werde, so dass sie die Zugbewirtschaftung im Dezember 2002 einstellen müsse. Dem neu konstituierten Betriebsrat war die Kündigungsabsicht am 14. Oktober 2002 mitgeteilt worden.
- 4 Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei unwirksam, sie sei sozial ungerechtfertigt. Es läge keine ordnungsgemäße Sozialauswahl vor. Schließlich ergebe sich die Unwirksamkeit der Kündigung auch aus § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB, da ein Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2) stattgefunden habe. Diese betreibe die Zugbewirtschaftung nunmehr selbst weiter. Dies stelle einen Betriebsübergang dar, da sich am ursprünglichen Kerngeschäft nichts geändert habe. Die Organisations- und Leitungsmacht sei zum 15. Dezember 2002 von der Beklagten zu 1) auf die Beklagte zu 2) übergegangen. Auch sei die Klägerin im Einzelnen nicht über die Einbeziehung des Betriebsrats unterrichtet worden.

- 5 Die Klägerin hat, soweit in der Revision noch von Interesse, beantragt
1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten zu 1) vom 25. Oktober 2002 nicht aufgelöst worden ist;
 2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihr und der Beklagten zu 1) gem. § 613a BGB ab 1. Dezember 2002 auf die Beklagte zu 2) übergegangen ist.
- 6 Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen. Sie haben vorgetragen, die Kündigung der Beklagten zu 1) sei wegen Einstellung des eigenen Geschäftsbetriebs wirksam. Es bestünde keine Möglichkeit, die Klägerin weiter zu beschäftigen. Da allen Mitarbeitern gekündigt worden sei, sei eine Sozialauswahl nicht vorzunehmen. Die Beklagte zu 1) habe den zwischenzeitlichen konstituierten Betriebsrat ordnungsgemäß mit Schreiben vom 14. Oktober 2002 zu der beabsichtigten Kündigung angehört. Der Betriebsrat sei zuvor über die betriebliche Notwendigkeit dieser Maßnahme informiert gewesen, weil die Geschäftsführerin den Betriebsrat über den Fortgang der Gespräche mit der Beklagten zu 2) laufend unterrichtet hätten.
- 7 Es liege kein Betriebsübergang vor. Bei der hier relevanten Branche der Zuggastronomie komme es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft an. Die Beklagte zu 2) habe weder Personal der Beklagten zu 1) übernommen noch ein entsprechendes Know-how. Vielmehr habe zuvor die M AG und alsdann die Beklagte zu 2) der Beklagten zu 1) entsprechendes Know-how zur Verfügung gestellt. Es habe auch kein Übergang wesentlicher materieller Betriebsmittel stattgefunden. Die festinstallierten Kunden- und Restaurationseinrichtungen seien ausschließlich von der Beklagten zu 2) disponiert sowie instand gehalten und im Rahmen des Franchisevertrags der Beklagten zu 1) kostenlos zur Verfügung gestellt worden. Dies gelte ebenso für die sog. M+E-Artikel (Glas, Porzellan, Besteck und sonstige Ausrüstungsgegenstände). Es seien keine Betriebsmittel zur eigenwirtschaftlichen Nutzung überlassen worden. Der Franchisevertrag sei als Vertrag mit Dienstleistungscharakter zu werten. Dies werde durch die unentgeltliche Betriebsmittelnutzung und die monatlichen Zuzahlungen für die Serviceleistungen deutlich.
- 8 Auch das mögliche Kriterium eines Übergangs der Kundschaft sei nicht gegeben. Die Fahrgäste, die in den Zügen Speisen und Getränke verzehrten, seien schon zwingend Kunden der Beklagten zu 2). Diese habe sie nicht von der Beklagten zu 1) übernommen. Entscheidend sprächen nach Auffassung der Beklagten zu 2) gegen das Vorliegen eines Betriebsübergangs die vielfältigen Veränderungen, die mit der Beendigung des Franchisevertrags hinsichtlich der Tätigkeiten und arbeitsorganisatorischen Abläufe eingetreten seien. Von den 16 zuvor durch die Beklagte zu 1) bewirtschafteten Interregiozügen seien sechs durch ICE- und zehn durch IC-Züge ersetzt worden, was sich sowohl auf die Arbeitsabläufe, als auch auf die eingesetzten Betriebsmittel als Veränderung auswirke. Der Fahr- und Gastronomieservice sei in einem Team unter der Leitung des Zugchefs zusammengeführt worden. Ebenso seien die Personalumlaufzeiten geändert und Änderungen im Schankbetrieb vorgenommen worden. Die bisher genutzten Handkassen seien durch neu installierte Datenkassen ersetzt worden. Insgesamt sei von einem neuen Gastronomiekonzept auszugehen. Es handele sich allenfalls um eine reine Funktionsnachfolge, die für sich noch nicht die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs erfülle.
- 9 Im Übrigen stelle die Bewirtschaftung der ehemals von der Beklagten zu 1) betreuten 16 Züge im Hinblick auf die täglich im gesamten System der Beklagten zu 2) bewirtschafteten ca. 800 Zügen einen verschwindend geringen und unselbständigen Teil dar, so dass ein von der Bewirtschaftung anderer Züge abtrennbarer Betriebsteil nicht erkennbar sei.
- 10 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer Revision macht die Klägerin weiterhin die Unwirksamkeit der Kündigung der Beklagten zu 1) vom 25. Oktober 2002 sowie einen Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte zu 2) geltend.

Entscheidungsgründe

- 11 Die Revision der Klägerin ist nicht begründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen.
- I.
- 12 Das Landesarbeitsgericht hat die Klageabweisung im Wesentlichen wie folgt begründet:
- 13 Die Kündigung sei durch dringende betriebliche Erfordernisse, nämlich die zum Kündigungszeitpunkt von der Beklagten zu 1) beabsichtigte Betriebsstilllegung, sozial gerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2 KSchG und verstoße auch nicht gegen § 102 BetrVG . Es liege auch kein Verstoß gegen § 613a Abs. 4 BGB vor, weil die Kündigung weder wegen eines Betriebsübergangs ausgesprochen worden sei noch ein Betriebsübergang stattgefunden habe. Dies führe gleichzeitig dazu, dass die Feststellungsklage gegen die Beklagte zu 2) unbegründet sei.
- 14 Gegen einen Betriebsübergang spreche, dass die Beklagte zu 2) keinen Mitarbeiter der Beklagten zu 1) übernommen habe. Auch unter dem Aspekt der Übernahme von (Stamm-)Kundschaft oder betrieblichem Know-how lasse sich ein Betriebsübergang nicht herleiten. Es erscheine ausgeschlossen, dass Personen Züge der Deutschen Bahn deshalb benutzten, weil sie das zuvor von der Beklagten zu 1) erbrachte Angebot der Zugsbewirtschaftung nutzen möchten. Ein von der Beklagten zu 1) selbst entwickeltes Know-how, welches auf die Beklagte zu 2) übergegangen sein könnte, sei nicht ersichtlich. Im Gegenteil habe die Beklagte zu 1) im Rahmen der Vorgaben des Franchisevertrags solches der Rechtsvorgängerin bzw. der Beklagten zu 2) genutzt. Zwar könne nach der Rechtsprechung zum "Pächterwechsel" ein Betriebsübergang vorliegen, wenn dem Berechtigten Betriebsmittel zur "eigenwirtschaftlichen" Nutzung überlassen worden seien. Das Wagenmaterial, die festinstallierten Kunden- und Restaurationseinrichtungen sowie die so bezeichneten M+E-Artikel stellten indessen keine übergegangenen Betriebsmittel dar, welche wesentlich für die Identität des Betriebs seien, so dass bei der gebotenen Gesamtwürdigung nicht von einer Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit (Bewirtschaftung von Zügen der Deutschen Bahn) ausgegangen werden könne. Dies ergebe sich insbesondere unter Würdigung der zwischen der Beklagten zu 1) und der Beklagten zu 2) bzw. der M AG bestandenen vertraglichen Beziehungen. Unabhängig von der Bezeichnung als "Franchise-Vertrag" habe die Beklagte zu 1) im Wesentlichen für ihre Vertragspartnerin eine Dienstleistung durch den Einsatz von ihr gestellter Arbeitnehmer in den zu bewirtschaftenden Zügen erbracht. Sämtliche dabei genutzte Betriebsmittel seien der Beklagten zu 1) einschließlich deren Wartung und Instandsetzung durch die "Franchise-Geberin" kostenlos zur Verfügung gestellt worden. Ebenso seien mindestens 70 % der von der Beklagten zu 1) vertriebenen Speisen und Getränke als Vertragsprodukte der Franchisegeberin vorgegebenen gewesen. Entsprechendes gelte hinsichtlich Ort, Zeit und Dauer der von der Beklagten zu 1) erbrachten Aktivitäten. Diese seien ausschließlich abhängig von der Fahrplangestaltung und den damit zusammenhängenden Umlaufzeiten. Eine eigene Verfügungsmacht der Beklagten zu 1), wonach sie etwa auf Grund eigener Kalkulation über den Einsatz der zur Verfügung stehenden Betriebsmittel und deren Nutzung hätte entscheiden können, sei auf Grundlage der Vertragswerke nicht gegeben gewesen. Zwar würden häufig im Rahmen eines Franchiseverhältnisses enge Vorgaben hinsichtlich des Auftritts am Markt, die vertriebene Produktpalette, Dienstkleidung usw. gesetzt; der Franchisenehmer verfüge jedoch über die Betriebsmittel eigenständig auf Grundlage einer eigenen Kalkulation und Vertretungsmacht. Der Charakter der von der Beklagten zu 1) erbrachten Dienstleistung offenbare sich durch den Umstand, dass die "Franchise-Geberin" an die Beklagte zu 1) sogar monatliche Zuzahlungen (wirtschaftliche Hilfe) gewährt habe, wie sich aus der Vereinbarung vom 29. Mai 2001 ergebe. Danach habe die Höhe der monatlichen Zuzahlungen der M AG an die Beklagte zu 1) 42.437,00 Euro betragen, obwohl diese bereits die Gelder aus der Verkaufstätigkeit für sich habe vereinnahmen können. Im Ergebnis hätte die Franchisegeberin die Beklagte zu 1) für eine Serviceleistung bezahlt, die offenbar nicht annähernd kostendeckend habe erbracht werden können. Die Beklagte zu 1) habe letztendlich Arbeit an und mit den Mitteln der M AG bzw. der Beklagten zu 2) geschuldet. Mit der Beendigung der Vertragsbeziehungen hätte die Beklagte zu 2) kein Betriebssubstrat der Beklagten zu 1) übernommen. Materielle Betriebsmittel seien nicht übergegangen, denn die Arbeitsmittel an und mit

denen die Beklagte zu 1) ihren Vertrag erfüllt habe, hätten nicht zu ihrem Betriebssubstrat gehört, weil sie nicht eigenwirtschaftlich genutzt worden seien. Immaterielle Betriebsmittel seien gleichfalls nicht übergegangen. Die Beklagte zu 2) führe die Zugbewirtschaftung mit eigenem Personal durch und habe keinen von der Beklagten zu 1) beschäftigten Mitarbeiter eingestellt. Sie verfüge über eine eigene Organisation, in die die bisher von der Beklagten zu 1) bedienten Zugverbindungen eingefügt worden seien.

II.

15 Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand. Im Streitfall liegt kein Betriebsübergang iSd. § 613a BGB vor. Der Begründung des Landesarbeitsgerichts, mit der dieses einen Betriebsübergang verneint, folgt der Senat allerdings nicht.

16 1.

Die Vorschrift des § 613a Abs. 1 BGB setzt den rechtsgeschäftlichen Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils 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 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 ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln ergeben. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- und Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu (*st. Rspr. des Senats im Anschluss an EuGH 11. März 1997 - C-13/95 - [Ayse Sützen] EuGHE I 1997, 1259 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 14 = EzA BGB § 613a Nr. 145; vgl. zB BAG 22. Juli 2004 - 8 AZR 350/03 - BAGE 111, 283 = AP BGB § 613a Nr. 274 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 27; 18. März 1999 - 8 AZR 159/98 - BAGE 91, 121 = AP BGB § 613a Nr. 189 = EzA BGB § 613a Nr. 177*). 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 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 Auftragnehmer (Funktionsnachfolge) keinen Betriebsübergang dar (*BAG 18. März 1999 - 8 AZR 196/98 - AP BGB § 613a Nr. 190 = EzA BGB § 613a Nr. 178; 29. Juni 2000 - 8 AZR 520/99 -*). In betriebsmittelgeprägten Betrieben kann ein Betriebsübergang auch ohne Übernahme von Personal vorliegen (*so zuletzt EuGH 20. November 2003 - C-340/01 - [Carlito Abler] EuGHE I 2003, 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 - aaO*). Der Betriebsübergang tritt mit dem Wechsel in der Person des Inhabers des Betriebs ein. Der bisherige Inhaber muss seine wirtschaftliche Betätigung in dem Betrieb einstellen. Die bloße Möglichkeit zu einer unveränderten Fortsetzung des Betriebs genügt für die Annahme eines Betriebsübergangs nicht. Wesentliches Kriterium für den Übergang ist die tatsächliche Weiterführung oder Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit. Einer besonderen Übertragung einer irgendwie gearteten Leitungsmacht bedarf es wegen des Merkmals der Fortführung des Betriebs nicht (*BAG 12. November 1998 - 8 AZR 282/97 - BAGE 90, 163 = AP BGB § 613a Nr. 186 = EzA BGB § 613a Nr. 170*).

17 2.

Im Streitfall ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ein Betriebsübergang nicht deshalb zu verneinen, weil die Beklagte zu 2) von der Beklagten zu 1) kein Personal übernahm. Bei den von den Beklagten zu erbringenden Tätigkeiten der Zugbewirtschaftung handelt es sich nicht um Dienstleistungen, bei denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt. Materielle Betriebsmittel spielen nicht nur eine untergeordnete Rolle, sondern sind für die Ausführung der Zugbewirtschaftung unabdingbar. Die von der Beklagten zu 1) bei der Bewirtschaftung der Züge genutzten Bistrowagen mit den festinstallierten Kunden-, Bistro- und sonstigen Restaurationseinrichtungen sind als materielle Betriebsmittel anzusehen, deren Weiternutzung durch die Beklagte zu 2) einen Betriebsübergang begründen kann. Auf eine mangelnde "eigenwirtschaftliche" Nutzung dieser Betriebsmittel kommt es nicht an.

18 a)

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Achten Senats des Bundesarbeitsgerichts hatte eine wertende Beurteilung zu erfolgen, ob im Eigentum eines anderen stehende, aber vom Auftragnehmer genutzte Betriebsmittel dem Betrieb als eigene Betriebsmittel zugeordnet werden können. Nur dann seien sie in die Gesamtabwägung, ob ein Betriebsübergang stattgefunden habe, einzubeziehen (11. Dezember 1997 - 8 AZR 426/94 - BAGE 87, 296 = AP BGB § 613a Nr. 171 = EzA BGB § 613a Nr. 160; 14. Mai 1998 - 8 AZR 328/96 -; 25. Mai 2000 - 8 AZR 337/99 -). Wesentliches Abgrenzungskriterium war danach, dass dem Berechtigten die Betriebsmittel zur eigenwirtschaftlichen Nutzung überlassen sind (11. Dezember 1997 - 8 AZR 426/94 - aaO; 14. Mai 1998 - 8 AZR 328/96 -; 17. September 1998 - 8 AZR 276/97 -; 25. Mai 2000 - 8 AZR 337/99 -; 29. Juni 2000 - 8 AZR 520/99 -).

19 b)

Dieses Merkmal ist hinsichtlich der materiellen Betriebsmittel, die im Eigentum eines Dritten stehen, nach der Auslegung des Europäischen Gerichtshofs in der Güney-Görres Entscheidung vom 15. Dezember 2005 (- C-232/04 und C-233/04 - EzA BGB 2002 § 613a Nr. 41 mit kritischer Anm. Melot de Beauregard BB 2006, 275) für das Vorliegen eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB nicht maßgebend. Der Europäische Gerichtshof hat ausgeführt, dass das Merkmal der eigenwirtschaftlichen Nutzung keine notwendige Voraussetzung für die Feststellung des Übergangs sächlicher Betriebsmittel vom ursprünglichen Auftragnehmer auf den neuen Auftragnehmer ist. Das entsprach schon im Wesentlichen der (teilweise kritischen) Auffassung des Schrifttums nach der Carlito-Abler-Entscheidung (Bauer NZA 2004, 14, 17; Schnitker/Grau BB 2004, 275; jurisPK-BGB/Kliemt 2. Aufl. § 613a Rn. 13, 14; Steinau-Steinrück/Wagner NJW-Spezial 2004, 33; Kreßel Anm. SAE 2004, 343; Kock/Hohner ArbRB 2004, 156; Diller/Grzyb EWIR 2004, 85; ErfK/Preis 6. Aufl. § 613a BGB Rn. 20; vgl. auch Adam Anm. EzBAT BAT § 53 Betriebsübergang Nr. 6). Bei der Prüfung, ob ein Betriebsübergang gegeben ist, ist das Merkmal der eigenwirtschaftlichen Nutzung der sächlichen Betriebsmittel daher nicht mehr heranzuziehen (vgl. Senat 6. April 2006 - 8 AZR 222/04 - DB 2006, 1379, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).

20 3.

Ein Betriebsübergang liegt im Streitfall nicht vor, weil die Beklagte zu 2) die Bistrobewirtschaftung der Beklagten zu 1) nicht im Wesentlichen unverändert fortführt. Es fehlt damit an der Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit.

21 a)

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob nicht schon dadurch eine wesentliche Änderung der wirtschaftlichen Einheit eingetreten ist, dass die Beklagte zu 2) nicht dieselben Zugverbindungen bewirtschaftet wie die Beklagte zu 1) zuvor. Mit dem Fahrplanwechsel am 15. Dezember 2002 wurden die bisher von der Beklagten zu 1) bewirtschafteten 16 Interregiozüge auf der Strecke Weimar/Erfurt nach Düsseldorf/Dortmund und zurück durch zehn IC-Züge und sechs ICE-Züge ersetzt. Die nunmehr von der Beklagten zu 2) betriebene Bewirtschaftung hat sich schon dadurch

geändert, das zwar die IC-Züge wie die früheren Interregios über Bistrowagen verfügen, die ICE-Züge jedoch Speisewagen mit Bordrestaurant haben, in denen nicht nur "Kleingerichte" an Stehtischen wie im Bistrowagen ausgegeben werden. Im Übrigen sind die Streckenführungen der IC- und ICE-Züge erheblich verlängert worden (nach Dresden, Leipzig und Stralsund), so dass auch die Bewirtschaftung erweitert wurde.

22 b)

Die Beklagte zu 2) hat die Bistrobewirtschaftung der Beklagten zu 1) jedenfalls deshalb nicht übernommen, weil sie die Bewirtschaftung der bisher von der Beklagten zu 1) bedienten Zugverbindungen vollständig in ihre Organisationsstruktur eingegliedert hat, so dass innerhalb ihrer Bewirtschaftung aller ca. 800 Züge der Deutschen Bahn kein organisatorisch abgrenzbarer Betrieb oder Betriebsteil geblieben ist. Es fehlt daher an der unveränderten Fortführung der wirtschaftlichen Einheit.

23 Ein Betriebsübergang iSd. § 613a BGB setzt die im Wesentlichen unveränderte Fortführung einer wirtschaftlichen Einheit unter Wahrung ihrer Identität voraus. Ein Betrieb oder Betriebsteil geht daher nur dann über, wenn er beim Erwerber als Betrieb oder organisatorisch selbständiger Betriebsteil fortgeführt wird. Dies ist nicht der Fall, wenn ein Bewirtschaftungsbetrieb vollständig in die eigene Organisationsstruktur eines anderen Unternehmens eingegliedert wird.

24 Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 25. September 2003 (- 8 AZR 421/02 - AP BGB § 613a Nr. 261 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 14) bei der Übernahme eines Schießplatzes von der Royal Air Force durch die Bundeswehr einen Betriebsübergang deshalb verneint, weil die Bundeswehr den übernommenen Schießplatz in ihre eigene Organisationsstruktur eingegliedert habe. Mit der Eingliederung des Schießplatzes in die eigene Militärorganisation und Fortführung mit eigenem Personal habe die Bundeswehr den Schießplatz als wirtschaftliche Einheit nicht im Wesentlichen unverändert fortgeführt.

25 Im Streitfall gilt nichts anderes. Die auf einem Franchisevertrag mit der M AG, einer 100 %igen Tochter der Beklagten zu 2), beruhende Bistrobewirtschaftung der Beklagten zu 1) wurde aufgelöst. Die Beklagte zu 2) hat weder den Franchisevertrag übernommen noch das Abrechnungssystem mit den Zuzahlungen, die die Beklagte zu 1) früher von der M AG erhalten hatte. Stattdessen wurde die Bewirtschaftung der 16 Zugverbindungen vollständig in die Organisationsstruktur der Beklagten zu 2) eingeordnet, mit der diese bisher schon alle übrigen Zugverbindungen der Deutschen Bahn bewirtschaftete. Die organisatorische Einheit der Bistrobewirtschaftung auf Grund eines Franchisevertrags besteht nicht fort. Die Beklagte zu 2) hat nunmehr durch Bewirtschaftung weiterer Strecken die Möglichkeit, mit ihrem "Know-how" und ihrer Gesamtorganisation die Funktionserweiterung wahrzunehmen und durch Vernetzung der Bewirtschaftung mit allen übrigen IC- und ICE-Verbindungen übergreifend über Personaleinsatz und Warenbelieferung zu verfügen.

26 Die Klägerin kann demgegenüber nicht mit Erfolg einwenden, es dürfe nicht im Belieben eines potenziellen Erwerbers stehen, sich durch Umstrukturierungen den Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs zu entziehen. Ein Betriebsübergang setzt die tatsächliche Fortführung der wirtschaftlichen Einheit unter Wahrung von deren Identität voraus. Mit der sofortigen vollständigen Umstrukturierung nutzt der "Erwerber" nicht eine im "Vorgängerbetrieb" vorhandene Arbeitsorganisation ("er legt sich nicht ins gemachte Bett"), sondern gründet eine neue Arbeitsorganisation bzw. gliedert die wirtschaftliche Einheit in die bereits vorhandene Organisation ein. Diese sofort erfolgende wesentliche Umgestaltung löst nicht die Rechtsfolgen des § 613a BGB aus (vgl. *Lunk FS zum 25-jährigen Bestehen der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltsverein 2005 S. 645, 657 f.*).

27 4.

Damit hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zu Recht einen Betriebsübergang verneint und die Kündigung der Beklagten zu 1) vom 25. Oktober 2002 zutreffend aus betriebsbedingten Gründen

wegen Stilllegung der Bistrobewirtschaftung als sozial gerechtfertigt angesehen. Die Rüge einer fehlerhaften Sozialauswahl und der unzureichenden Anhörung des Betriebsrats hat die Klägerin in der Revision nicht mehr aufrechterhalten. Die Kündigungsschutzklage gegen die Beklagte zu 1) und die Feststellungsklage auf Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zur Beklagten zu 2) waren daher als unbegründet zurückzuweisen.

28 III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO .

Hauck
Dr. Wittek
Laux
Dr. Haible
Wankel

Parallelverfahren:

BAG - 06.04.2006 - AZ: 8 AZR 334/05
BAG - 06.04.2006 - AZ: 8 AZR 340/05
BAG - 06.04.2006 - AZ: 8 AZR 341/05
BAG - 06.04.2006 - AZ: 8 AZR 342/05

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.