

Betriebsübergang: Mit Geräten und Zeiten gehen auch die Mitarbeiter über

Läuft der Auftrag des BMI mit einer Sicherheitsfirma für die Personenkontrollen an einem Flughafen (hier in Köln/Bonn) aus und kündigt die Firma deswegen Mitarbeitern (die zum größten Teil jedoch nach Neuverteilung des Auftrags von der neuen Sicherheitsfirma wieder eingestellt wurden), so muss auch eine nicht wieder eingestellte Sicherheitsagentin zu alten Konditionen übernommen werden. Das gilt jedenfalls dann, wenn sowohl sämtliche Geräte (u.a. Handsonden und Röntgengeräte, die Eigentum des Ministeriums sind) im Einsatz bleiben als auch die Arbeitszeiten und sonstigen Umstände sich nicht verändert haben.

Quelle: Wolfgang Büser

Soziale Rechtfertigung einer Kündigung aus innerbetrieblichen Gründen; Überprüfung der Sozialwidrigkeit einer Kündigung durch das Revisionsgericht; Begriff der "Betriebsstilllegung"; Stilllegungsabsicht des Arbeitgebers bei Veräußerung des Betriebes; Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit als Voraussetzung für einen Betriebsübergang

Gericht: BAG

Datum: 13.06.2006

Aktenzeichen: 8 AZR 271/05

Entscheidungsform: Urteil

Referenz: JurionRS 2006, 21189

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

ArbG Köln - 18.09.2004 - AZ: 3 Ca 14622/03

ArbG Köln - 02.03.2005 - AZ: 3 Ca 14622/03

LAG Köln - 02.03.2005 - AZ: 8 (7) Sa 1354/04

Rechtsgrundlagen:

§ 1 Abs. 2 KSchG

§ 1 Abs. 3 KSchG

§ 613a BGB

§ 19b LuftVG a.F.

§ 8 Abs. 2 BADV

§ 9 Abs. 3 BADV

Fundstellen:

AiB 2007, 188 (red. Leitsatz)

AiB 2007, 245 (amtl. Leitsatz)

ArbRB 2006, 327 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

AuA 2007, 403 (Kurzinformation)

AuA 2006, 423 (Kurzinformation)
AuA 2006, 748-749 (Volltext mit red. LS u. Anm.)
AuR 2006, 239 (Kurzinformation)
AUR 2006, 239
BB 2006, VI Heft 26 (Kurzinformation)
CR 2007, 419-423 (Volltext mit red. LS)
DStZ 2006, 859 (Kurzinformation)
EzA-SD 19/2006, 5-7
FA 2006, 249 (Pressemitteilung)
FA 2006, 343 (amtl. Leitsatz)
JuS 2006, XVI Heft 8 (Pressemitteilung)
NJW 2006, X Heft 38 (amtl. Leitsatz) "Neuvergabe des Auftrags zur Personenkontrolle am Flughafen"
NJW 2007, 106-110 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.) "Neuvergabe des Auftrags zur Personenkontrolle am Flughafen"
NJW-Spezial 2006, 469 (Kurzinformation) "Neuvergabe des Auftrags zur Personenkontrolle"
NWB 2006, 2161 (Kurzinformation)
NZA 2006, VI Heft 12 (Kurzinformation)
NZA 2006, 1101-1105 (Volltext mit red. LS)
schnellbrief 2006, 7-8 (Pressemitteilung)
ZInsO 2007, VI Heft 20 (red. Leitsatz)
ZIP 2006, A49 (Kurzinformation)
ZIP 2006, 1917-1920 (Volltext mit red. LS)
ZTR 2007, 50 (amtl. Leitsatz)

BAG, 13.06.2006 - 8 AZR 271/05

Redaktioneller Leitsatz:

Eine betriebsbedingte Kündigung kann aufgrund einer beabsichtigten Betriebsstilllegung sozial gerechtfertigt sein. Eine solche Stilllegungsabsicht des Arbeitgebers liegt aber nicht vor, wenn dieser seinen Betrieb veräußert. Die Veräußerung des Betriebs ist gerade keine Betriebsstilllegung, da die Identität des Betriebs gewahrt bleibt und lediglich ein Betriebsinhaberwechsel stattfindet.

Voraussetzung für den Betriebsübergang i.S.d. § 613a BGB ist, dass beim rechtsgeschäftlichen Übergang auf den neuen Inhaber die Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit gewahrt bleibt. Unter dem Begriff der wirtschaftlichen Einheit fällt die organisatorische Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung.

Der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat
auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 13. Juni 2006
durch
den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck,
den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Wittek,
die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux sowie
die ehrenamtlichen Richter Hennecke und Dr. Volz
für **Recht** erkannt:

Tenor:

Die Revisionen der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 2. März 2005 - 8 (7) Sa 1354/04 - werden zurückgewiesen, mit der Maßgabe, dass das Urteil des Landesarbeitsgerichts insoweit aufgehoben wird, als es festgestellt hat, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2) ein Arbeitsverhältnis über den 30. Juni 2004 hinaus fortbesteht.

Von den Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin 1/7 zu tragen. Die übrigen Kosten haben die Beklagten zu je 3/7 zu tragen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Kündigung der Beklagten zu 1), über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2) und über Vergütungsansprüche der Klägerin gegen die Beklagte zu 2) ab dem 1. Januar 2004.
- 2 Die Beklagte zu 1) war als Sicherheitsunternehmen vom Bundesministerium des Innern (BMI) beauftragt, die Personen- und Gepäckkontrolle gemäß § 29c Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 LuftVG a.F. am Flughafen K vorzunehmen. Im Fluggastkontrolldienst tätige Sicherheitsbeauftragte an Flughäfen müssen einen vierwöchigen Einschulungskurs als Fluggastkontrolleur besuchen und eine entsprechende Prüfung vor dem Bundesgrenzschutz nach § 29c LuftVG a.F. ablegen, die auch die Zuverlässigkeit umfasst. Sie erhalten dann eine hoheitliche Beleihung zur Ausübung dieser Tätigkeit. Das BMI kündigte den Auftrag zum 31. Dezember 2003. Im Rahmen einer öffentlichen Neuausschreibung, an der sich auch die Beklagten zu 1) und 2) beteiligten, teilte das BMI der Beklagten zu 1) mit Schreiben vom 15. September 2003 mit, dass der Auftrag ab Jahresbeginn 2004 an die Beklagte zu 2) vergeben worden sei. Die Beklagte zu 2) informierte die Beklagte zu 1) auf deren Nachfrage, dass sie an der Übernahme von Arbeitnehmern und Betriebsmitteln der Beklagten zu 1) nicht interessiert sei. Die Beklagte zu 1) nutzte Röntgengeräte und Handsonden, die vom BMI zur Verfügung gestellt waren. Diese Geräte nutzt nunmehr die Beklagte zu 2).
- 3 Die Klägerin ist seit dem 22. Mai 2000 bei der Beklagten zu 1) zu den Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 24. Mai 2000 nebst Zusatzvereinbarung vom 19. September/8. Oktober 2001 als Sicherheitsbeauftragte und Dienstgruppenleiterin beschäftigt.
- 4 Nach Anhörung des Betriebsrats kündigte die Beklagte zu 1) allen Arbeitnehmern betriebsbedingt zum 31. Dezember 2003. Gegen ihre Kündigung hat die Klägerin Klage erhoben, die sie im Laufe des Rechtsstreits mit den gegenüber der Beklagten zu 2) geltend gemachten Ansprüchen erweitert hat.
- 5 Seit 15. Januar 2004 wurde die Klägerin bei der Beklagten zu 2) mit einer geringeren Stundenvergütung zu den Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 18. Dezember 2003 als Fluggastkontrolleurin beschäftigt. Die Beklagte zu 2) hat dieses Arbeitsverhältnis inzwischen zum 30. Juni 2004 gekündigt. Im Hinblick hierauf und den Prozess gegen die Kündigung zum 30. Juni 2004 hat die Klägerin den gegen die Beklagte zu 2) gerichteten Feststellungsantrag mit Zustimmung der Beklagten zu 2) nunmehr zeitlich beschränkt.
- 6 Die Klägerin hat behauptet, die Beklagte zu 2) führe die gleichen Fluggastkontrollen durch wie zuvor die Beklagte zu 1). Die Beklagte zu 1) habe Ende Dezember 2003 rund 200 Mitarbeiter beschäftigt.

Zum überwiegenden Teil habe sich dabei um so genannte Luftsicherheitsassistenten/-innen gehandelt mit dem erforderlichen Know-how, dass das Personal besitzen müsse, um Fluggastkontrollen durchführen zu dürfen und zu können. Die Beklagte zu 2) habe Anfang Januar bzw. spätestens am 15. Januar 2004 von diesen früheren Mitarbeitern der Beklagten zu 1) mindestens 110 Mitarbeiter weiterbeschäftigt. Die Arbeitsorganisation habe sich nicht verändert. Sämtliche übernommenen Mitarbeiter wiesen die Qualifikation und Zertifizierung als Sicherheitsbeauftragte nach § 29c LuftVG a.F. auf. Die Beklagte zu 1) und die Beklagte zu 2) arbeiteten mit zwingend zur Aufgabenwahrnehmung einzusetzenden, festinstallierten bzw. zur Verfügung gestellten Betriebsmitteln des BMI bzw. des Bundesgrenzschutzes. Die Klägerin hat gemeint, die Kündigung der Beklagten zu 1) sei unwirksam; der Betrieb der Beklagten zu 1) sei von der Beklagten zu 2) übernommen worden. Das Arbeitsverhältnis bestehe deshalb zu den Bedingungen des mit der Beklagten zu 1) begründeten Arbeitsvertrages nunmehr mit der Beklagten zu 2) bis mindestens 30. Juni 2004 fort.

Die Beklagte zu 2) sei verpflichtet, bis zur Arbeitsaufnahme der Klägerin am 15. Januar 2004 den Vergütungsanspruch unter Anrechnung des von der Bundesagentur für Arbeit gezahlten Arbeitslosengeldes zu erfüllen. Für die darauf folgenden Monate schulde die Beklagte zu 2) die Differenzbeträge zwischen der gezahlten Vergütung und der aus den Vertragsbedingungen zur Beklagten zu 1) abzuleitenden Vergütung.

7 Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) durch die Kündigung der Beklagten zu 1) vom 28. November 2003 nicht zum 31. Dezember 2003 aufgelöst worden ist, sondern zu unveränderten Bedingungen über diesen Termin hinaus fortbesteht,
2. festzustellen, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2) ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu den zuletzt (Dezember 2003) zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) geltenden Arbeitsbedingungen bis zum 30. Juni 2004 besteht,
3. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an die Klägerin 1.471,28 Euro brutto abzüglich 255,68 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Februar 2004 zu zahlen,
4. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an die Klägerin 513,68 Euro brutto sowie 25,14 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. März 2004 zu zahlen,
5. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an die Klägerin 446,54 Euro brutto nebst 25,14 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. April 2004 zu zahlen.

8 Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt. Sie stellen einen Betriebsübergang in Abrede. Sie haben behauptet, die Beklagte zu 2) erbringe als Auftragnehmerin eine nicht nur untergeordnete Dienstleistung an fremden Betriebsmitteln in beträchtlichem Umfang. Die Personen- und Gepäckkontrolle sei eine Tätigkeit, bei der es nicht unerheblich auf die menschliche Arbeitskraft ankomme und für die das Wissen und Können der Arbeitnehmer eine erhebliche Bedeutung habe. Die Beklagte zu 2) habe sämtliche Mitarbeiter neu eingestellt.

9 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe

10 Die Revisionen der Beklagten sind unbegründet. Die Kündigung der Beklagten zu 1) ist unwirksam. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin zu der Beklagten zu 1) ist gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB am 1. Januar 2004 auf die Beklagte zu 2) übergegangen und bestand zumindest bis 30. Juni 2004 fort. Die Beklagte zu 2) ist verpflichtet, die Vergütungsansprüche der Klägerin vom 1. Januar 2004 bis

31. März 2004 zu erfüllen.

11

I.

Das Landesarbeitsgericht hat der Klage insgesamt stattgegeben und einen Betriebsübergang von der Beklagten zu 1) auf die Beklagte zu 2) bejaht. Dabei sei unerheblich, dass Rechtsbeziehungen nicht zwischen den Beklagten, sondern nur vermittelt über das BMI bestünden. Auch sei unerheblich, dass es sich um eine Auftragsvergabe nach Maßgabe der Vergabeordnung des öffentlichen Dienstes handele. Die wesentlichen Kriterien für einen Betriebsübergang seien erfüllt: Die "Kundschaft", die aus den Fluggästen bestehe, sei gleich geblieben; die Tätigkeit der Beklagten zu 2) stimme im Wesentlichen mit der der Beklagten zu 1) überein. Der Kontrollbetrieb sei ohne zeitliche Unterbrechung fortgesetzt worden. Auch seien die Betriebsmittel, die für den Einsatz und die Verrichtung der Tätigkeit erforderlich seien, gleich geblieben. Da nur unter Zuhilfenahme der Betriebsmittel die Arbeit verrichtet werden könne, bildeten sie den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs. Insoweit arbeite die Beklagte zu 2) mit den Kontrolleinrichtungen am Flughafen und nicht nur an ihnen. Überdies sei ein wesentlicher Teil der Belegschaft der Beklagten zu 1) nämlich "mehr als 50%" bei der Beklagten zu 2) beschäftigt. Hierzu gehörten insbesondere Mitarbeiter mit einem Zertifikat gemäß § 29c LuftVG aF. Da ein Betriebsübergang zu bejahen sei, sei die Kündigung wegen des Betriebsübergangs ausgesprochen worden und damit unwirksam. Das Arbeitsverhältnis bestehe nunmehr zur Beklagten zu 2) fort. Da die Beklagte zu 2) die von der Klägerin geltend gemachten Beträge nicht substantiiert bestritten habe, stünden der Klägerin die geltend gemachten Zahlungsansprüche zu. Der neu mit der Beklagten zu 2) abgeschlossene Arbeitsvertrag stelle eine Umgehung des § 613a BGB dar und führe nicht zu einer Verringerung der Vergütungsansprüche der Klägerin.

12

II.

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Prüfung im Ergebnis und in der Begründung im Wesentlichen stand.

13

1.

Der Antrag auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten zu 1) vom 28. November 2003 beendet worden ist, ist begründet.

14

Die Kündigung ist sozial ungerechtfertigt (§ 1 Abs. 2 , 3 KSchG).

15

Bei der Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung (§ 1 Abs. 2 KSchG) handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der dem Tatsachenrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Berufungsurteil in sich widerspruchsfrei ist (*st. Rspr.; vgl. BAG 24. März 1983 - 2 AZR 21/82 - BAGE 42, 151, 157 [BAG 24.03.1983 - 2 AZR 21/82] = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 12 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 21*).

16

Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das Urteil des Landesarbeitsgerichts stand. Die Kündigung ist nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung der Klägerin entgegenstehen, bedingt.

17

a)

Eine Kündigung ist aus innerbetrieblichen Gründen sozial gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt (*BAG 5. Dezember 2002 - 2 AZR*

522/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 126 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 50 m.w.N.; 28. Oktober 2004 - 8 AZR 391/03 - BAGE 112, 273, 278 = AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 69 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 56). Zu den dringenden betrieblichen Erfordernissen, die nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG einen Grund zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung abgeben können, gehören die Stilllegung des gesamten Betriebs, einer Betriebsabteilung oder eines Betriebsteils durch den Arbeitgeber (BAG 27. November 2003 - 2 AZR 48/03 - BAGE 109, 40, 42 [BAG 27.11.2003 - 2 AZR 48/03] = AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 64 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 128; 22. Januar 1998 - 8 AZR 243/95 - AP BGB § 613a Nr. 173 = EzA BGB § 613a Nr. 161). Unter Betriebsstilllegung ist die Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zu verstehen, die ihre Veranlassung und ihren unmittelbaren Ausdruck darin findet, dass der Unternehmer die bisherige wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, die Verfolgung des bisherigen Betriebszwecks dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne nicht weiter zu verfolgen (BAG 27. November 2003 - 2 AZR 48/03 - a.a.O.; 18. Januar 2001 - 2 AZR 514/99 - BAGE 97, 10, 13 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 115 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 109). Mit der Stilllegung des gesamten Betriebs entfallen alle Beschäftigungsmöglichkeiten. Der Arbeitgeber muss endgültig entschlossen sein, den Betrieb stillzulegen (BAG 29. September 2005 - 8 AZR 647/04 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 139 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 140; 16. Mai 2002 - 8 AZR 319/01 - AP BGB § 613a Nr. 237 = EzA BGB § 613a Nr. 210 m.w.N.). Demgemäß ist von einer Stilllegung auszugehen, wenn der Arbeitgeber seine Stilllegungsabsicht unmissverständlich äußert, allen Arbeitnehmern kündigt, etwaige Mietverträge zum nächstmöglichen Zeitpunkt auflöst, die Betriebsmittel, über die er verfügen kann, veräußert und die Betriebstätigkeit vollständig einstellt (BAG 22. Mai 1997 - 8 AZR 101/96 - BAGE 86, 20, 25 = AP BGB § 613a Nr. 154 = EzA BGB § 613a Nr. 149).

18 Eine Stilllegungsabsicht des Arbeitgebers liegt allerdings nicht vor, wenn dieser seinen Betrieb veräußert. Die Veräußerung des Betriebs allein ist - wie sich aus der Wertung des § 613a BGB ergibt - keine Stilllegung, weil die Identität des Betriebs gewahrt bleibt und lediglich ein Betriebsinhaberwechsel stattfindet (BAG 16. Mai 2002 - 8 AZR 319/01 - AP BGB § 613a Nr. 237 = EzA BGB § 613a Nr. 210 m.w.N.). Betriebsveräußerung und Betriebsstilllegung schließen sich also systematisch aus (vgl. BAG 12. Februar 1987 - 2 AZR 247/86 - AP BGB § 613a Nr. 67 = EzA BGB § 613a Nr. 64). Dabei kommt es auf das tatsächliche Vorliegen des Kündigungsgrundes und nicht auf die vom Arbeitgeber gegebene Begründung an. Eine vom Arbeitgeber mit einer Stilllegungsabsicht begründete Kündigung ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn die geplante Maßnahme sich objektiv als Betriebsstilllegung und nicht als Betriebsveräußerung darstellt, weil etwa die für die Fortführung des Betriebs wesentlichen Gegenstände einem Dritten überlassen werden sollten und der Veräußerer diesen Vorgang aber rechtlich unzutreffend als Betriebsstilllegung bewertet (BAG 16. Mai 2002 - 8 AZR 319/01 - a.a.O. m.w.N.; 10. Dezember 1998 - 8 AZR 264/98 -, zu II 1 b der Gründe).

19 b)

Die Beklagte zu 1) hat den Betrieb nicht stillgelegt, jener ist vielmehr gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Beklagte zu 2) übergegangen.

20 aa)

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 Süzen] EuGHE I 1997, 1259 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 14 = EzA BGB § 613a Nr. 145; zuletzt 15. Dezember 2005 - C-232/04 und C-233/04 - [Güney-Görres] EzA BGB 2002 § 613a Nr. 41; z.B. BAG 22. Juli 2004 - 8 AZR 350/03 - BAGE 111, 283, 291 = AP BGB § 613a Nr. 274 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 27; 18. März 1999 - 8 AZR 159/98 - BAGE 91, 121, 126 = 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 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 Auftragnehmer (Funktionsnachfolge) ebenso wenig einen Betriebsübergang dar wie die reine Auftragsnachfolge (*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 - BAGE 111, 283, 292 = a.a.O.*). Der Umstand, dass die von dem neuen Unternehmer übernommenen Betriebsmittel nicht seinem Vorgänger gehörten, sondern vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wurden, schließt den Betriebsübergang nicht aus. Auch ist im Fall einer Auftragsneuvergabe die Überlassung der Betriebsmittel zur eigenwirtschaftlichen Nutzung keine notwendige Voraussetzung für die Feststellung eines Betriebsübergangs vom ursprünglichen Auftragnehmer auf den neuen Auftragnehmer (*EuGH 15. Dezember 2005 - C-232/04 und C-233/04 - [Güney-Görres] a.a.O.; BAG 6. April 2006 - 8 AZR 222/04 - NZA 2006, 723, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen*). Sächliche Betriebsmittel sind im Rahmen einer Auftragsneuvergabe wesentlich, wenn bei wertender Betrachtungsweise ihr Einsatz den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs ausmacht (*BAG 6. April 2006 - 8 AZR 222/04 - a.a.O.*). Der Betriebsübergang tritt mit dem Wechsel in der Person des Inhabers des Betriebs ein. Entscheidend ist die Übernahme der Organisations- und Leitungsmacht.

21 bb)

Im Streitfall ist von einer Übernahme des Betriebs durch die Beklagte zu 2) auszugehen. Von den maßgeblichen Umständen hatte die Beklagte zu 1) Kenntnis, so dass es an einer ernsthaften Stilllegungsabsicht im Zeitpunkt der Kündigung fehlt. Im Streitfall wusste die Beklagte zu 1) nämlich, dass der Auftrag ohne zeitliche Unterbrechung an die Beklagte zu 2) vergeben würde und dass die vom BMI zur Verfügung gestellten sächlichen Betriebsmittel nunmehr von der Beklagten zu 2) genutzt werden. Das waren im Streitfall die Umstände, die den Betriebsübergang ausmachten. Jener verwirklichte sich nicht erst im Nachhinein durch Übernahme des nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils der Belegschaft. Damit ist die Kündigung ungerechtfertigt und es verbleibt nicht nur ein Wiedereinstellungsanspruch zu den Bedingungen des früheren Arbeitsvertrages (*vgl. BAG 13. November 1997 - 8 AZR 295/95 - BAGE 87, 115, 119 = AP BGB § 613a Nr. 169 = EzA BGB § 613a Nr. 154*).

22 (1)

Die Beklagte zu 2) hat eine wirtschaftliche Einheit der Beklagten zu 1) übernommen.

- 23** Das Landesarbeitsgericht hat zunächst zutreffend angenommen, dass die Art des betreffenden Betriebs gleich geblieben ist. Insbesondere hat sich der Betriebszweck durch einen von der Beklagten zu 2) zum 15. Januar 2004 zusätzlich übernommenen Auftrag gemäß § 19b LuftVG a.F. (mit Wirkung vom 15. Januar 2005 aufgehoben durch Art. 2 Nr. 2 des Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben vom 11. Januar 2005 BGBl. I S. 78) nicht geändert. Die Beklagte zu 2) hat vorgetragen, dass dieser - zusätzliche - Auftrag die Kontrolle sämtlicher am Flughafen tätiger Personen umfasst. Damit verbietet sich die Annahme eines völlig neuen Betriebszwecks, denn der kontrollierte Personenkreis ist für die Bestimmung der Art der Tätigkeit grundsätzlich unerheblich, wenn nicht die Kontrolltätigkeit selbst verändert ist. Dabei kann auch dahinstehen, ob Fluggastkontrolleure nach pflichtgemäßem Ermessen schon ohne Erteilung eines ausdrücklichen Auftrags nach § 19b LuftVG a.F. befugt sind, auch andere Personen zu kontrollieren, wie die Klägerin meint. Überdies ist davon auszugehen, dass der Umfang des Auftrags bezüglich der Kontrolle der Fluggäste erheblich größer ist als der Auftragsumfang bezüglich der zu kontrollierenden sonstigen Personen, da bei normalem Flugverkehr die Zahl der Fluggäste die der Personen, die sich aus anderen Gründen am Flughafen aufhalten, bei weitem übersteigt.
- 24** Die maßgeblichen materiellen Betriebsmittel sind ebenfalls übergegangen. Unstreitig nutzt die Beklagte zu 2) nunmehr die Räume, die die Beklagte zu 1) zuvor genutzt hat. Dabei ist unerheblich, ob sie die Räume neu anmieten musste. Die Beklagte zu 2) nutzt weiterhin nunmehr die von der Bundesrepublik zur Verfügung gestellten Geräte wie Torbogensonden, Gepäckbänder mit automatischer Röntgensichtung (Gepäckprüfanlagen bzw. Durchleuchtungsgeräte), Handsonden sowie Sprengstoffspürgeräte. Dass die Kontrollgeräte vom BMI zur Verfügung gestellt werden, ist unerheblich. Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 15. Dezember 2005 (- C-232/04 und C-233/04 - [Güney-Görres] EzA BGB 2002 § 613a Nr. 41), der der Senat mit Urteil vom 6. April 2006 (- 8 AZR 222/04 - NZA 2006, 723, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen) gefolgt ist, spielt es überdies keine Rolle, ob vom Auftraggeber zur Verfügung gestellte Betriebsmittel eigenwirtschaftlich vom Auftragnehmer genutzt werden können. Die genannten sächlichen Betriebsmittel sind auch unverzichtbar, denn ohne sie könnte die Beklagte zu 2) die Kontrolltätigkeiten nicht auftragsgemäß verrichten. Ihr Einsatz macht den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs aus. Die Geräte und Anlagen sind darüber hinaus auch und gerade identitätsprägend, wenn sie - wie die Parteien dargelegt haben - auf dem freien Markt nicht erhältlich sind und ihr Gebrauch vom Auftraggeber zwingend vorgeschrieben ist.
- 25** Als wesentlicher immaterieller Aktivposten des (Teil-)Betriebs der Beklagten zu 1) im Zeitpunkt des Übergangs ist der Auftrag mit der Bundesrepublik anzusehen. Zwar ist die reine Auftragsnachfolge nicht als Betriebsübergang anzusehen; im Rahmen der Gesamtschau spielt es jedoch eine Rolle, dass nicht andere immaterielle Aktiva für den Teilbetrieb der Beklagten zu 1) wesentlich waren.
- 26** Die Kundschaft der Beklagten zu 1) ist auf die Beklagte zu 2) übergegangen. Bei Neuvergabe eines Auftrags besteht die "Kundschaft" nämlich in dem Auftraggeber, der identisch bleibt (vgl. BAG 22. Juli 2004 - 8 AZR 394/03 - BB 2005, 216 [BAG 22.07.2004 - 8 AZR 350/03]). Darüber hinaus ist der Kreis der zu kontrollierenden Personen im Wesentlichen gleich geblieben.
- 27** Die Tätigkeiten vor und nach dem Übergang sind ähnlich. Soweit die Beklagte zu 2) vorgetragen hat, dass sie mit anderen Schichtplänen arbeite, ist dies nicht erheblich. Die Arbeitszeitmodelle der Beschäftigten, die eine Kontrolle der Fluggäste durchführen, sind für die Identität des Betriebs nicht prägend. Ob eine in sonstiger Weise anders geartete Arbeitsorganisation einem Betriebsübergang entgegenstehen würde, kann dahinstehen, denn eine solche ist von der Beklagten zu 2), die angesichts der Behauptung der Klägerin, es habe sich nichts verändert, gemäß § 138 ZPO darlegungspflichtig wäre, nicht vorgetragen worden.
- 28** Letztlich kam es zu keiner Unterbrechung der Tätigkeit, denn die Beklagte zu 2) hat die Fluggastkontrolle am 1. Januar 2004 nahtlos übernommen.
- 29** (2)

Die Beklagte zu 2) hat den Betrieb auch durch Rechtsgeschäft übernommen. Der Senat hat mit Urteil vom 25. September 2003 (- 8 AZR 421/02 - AP BGB § 613a Nr. 261 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 14) in Anknüpfung an frühere Urteile entschieden, dass auch öffentlich-rechtlich organisierte Einheiten, die der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, Betriebe iSv. § 613a BGB sein können (*einschränkend Willemsen FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht S. 295 f.*). Die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben steht einem Betriebsübergang nicht von vornherein entgegen. Welche Aufgaben in privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher und hoheitlicher Form erfüllt werden, ergibt sich vielfach nicht aus der Aufgabenstellung selbst, sondern obliegt der Organisationsgewalt des Staates. Für den Zweck des § 613a BGB kommt es auf diese Unterscheidung nicht an. Ob etwa der Wechsel des Rechtsträgers mit einem rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang verbunden ist, darf nicht schon wegen der Qualifizierung der (bisherigen) Tätigkeit ausgeschlossen sein, sondern ist vielmehr nach den hierfür maßgeblichen Kriterien zu beurteilen (*BAG 27. April 2000 - 8 AZR 260/99 -*). Entscheidend ist, ob wesentliche Betriebsmittel auf Grund vertraglicher Vereinbarungen oder auf Grund eines hoheitlichen Aktes genutzt werden. Im Streitfall ist von einer Übertragung durch Rechtsgeschäft auszugehen. Der zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Beklagten zu 2) geschlossene Vertrag beschränkt sich nicht auf die Vergabe einer dem öffentlichen Recht zuzuordnenden besonderen Erlaubnis zur Durchführung der Kontrolle, sondern räumt der Beklagten zu 2) die Befugnis ein, mit den ihr zur Verfügung gestellten technischen Einrichtungen und der Hilfe der Arbeitnehmer ein Dienstleistungsunternehmen zu bestimmten Bedingungen zu betreiben und dabei Gewinn zu erwirtschaften. Es kann dahingestellt bleiben, wie die durch den Vertrag begründeten Rechtsbeziehungen zwischen der Beklagten zu 2) und der Bundesrepublik Deutschland genau zu qualifizieren sind. Die Parteien gehen jedenfalls von einer Auftragsvergabe aus, also einer vertraglichen Vereinbarung (*vgl. BAG 8. Februar 1989 - 5 AZR 66/88 - KTS 1990, 107*). Dass die Arbeitnehmer zur sog. Fluggastkontrolle eingesetzt werden und es sich dabei um eine hoheitliche Aufgabe handelt, bei der sich die Luftfahrtbehörden anderer geeigneter Personen als Hilfspersonen bedienen können (§ 29c Abs. 1 Satz 3 und Abs. 5 LuftVG aF), steht dem nicht entgegen.

30 (3)

Einem Betriebsübergang steht entgegen der Auffassung der Beklagten zu 2) auch nicht die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 14. Juli 2005 (- C-386/03 - *EuZW 2005, 530*) entgegen. Der Europäische Gerichtshof sah hier § 8 Abs. 2 und § 9 Abs. 3 der Verordnung über Bodenabfertigungsdienste auf Flugplätzen vom 10. Dezember 1997 (BADV) als europarechtswidrig, weil gegen die Richtlinie 96/67/EG des Rates vom 15. Oktober 1996 über den Zugang zum Markt der Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen der Gemeinschaft verstoßend, an. Die Vorschrift sieht vor, dass ein Flugplatzunternehmer von einem Dienstleister die Übernahme von Arbeitnehmern verlangen kann. Der Europäische Gerichtshof hat in diesem Urteil festgestellt, dass die sich aus der Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG ergebenden Rechte und Pflichten auch bei Übertragungsvorgängen im Sektor der Bodenabfertigungsdienste eingreifen. § 8 Abs. 2 BADV ist nur europarechtswidrig, soweit die Übernahme von Arbeitnehmern vorgeschrieben ist, wenn kein Betriebsübergang im Sinne des europäischen und nationalen Rechts vorliegt.

31 2.

Die Revision der Beklagten zu 2) ist unbegründet, da das Arbeitsverhältnis der Klägerin zu unveränderten Bedingungen auf die Beklagte zu 2) übergegangen ist und mindestens bis zum 30. Juni 2004 fortbestanden hat. Die Klägerin hat ihren Klageantrag insoweit mit Zustimmung der Beklagten zu 2) zeitlich beschränkt. § 9 Ziff. 2 des mit der Beklagten zu 2) neu vereinbarten Arbeitsvertrages, wonach alle früheren Arbeitsverträge aufgehoben sind, steht dem nicht entgegen. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (*vgl. Senat 10. Dezember 1998 - 8 AZR 324/97 - BAGE 90, 260, 270 = AP BGB § 613a Nr. 185 = EzA BGB § 613a Nr. 175*) sind nämlich Vertragsgestaltungen, deren objektive Zielsetzung in der Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes besteht, unwirksam (*vgl. auch 18. August 2005 - 8 AZR 523/04 - AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 31 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 40, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen*).

32 3.

Der Zahlungsantrag ist begründet, da das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der Beklagten zu 2) zu den Bedingungen des Arbeitsvertrages mit der Beklagten zu 1) fortbesteht. Die Beklagte zu 2) hat die von der Klägerin genannten Zahlen nicht bestritten. Die Klägerin hat zwar infolge der erst am 8. Juni 2004 anhängig gemachten Klageerweiterung bezüglich einzelner Monatsdifferenzbeträge nicht die in § 8 des Formulararbeitsvertrages geregelte zweistufige Ausschlussfrist beachtet, diese ist jedoch nach den Urteilen des Fünften Senats vom 28. September 2005 (- 5 AZR 52/05 - AP BGB § 307 Nr. 7 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 8, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen) und vom 25. Mai 2005 (- 5 AZR 572/04 - AP BGB § 310 Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 3, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen) unwirksam, weil sie kürzer als drei Monate ist.

33 III.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92 , 100 Abs. 1 , § 269 Abs. 3 ZPO .

Hauck
Dr. Wittek
Laux
Hennecke
Volz

Von Rechts wegen

Verkündet am 13. Juni 2006

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.