

**LANDEsarBEITSGERICHT
NIEDERSACHSEN**



Verkündet am:
08.02.2011

Gerichtsangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

16 Sa 733/10

6 Ca 543/09 ArbG Osnabrück

In dem Rechtsstreit

Kläger und Berufungskläger,

gegen

Beklagte zu 2) und Berufungsbeklagte,

hat die 16. Kammer des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen auf die mündliche Verhandlung vom 21. Dezember 2010 durch

die Richterin am Arbeitsgericht Steinke,
den ehrenamtlichen Richter Herrn Clementsen
und den ehrenamtlichen Richter Herrn Benthin

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Schlussurteil des Arbeitsgerichts Osnabrück vom 22. März 2010, Az. 6 Ca 543/09, abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2) und Berufungsbeklagten seit 05. Oktober 2009 ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis zu den Bedingungen des Arbeitsverhältnisses des Klägers mit der C. GmbH besteht.

Die Beklagte zu 2) und Berufungsbeklagte wird verurteilt, den Kläger zu den im Arbeitsverhältnis des Klägers mit der C. GmbH zuletzt geltenden Arbeitsbedingungen als EDV-Service-Mitarbeiter zu beschäftigen.

Im Übrigen wird die gegen die Beklagte zu 2) und Berufungsbeklagte gerichtete Klage abgewiesen.

Die Kosten der ersten Instanz trägt die Beklagte zu 2) und Berufungsbeklagte zu 40 %, der Beklagte zu 1) zu 60 %.

2. Die Kosten der Berufung tragen der Kläger zu 3%, die Beklagte zu 2) und Berufungsbeklagte zu 97 %.
3. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um den Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613 a BGB und um Beschäftigung.

Der Kläger war bei der C. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin) seit 01. August 1968 als IT-Systemtechniker und EDV-Service-Mitarbeiter in der Serviceniederlassung D. der Schuldnerin beschäftigt. Er wurde von der Geschäftsstelle der Schuldnerin in E. aus eingesetzt.

Der Geschäftsbereich der Schuldnerin war die Installation und Wartung von EDV-Produkten (Hardware und Software), Schulung, Callhandling/User Help Desk und Central Support. Sie war als Subunternehmer für ihre Muttergesellschaft CD GmbH (im Folgenden: CD) tätig. Dabei erbrachte die Schuldnerin ihre Serviceleistung bei den Kunden der CD. Diese zahlten an die CD die vereinbarte Vergütung. Die CD leitete einen Teil der Zahlungen, nämlich die Einnahmen abzüglich einer Verwaltungspauschale von 15 %, an die Schuldnerin weiter.

Ein weiterer Tätigkeitsbereich der Schuldnerin war die Druckerwartung. Die Schuldnerin hatte eine Genehmigung zur Arbeitnehmerüberlassung, in deren Rahmen sie einen Teil ihrer Arbeitnehmer an die Firma H. und später an die H.-Tochtergesellschaft G. überließ. Für den Bereich der Druckerwartung waren bei der Schuldnerin eine eigene Einsatzsteuerung, eigene Produktbetreuung und eigene Ausbildungsmaßnahmen vorhanden, die nicht auf andere Mitarbeiter ausgedehnt wurden. Der Serviceauftrag der G. wurde zum 31. Mai 2009 gekündigt.

Weitere Tätigkeitsbereiche der Schuldnerin waren Netzwerk-Support H3C (Support und Service in LAN, Netzwerk) und Graudata Storage Systeme.

Der Kläger war vom 01. Oktober 2005 bis 30. März 2008 im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung bei H. tätig. Er nahm von April 2008 bis Juli 2009 an folgenden acht Schulungen teil, die nicht auf die Tätigkeit Drucken oder auf Drucker bezogen waren, nämlich

- EMC² Clarion CX4
- EMC² Clarion CX3
- L700 Libraries
- SUN Server
- H. DS4000
- EMC² EDL
- H. P-Series.

Am 28. Juli 2009 wurde Rechtsanwalt I. (im Folgenden: Beklagter zu 1)) zum vorläufigen Insolvenzverwalter der Schuldnerin bestellt. Zum Zeitpunkt des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin waren bei dieser 87 Arbeitnehmer beschäftigt.

Nach einer Pressemitteilung der K. AG vom 17. September 2009 (Blatt 11 d. A.) sollte mit zwischen der Beklagten zu 2) und den Insolvenzverwaltern der Schuldnerin und der CD beabsichtigten Kaufverträgen sichergestellt werden, dass die Wartungsleistungen nahtlos weiter erbracht würden; den Kunden von C. stehe damit für die Zukunft ein leistungsfähiger und kompetenter Service-Partner zur Verfügung, der die bisher von der Schuldnerin erbrachten Leistungen unter Führung durch die bisherige Geschäftsführung nahtlos weiter erbringen werde; die Ansprechpartner für die Kunden blieben auch auf operativer Ebene erhalten; die Leistungen umfassten insbesondere den Bereich Wartungsservice in Rechenzentren und würden wie bisher von hochqualifizierten Mitarbeitern erbracht, die die erforderlichen Zertifizierungen aller namhaften Hersteller aufwiesen. Nach der Mitteilung des damaligen Geschäftsführers der Schuldnerin und des Beklagten zu 1) vom 18. September 2009 (Blatt 13 d. A.) sahen die Verträge vom 18. September 2009 die Beschäftigung des wesentlichen Mitarbeiterstamms der Schuldnerin zur Leistungserbringung der Wartung und des Managementteams der Schuldnerin in der K.-Gruppe vor. Damit sei für die Wartungskunden ein reibungsloser und unterbrechungsfreier Übergang von Serviceleistungen ab dem 01. Oktober 2009 gewährleistet; bis zu diesem Zeitpunkt würden die Service- und Wartungsleistungen wie bisher von der Schuldnerin erbracht. Mit der Pressemitteilung vom 16. Oktober 2009 (Blatt 45 d. A.) führte die K. Group aus, die Beklagte

zu 2) führe alle bestehenden Kundenbeziehungen der Schuldnerin unter der Führung der bisherigen Geschäftsleitung fort.

Die Beklagte zu 2) wurde mit Sitz in C-Stadt neu gegründet. Von dort aus erfolgt ihre Buchhaltung, das Kostenmanagement und die Abrechnung, darunter auch die Personalabrechnung sowie die Ausführung der Bankgeschäfte. Die Beklagte zu 2) ist nicht im Bereich der Druckerwartung tätig, betreibt keine Arbeitnehmerüberlassung und führt auch keine Tätigkeiten im Netzwerk-Support H3C oder im Bereich Graudata Storage Systeme aus. Sie betreut ausschließlich eigene Kunden. Die Beklagte zu 2) führt die Administration der Verträge mit ihren Kunden durch, wozu im Einzelnen die kaufmännische Kundenbetreuung, die Anlage von Wartungsverträgen, die Erstellung der Servicefactura, die eigenständige Betreuung der Partner, die Kundenbetreuung durch den Vertrieb, das Marketing, die Bestellung von externen Dienstleistungen, die Mietvertragsbetreuung und die Tätigkeit als interner Dienstleister für die K.-Struktur gehört. Hierfür stellte die Beklagte zu 2) Mitarbeiter ein, die nicht zuvor bei C.-Unternehmen beschäftigt waren. Ferner betreut die Beklagte zu 2) Einkauf, Personalfragen, Buchhaltung, rechtliche Fragen und das sogenannte Partnermanagement.

Am 18. September 2009 schloss die Beklagte zu 2) Verträge mit dem Insolvenzverwalter der CD sowie mit dem Beklagten zu 1) ab. Gemäß § 1 des Vertrages mit dem Insolvenzverwalter der CD, zu dessen Inhalt auf Blatt 599 - 610 d. A. Bezug genommen wird, erwarb die Beklagte zu 2) die Option, in die in der Anlage 1.1 des Vertrages aufgeführten Service- und Wartungsverträge der CD und die damit zusammenhängenden Vertragsverhältnisse mit Hard- und Softwarelieferanten einzutreten, solche Verträge zu übernehmen bzw. mit Kunden der CD neue Service- und Wartungsverträge abzuschließen. Daneben sollte der Verkäufer der Beklagten zu 2) zum Übertragungstichtag den Zugriff auf sämtliche Vertragsunterlagen dieser Vertragsverhältnisse ermöglichen.

Gemäß dem Vertrag mit dem Beklagten zu 1), zu dessen Inhalt auf Blatt 611 - 630 d. A. Bezug genommen wird, erwarb die Beklagte zu 2) das Ersatzteillager der Schuldnerin und einzelne Hardwarekomponenten wie Laptops und Mobiltelefone sowie den Vertragsbestand von Service- und Wartungsleistungen im Bereich Wartungsservice für Rechenzentren. Nach Ziffer 11. Abs. 4 des Vertrages waren die Vertragsparteien darüber einig, dass es sich bei dem Betriebsteil „Druck“ um einen eigenständigen Betriebsteil handele, von dem keine Wirtschaftsgüter und keinerlei Vertragsbeziehungen zu Kunden der Schuldnerin übernommen würden. Die Arbeitnehmer, die dem Betriebsteil „Druck“ zuzuordnen sei-

en, ergäben sich aus Anlage 3 b des Vertrages. Gemäß Ziffer 11. des Vertrages verpflichtete sich die Beklagte zu 2), den namentlich in der Anlage 3 a bezeichneten 56 Arbeitnehmern der Schuldnerin neue Arbeitsplätze anzubieten und ab dem Übertragungstichtag zu beschäftigen. In beiden Verträgen vom 18. September 2009 war als Übertragungstichtag der vierte Kalendertag nach der Insolvenzeröffnung vereinbart.

Die Beklagte zu 2) übernahm nicht das bisherige EDV-System der Schuldnerin, sondern richtete ein eigenes ERP-System sowie eigenes E-Mail-System ein, erwarb neue Telefonanlagen und erstellte einen neuen Internetauftritt. Sie trat nicht in Kfz-Leasingverträge der Schuldnerin ein, sondern mietete selbst neue Kfz an. Weiter erwarb sie neue Software-Lizenzen.

Am 01. Oktober 2009 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Beklagte zu 1) zum Insolvenzverwalter bestellt. Er schloss am 01. Oktober 2009 mit dem Betriebsrat der Schuldnerin einen Interessenausgleich, zu dessen Inhalt auf Blatt 14 - 16 d. A. Bezug genommen wird. In der Präambel des Interessenausgleichs ist ausgeführt, dass zu diesem Zeitpunkt im Betrieb der Schuldnerin noch 80 Arbeitnehmer beschäftigt seien.

Mindestens 50 der technischen Angestellten der Schuldnerin sind nach dem 01. Oktober 2009 bei der Beklagten zu 2) beschäftigt, darunter acht von zwölf der in der Geschäftsstelle E. der Schuldnerin eingesetzten Arbeitnehmer. Die ehemaligen technischen Angestellten der Schuldnerin erbringen nunmehr Dienstleistungen bei den ehemaligen Kunden der Schuldnerin, soweit die Beklagte zu 2) mit diesen Wartungsverträge unterhält. Dabei werden Servicetechniker zum Teil von einem Home-Office aus tätig. Die Serviceniederlassung D. existiert nicht mehr.

Der Geschäftsführer der Schuldnerin Herr Dr. L. ist nunmehr bei der Beklagten zu 2) ebenfalls als Geschäftsführer tätig, weiter die Leitungsmitarbeiter M., N., O., P., Q., R., S., T.. Zum Internetauftritt der Beklagten zu 2) und der Darstellung von Management und Kundenbetreuung wird Bezug genommen auf Blatt 403 d. A.. Zum Internetauftritt des Managements der Schuldnerin wird Bezug genommen auf Blatt 402 d. A.. Zum Leistungsangebot der C.-Gruppe wird auf deren Internetauftritt gemäß Blatt 405 d. A. Bezug genommen. Zur Darstellung der Leistungen der Beklagten zu 2) wird auf den Internetauftritt gemäß Blatt 406 d. A. Bezug genommen.

Der Kläger war für die Schuldnerin tatsächlich tätig bis 30. September 2009. Ab 01. Oktober 2009 wurde er von dem Beklagten zu 1) unwiderruflich freigestellt. Der Beklagte zu 1) kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 01. Oktober 2009 zum 31. Januar 2010. Mit der am 15. Oktober 2009 beim Arbeitsgericht Osnabrück eingegangenen Klage wehrte sich der Kläger gegen die Wirksamkeit dieser Kündigung und machte zunächst den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Firma U. GmbH geltend. Mit Schriftsatz vom 18. September 2009 nahm er die Klage gegen die U. GmbH zurück und erweiterte die Klage auf die Beklagte zu 2).

Der Kläger hat behauptet, der Betrieb der Schuldnerin sei per 01. Oktober 2009 auf die Beklagte zu 2) übergegangen. Diese habe die Leitungsmacht spätestens zum 01. Oktober 2009 übernommen und führe die bisherigen Aufgaben der Schuldnerin fort, insbesondere diejenigen, die der Kläger bis zu seiner Freistellung ausgeübt habe. Dies erfolge unter derselben personellen und organisatorischen Leistung. Die Beklagte zu 2) habe die Kundenbeziehungen der Schuldnerin und deren Know-how-Träger übernommen. Eine eigene Abteilung Druckerwartung habe es im Betrieb der Schuldnerin nicht gegeben. Der Kläger sei in allen Bereichen von Service und Wartung und nicht nur im Bereich. Druck eingesetzt gewesen, ohne dass die Druckerwartung seine Hauptaufgabe gewesen sei.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die fristgerechte, dem Kläger am 02. Oktober 2009 zugegangene Kündigung des Beklagten zu 1) vom 01. Oktober 2009 nicht mit Ablauf des 31. Januar 2010 beendet wird, sondern zu den Bedingungen des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Firma C. GmbH in Insolvenz spätestens seit dem 01. Oktober 2009 mit der Beklagten zu 2) ungekündigt fortbesteht,
2. festzustellen, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2) ein Arbeitsverhältnis besteht, das auch nicht durch andere Beendigungstatbestände aufgelöst wird,
3. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, den Kläger zu den zuletzt zwischen dem Kläger und der Schuldnerin C. GmbH geltenden Arbeitsbedingungen als EDV-Service-Mitarbeiter weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte zu 2) hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Ansicht vertreten, ein Betriebsübergang liege nicht vor, da sie die Kundenbeziehung der Schuldnerin zur CD nicht übernommen habe.

Sie hat behauptet, diese Kundenbeziehung habe 90 % der von der Schuldnerin erbrachten Serviceleistungen ausgemacht. Die Schuldnerin sei nahezu vollständig von der CD abhängig gewesen.

Darüber hinaus seien die von der Beklagten zu 2) weitergeführten Kundenbeziehungen der CD nicht ohne weiteres übergegangen, sondern es hätten neue Verträge abgeschlossen werden müssen. Nur ein Drittel der Kunden der CD hätte die Vertragsbeziehung zur Beklagten zu 2) fortgesetzt. Von 448 Verträgen der Kunden der CD mit einem Volumen von 981.515,00 EUR führe die Beklagte zu 2) nur 96 Verträge mit einem Volumen von 296.011,00 EUR fort.

Die Beklagte zu 2) habe ein anderes unternehmerisches Konzept als die Schuldnerin, da sie nicht als Subunternehmer tätig sei. Sie müsse dabei - anders als die Schuldnerin - einen eigenen Kundenstamm aufbauen und betreuen und insbesondere einen eigenen Vertrieb nebst eigener Akquise unterhalten. Die Räumlichkeiten in E. seien verkleinert und neue Mobiltelefone angeschafft worden. Sie habe als Betriebsmittel lediglich Teile des Ersatzteillagers der Schuldnerin und auch diese nicht vollständig, erworben. Die Identität einer IT-Servicegesellschaft werde durch wesentlich mehr geprägt, nämlich auch das verwendete EDV-System, die Betriebsmittel, die für den Kundenkontakt notwendig seien, wie Telefone und Fahrzeuge für den Einsatz bei Kunden vor Ort.

Der Geschäftszweck der Beklagten zu 2) sei ein wesentlich anderer, da sie in einer anderen organisatorischen Umgebung die Kunden akquirieren, halten und auf den Abschluss von Neugeschäften hinwirken müsse.

Die Druckerwartung sei ein eigener Betriebsteil bei der Schuldnerin gewesen. Die auf der Anlage 3 b (Blatt 159 d. A.) zum Kaufvertrag vom 18. September 2009 benannten Arbeitnehmer der Schuldnerin, darunter auch der Kläger, seien diesem Betriebsteil zuzuordnen. Seit dem Ende der Arbeitnehmerüberlassung habe der Kläger überwiegend Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Druckerwartung ausgeführt.

Für den Beklagten zu 1) war im Kammertermin vor dem Arbeitsgericht Osnabrück vom 22. März 2010 niemand erschienen. Auf Antrag des Klägers erließ das Arbeitsgericht ein

seinem Antrag zu 1) entsprechendes Teilversäumnisurteil. Mit weiterem Schlussurteil wies es die Klage im Übrigen zurück, erlegte die Kosten des Rechtsstreits zu 40 % dem Kläger und zu 60 % dem Beklagten zu 1) auf und setzte den Streitwert auf 21.861,90 EUR fest.

Das Arbeitsgericht hat mit diesem Schlussurteil einen Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2) verneint und ausgeführt, selbst bei Annahme eines betriebsmittelarmen Betriebes reichen die Darlegungen des Klägers nicht aus, um einen Betriebsübergang durch Übernahme von Kundenbeziehungen und Know-how-Trägern zu begründen, da der Kläger nicht hinreichend dargelegt habe, in welchem Umfang Kundenbeziehungen tatsächlich übergegangen seien. Diejenigen Kunden, die nunmehr von der Beklagten zu 2) betreut würden, seien nicht Kunden der Insolvenzschuldnerin, sondern diejenigen der CD. Da die Beklagte zu 2) eine eigene Vertriebsabteilung unterhalte und eine eigene Akquise vornehme, sei eine andere Organisation und Struktur zu erkennen. Etwas anderes sei nicht aus den vorgelegten Pressemitteilungen abzuleiten. Es sei nicht anzunehmen, dass für die Öffentlichkeit derartige Formulierungen verwendet würden, die die rechtlichen Aspekte im vollen Umfang erfassten und nur rechtlich zutreffend die tatsächlichen Umstände wiedergäben. Vielmehr solle nach außen für die Kunden vermittelt werden, dass sie keine Nachteile durch die Insolvenz der Schuldnerin erleiden würden. Dies könne die Beklagte zu 2) nur erreichen, wenn sich für die Kunden der Eindruck vermittele, dass die Bereiche Wartung und Installation mit unveränderter Qualität und ohne Nachteile für die Kunden weitergeführt würden. Für die Öffentlichkeit, an die die Presseerklärungen gerichtet seien, sei es uninteressant, welche rechtlichen Konstrukte hinter der Aufgabenfortführung durch die Beklagte zu 2) stünden.

Zum weiteren Inhalt dieses Schlussurteils wird Bezug genommen auf Blatt 258 - 264 d. A..

Nach Einspruch des Beklagten zu 1) gegen das Teilversäumnisurteil vom 22. März 2010 hat das Arbeitsgericht Osnabrück mit Schlussurteil vom 12. Juli 2010, zu dessen Inhalt auf Blatt 348 - 354 d. A. Bezug genommen wird, das Teilversäumnisurteil vom 22. März 2009 aufrecht erhalten und hierbei ausgeführt, die Kündigung vom 01. Oktober 2009 sei unwirksam, weil der Beklagte zu 1) zum Zeitpunkt der Kündigung die Fortführung des Betriebes durch die Beklagte zu 2) in Form eines Betriebsübergang angestrebt habe. Das Schlussurteil vom 12. Juli 2010 ist rechtskräftig.

Das Schlussurteil vom 22. März 2010 ist dem Kläger am 23. April 2010 zugestellt worden. Dieses greift der Kläger mit der am 17. Mai 2010 eingelegten und nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist auf Antrag des Klägers vom 07. Juni 2010 bis 23. Juli 2010 am 22. Juli 2010 begründeten Berufung an.

Er ist der Ansicht, für den Übergang des Betriebes der Schuldnerin auf die Beklagte zu 2) sei es unerheblich, dass die Kundenbeziehungen bei der CD angesiedelt gewesen seien.

Er behauptet, die Beklagte habe die gesamte Führungsspitze der Schuldnerin übernommen. Die dortigen Führungskräfte hätten auch bei der Beklagten zu 2) die bisherigen Funktionen unter teilweise veränderten Bezeichnungen weiterhin inne.

Es liege eine Identität und nicht nur eine Ähnlichkeit der Tätigkeiten in einer anderen Organisationsform bei der Beklagten zu 2) vor. Das ergebe sich aus den Internetauftritten der Schuldnerin und der Beklagten zu 2).

Der Kläger beantragt unter Rücknahme der Berufung im Übrigen,

1. festzustellen, dass zwischen dem Kläger und Berufungskläger und der Beklagten und Berufungsbeklagten seit 05. Oktober 2009 ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis zu den Bedingungen des früheren Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und Berufungskläger und der Firma C. GmbH in Insolvenz besteht,
2. die Beklagte und Berufungsbeklagte zu verurteilen, den Kläger und Berufungskläger zu den zuletzt zwischen dem Kläger und der Schuldnerin C. GmbH in Insolvenz geltenden Arbeitsbedingungen als EDV-Service-Mitarbeiter zu beschäftigen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie behauptet, von 96 Kunden der CD, die nunmehr von der Beklagten zu 2) betreut würden, hätten nur 25 der Übernahme des alten Vertrages zu unveränderten Bedingungen zugestimmt. Bei den anderen 71 Kunden hätten andere Vertragsbedingungen gesondert ausgehandelt und neu akquiriert werden müssen.

Wesentliche Anforderungsprofile der nunmehr bei der Beklagten zu 2) beschäftigten Arbeitnehmer der Schuldnerin hätten sich geändert.

Die Beklagte zu 2) ist der Ansicht, auch der Erwerbsvorgang mit den Verträgen vom 18. September 2009 spreche gegen einen Betriebsübergang. Sie führt aus, diese Verträge seien unabhängig voneinander verhandelt und abgeschlossen worden und in ihrer Wirksamkeit nicht miteinander verknüpft.

Der Betriebszweck und die Organisation seien bei der Beklagten zu 2) grundlegend anders. Der Betriebszweck der Schuldnerin sei die Erfüllung des Dienstleistungsauftrages zur CD gewesen. Die Schuldnerin sei ein unselbständiger Servicearm ihrer Muttergesellschaft CD und von deren Organisation abhängig gewesen. Die wesentlich prägende Kundenbeziehung der Schuldnerin zur Muttergesellschaft habe die Beklagte zu 2) gerade nicht übernommen. Die Beklagte zu 2) habe ihre kennzeichnende Struktur selbst neu aufbauen müssen. Sie verfolge ein anderes unternehmerisches Konzept und gehe damit ein neues unternehmerisches Risiko ein.

Die Beklagte zu 2) meint weiter, wenn ein Arbeitnehmer einem Betriebsteil nicht eindeutig zugeordnet werden könne, weil er in verschiedenen Bereichen eingesetzt werde, habe der bisherige Arbeitgeber ein Zuweisungsrecht. Aufgrund der gebotenen sanierungsfreundlichen Anwendung des § 613 a BGB in der Insolvenz müsse dies vorliegend greifen. Von diesem Zuweisungsrecht habe die Schuldnerin mit der Zuordnung der Arbeitnehmer zum Betriebsteil Druck im Kaufvertrag vom 18. September 2009 Gebrauch gemacht.

Zum weiteren Parteivortrag wird ergänzend Bezug genommen auf die gewechselten Schriftsätze der Parteien.

Entscheidungsgründe

A.

Soweit die Berufung des Klägers aufrecht erhalten wird, hat diese Erfolg.

Sie ist gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1 und 2 b) und c) ArbGG statthaft, nach § 66 Abs. 1 ArbGG, §§ 519, 520 Abs. 1 und 3 ZPO frist- und formgerecht eingelegt und begründet und damit insgesamt zulässig.

Sie hat auch in der Sache Erfolg. Das klageabweisende Schlussurteil vom 22. März 2010 hat nur in dem Umfang Bestand, in dem der Kläger seine Berufung zurückgenommen hat.

Die im Berufungsverfahren noch weiter verfolgte Klage ist zulässig und begründet.

I.

Das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Schuldnerin ist zum 05. Oktober 2009 auf die Beklagte zu 2) nach § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB übergegangen.

1.

Ein Betriebsübergang im Sinne des § 613 a BGB setzt die Wahrung der Identität einer auf gewisse Dauer angelegten, hinreichend strukturierten und selbständigen wirtschaftlichen Einheit voraus. Die Wahrung der Identität kann sich aus dem Übergang sachlicher und immaterieller Betriebsmittel, aber auch aus dem Übergang von Personal, Führungskräften, der Übernahme von Arbeitsorganisation und Betriebsmethoden herleiten. Dabei kommt es auf eine Gesamtwürdigung aller Umstände an. Es muss eine im Wesentlichen unveränderte Fortführung der bisher in dieser abgrenzbaren Einheit geleisteten Tätigkeit möglich sein. Die bloße Möglichkeit allein, den Betrieb selbst unverändert fortzuführen zu können, reicht nicht für die Annahme eines Betriebsübergangs, vielmehr muss der Betrieb auch tatsächlich weitergeführt werden. Keine unveränderte Fortführung liegt vor, wenn der neue Betreiber eine andere Leistung erbringt, den Betriebszweck ändert oder ein anderes Konzept verfolgt. Ebenso reicht eine bloße Funktionsnachfolge nicht aus, bei der nur die Tätigkeit ausgeübt oder die Funktion am Markt übernommen wird, ohne Übernahme der Betriebsmittel oder der Belegschaft. Es ist eine Gesamtabwägung vorzunehmen, bei der je nach Einzelfall folgende relevante Umstände in Betracht zu ziehen sind: die Art des Betriebes oder Unternehmens; der Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude, Maschinen und bewegliche Güter sowie deren Wert und Bedeutung; der Wert der übernommen immateriellen Betriebsmittel und der vorhandenen Organisation; die Weiterbeschäftigung der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, also des nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des Personals; der etwaige Übergang der Kundenschaft und Lieferantenbeziehungen; der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten; die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit (BAG vom 17. September 2009 - 8 AZR 1019/08 - NJW 2010, 1689 - 1692). Art. 1 Abs. 1 a und b der Richtlinie 2001/23 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen ist dahin auszulegen, dass diese Vorschrift auch dann angewandt werden kann, wenn der übertragene Unternehmens- oder Betriebsteil seine organisatorische Selbständigkeit nicht bewahrt, sofern die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehalten

wird und sie dem Erwerber erlaubt, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen (EuGH vom 12. Februar 2009 - C-466/07 - (Klarenberg) - NJW 2009, 2029 - 2032; BAG vom 17. September 2009 - 8 AZR 1019/08 a.a.O.).

Bei der Prüfung ob eine wirtschaftliche Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Umstände berücksichtigt werden. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- und Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu. 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 hat. In betriebsmittelgeprägten Betrieben kann ein Betriebsübergang auch ohne Übernahme von Personal vorliegen. Bei Handels- und Dienstleistungsbetrieben ist bei der Frage eines Betriebsübergangs den immateriellen Betriebsmitteln, also Geschäftsbeziehungen zu Dritten, Kundenstamm und etwaigen Kundenlisten, Know-how und der Einführung des Unternehmens am Markt besondere Bedeutung beizumessen. Auch insoweit bedarf es aber einer Gesamtbetrachtung, die das Personal, welches diese Tätigkeit verrichtet hat, deren Führungskräfte und deren Arbeitsorganisation, die Betriebsmethoden und gegebenenfalls auch die zur Verfügung stehenden Betriebsmittel berücksichtigt. Eine bloße Funktionsnachfolge erfüllt auch bei solchen Betrieben nicht die Voraussetzung eines Betriebsüberganges (BAG vom 22. Januar 2009 - 8 AZR 158/07 - AP Nr. 367 zu § 613 a BGB = EzA § 613 a BGB 2002 Nr. 107). Ob sächliche Betriebsmittel identitätsprägend sind, richtet sich nach der Eigenart des jeweiligen Betriebes. Sächliche Betriebsmittel sind wesentlich, wenn bei wertender Betrachtungsweise ihr Einsatz den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs ausmacht und sie somit unverzichtbar für die auftragsgemäße Verrichtung der Tätigkeiten sind (BAG vom 26. Juli 2007 - 8 AZR 769/06 - DB 2007, 2843 - 2846; BAG vom 22. Januar 2009 - 8 AZR 158/07 - a.a.O.).

Bei Anwendung dieser Grundsätze liegt ein Übergang des Betriebes der Schuldnerin auf die Beklagte zu 2) vor.

a)

Die Leistungen, die die Beklagte zu 2) gegenüber ihren Kunden erbringt und mit denen sie, wie sich aus ihrem Internetauftritt ergibt, werbend am Markt auftritt, sind bis auf den Bereich der Druckerwartung, des Netzwerk-Support H3C und Graudata Storage Systeme im Wesentlichen identisch. Identisch sind insbesondere die Leistungen individuelle Betreuung durch Technical Account Manager, ganzheitliche Kontrolle, Koordination und Steuerung von Garantie, Wartung und Service-Level, Eskalation und Problembeseitigung, Single Point of Contact (SPoC) für alle Maintenance-Themen, Vereinbarung individueller SLAs für bedarfsgerechten Multi-Vendor-Support, flexibles Personen-Tage-Kontingent für Zusatzleistungen wie Upgrades, Umzüge, etc. sowie die Funktionen Service Management, Eskalationsmanagement, Asset-Betreuung, Vor-Ort-Support gemäß individuellen SLA, Helpdesk, Remote Support, Ersatzteilversorgung und Logistik. Diese Tätigkeiten geben sowohl dem Betrieb der Schuldnerin als auch dem Betrieb der Beklagten zu 2) das wesentliche Gepräge. Die Druckerwartung war auch bei der Schuldnerin, wie sich aus deren werbendem Internetauftritt gemäß Blatt 405 d. A. ergibt, kein maßgeblicher und damit kein prägender Anteil.

Entgegen der Ansicht der Beklagten zu 2) ist es bei dem Vergleich der Tätigkeiten unerheblich, ob die Beklagte zu 2) eine eigene Buchhaltung, ein eigenes Controlling, ein eigenes Kostenmanagement, einen eigenen Vertrieb, ein eigenes Marketing und eine eigene Stammdatenverwaltung hat. Diese Aufgaben sind Hilfstätigkeiten zur Führung des Betriebes mit dem Zweck, EDV-Wartungsdienstleistungen zu erbringen. Betriebszweck der Beklagten zu 2) ist nicht die Kundenakquise, sondern vielmehr Serviceleistungen im Zusammenhang mit der Wartung von EDV-Systemen. Das ergibt sich aus dem Internetauftritt der Beklagten zu 2) gemäß Blatt 406 d.A.. Das ist diejenige Leistung, mit der sie werbend am Markt auftritt. Die Kundenakquise ist dabei nur ein notwendiger Zwischenschritt bei der Erbringung der Wartungsdienstleistungen bei den anzuwerbenden Kunden. Aus diesem Grund ist auch die Betreuung der Dienstleistungsverträge mit den Kunden lediglich eine reine Hilfstätigkeit zur Erfüllung des eigentlichen Betriebszwecks.

Der Betriebszweck der Schuldnerin war mit dem der Beklagten zu 2) identisch. Er bestand nicht darin, den Dienstleistungsvertrag zur CD zu erfüllen, sondern in der Ausführung von Service- und Wartungsleistungen bei eigenen Kunden und denen der CD, mithin ebenfalls in der Erbringung von EDV-Wartungsdienstleistungen.

b)

Bei dem Betrieb der Schuldnerin handelte es sich zwar nicht um einen betriebsmittelarmer Betrieb, da zur Erbringung der durchgeführten Tätigkeit auch Betriebsmittel wie Laptops, Mobiltelefone, Ersatzteile und Kfz für die Service-Mitarbeiter erforderlich sind. Allerdings ist der Betrieb nicht durch seine Betriebsmittel geprägt gewesen. Bei wertender Betrachtungsweise macht der Einsatz dieser Betriebsmittel nicht den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs aus. Sie sind problemlos austauschbar. Der Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs des Dienstleistungsbetriebes der Schuldnerin lag vielmehr in den immateriellen Betriebsmitteln, also Geschäftsbeziehungen zu Dritten, Kundenstamm, Kundenlisten, Know-how und der Einführung des Unternehmens am Markt.

Auch das von der Beklagten zu 2) neu eingesetzte EDV-System ERP macht nicht den Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs aus. Es dient lediglich der Steuerung von Einsatz und Unternehmensressourcen, mithin der Ausführung der Hilfstätigkeiten, die nicht prägend für den Betrieb sind.

Unerheblich in diesem Zusammenhang ist ebenfalls, welche materiellen und immateriellen Betriebsmittel die Beklagte zu 2) neben denjenigen, die sie von dem Insolvenzverwalter der Schuldnerin übernommen hat, zusätzlich am Markt erworben hat. Es kommt vielmehr darauf an, wie viel sie von den Betriebsmitteln, die für den Betrieb der Schuldnerin prägend waren, erworben hat und weiter nutzt.

c)

Die Beklagte zu 2) beschäftigt einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals der Schuldnerin weiter, nämlich mindestens 50 von 80 Arbeitnehmern der Schuldnerin, die am 01. Oktober 2009 im Betrieb noch beschäftigt waren, davon eine Vielzahl von technischen Service-Mitarbeitern und daneben im Wesentlichen die Führungsriege der Schuldnerin mit einer ähnlichen Aufgabenverteilung wie zuvor. Die wesentliche Organisationsstruktur dieser Führungsriege hat die Beklagte zu 2) beibehalten. Hierbei ist nicht entscheidend, ob einzelne Führungsmitarbeiter nunmehr zusätzliche Einzelaufgaben übertragen erhalten haben, die sie zuvor bei der Schuldnerin nicht inne hatten, oder ob zuvor übertragene Einzelaufgaben nunmehr fehlen. Die wesentliche Aufgabenverteilung ist gleich geblieben. Das ergibt sich aus dem Vergleich der Managementdarstellung, wie sie bei der Schuldnerin vorhanden war und wie sie bei der Beklagten zu 2) vorhanden ist. Das zeigt der Internetauftritt der Beklagten zu 2) mit der Überschrift „Ma-

nagement und Kundenbetreuung“ (Blatt 403 d. A.). Danach sind neben dem Geschäftsführer die Leitungsmitarbeiter N., M., P., Q., T., S. und R. ebenfalls in Leitungsfunktionen bei der Beklagten zu 2) beschäftigt. Sie haben dabei auch die wesentliche Aufgabenzuordnung und Hierarchie beibehalten. Der Geschäftsführer Dr. L. ist in eben dieser Eigenschaft weiter bei der Beklagten zu 2) tätig. M., zuvor Director Customer Services Germany, ist bei der Beklagten zu 2) unter der Bezeichnung Service Delivery Deutschland beschäftigt; N., zuvor Head of Business Operations, nunmehr Business Operation; P., zuvor Teamleiter Nord/Ost, nunmehr Service Nord; Q., zuvor Service Manager West, nunmehr Service West; R., zuvor Manager Central Support und Rhein Main, nunmehr Service Mitte; S., zuvor Teamleiter Südwest, nunmehr Service Südwest; T., zuvor Teamleiter Süd, nunmehr Service Süd.

Mit der Weiterbeschäftigung dieser Personen und der technischen Service-Mitarbeiter hat die Beklagte zu 2) auch das wesentliche Know-how und die Einführung der Schuldnerin am Markt erworben. Dieser Umstand ist gerade das Werbemittel, mit dem sie am Markt auftritt. Im Internetauftritt der Beklagten zu 2) (Blatt 403 d. A.) hat sie ausgeführt: „Das Management Team der K. B. Center Service besteht aus einem eingespielten Team aus früheren C. Service Führungskräften, das viele Jahrzehnte an Erfahrung im Service mitbringt und weiß, was Kunden in Rechenzentren und bei geschäftskritischen Infrastrukturen erwarten und wie diese Anforderungen schnell und akkurat zu realisieren sind.“ Demnach prägt der Teil der weiterbeschäftigten Mitarbeiter die zu erbringende Tätigkeit. Unwesentlich ist, dass Service-Mitarbeiter zum Teil nicht mehr im bisherigen Umfang von der jeweiligen Niederlassung aus, sondern von einem Home-Office tätig sind. Der Ort, von dem aus die Service-Mitarbeiter zur Erfüllung ihrer Aufgaben bei den Kunden starten, ändert das Konzept der Tätigkeit nicht.

Auch in der Niederlassung E., der der Kläger zugeordnet war, wird der überwiegende Teil der Mitarbeiter, nämlich acht von zwölf, von der Beklagten zu 2) beschäftigt. Dementsprechend haben auch der Beklagte zu 1) und der damalige Geschäftsführer der Schuldnerin und jetzige Geschäftsführer der Beklagten zu 2) Herr Dr. L. mit Schreiben vom 18. September 2009 (Blatt 13 d. A.) mitgeteilt, die Verträge vom 18. September 2009 sähen die Beschäftigung des wesentlichen Mitarbeiterstamms der Schuldnerin zur Leistungserbringung der Wartung und des Managementteams der Schuldnerin in der K.-Gruppe vor.

d)

Eine wesentliche Unterbrechung der Tätigkeit der Schuldnerin ist nicht gegeben. Nach den Mitteilungen gemäß Blatt 9, 10 und 13 d. A. war eine Unterbrechung der Tätigkeit der Schuldnerin bis zur Übernahme der Betriebsmittel gemäß den Verträgen vom 18. September 2009 nicht geplant. Sowohl die Beklagte zu 2) als auch die Schuldnerin haben einen für die Wartungskunden reibungslosen unterbrechungsfreien Übergang von Serviceleistungen betont. Selbst wenn zwischen dem 01. Oktober 2009 und 05. Oktober 2009 eine Unterbrechung der Tätigkeit stattgefunden haben sollte, war diese jedenfalls so geringfügig, dass sie nicht ins Gewicht fällt.

e)

Die Beklagte zu 2) hat mit den Verträgen vom 18. September 2009 nicht nur die Kundenlisten der CD und der Schuldnerin, sondern auch die Option erworben, in diese Service- und Wartungsverträge einzutreten. Nicht nur der Zugang zu den Kundenlisten und Dienstleistungsverträgen als immateriellen Betriebsmitteln, sondern auch die Möglichkeit der Übernahme der Kundenbeziehungen sind gerade im Dienstleistungssektor wesentliche Kriterien der wirtschaftlichen Einheit. Die K. Group hat mit ihrer Mitteilung vom 16. Oktober 2009 (Blatt 45 d. A.) selbst ausgeführt, alle bestehenden Kundenbeziehungen der Schuldnerin würden unter der Führung der bisherigen Geschäftsleitung von der Beklagten zu 2) fortgeführt.

Der Umstand, dass der Eintritt in die Kundenbeziehungen von der Zustimmung der Kunden abhängt und nicht automatisch erfolgt, bedeutet nicht, dass immaterielle Aktiva des Betriebes nicht übergehen. Entscheidend ist, ob die Kundschaft gehalten werden kann, was wiederum von anderen Kriterien wie der Ähnlichkeit des Angebots, der Weiterführung der Tätigkeit am selben Ort mit denselben Know-how-Trägern oder der Dauer der Unterbrechung der Tätigkeit abhängt (LAG Baden Württemberg vom 06. Oktober 2010 - 19 Sa 55/10). Hier war, wie sich aus den mehrfachen Mitteilungen der K. AG und K.-Group sowie der Schuldnerin zur Fortführung der Servicedienstleistungen ergibt, gerade nicht geplant, das Dienstleistungsangebot wesentlich zu verändern.

Entgegen der Ansicht der Beklagten zu 2) spricht der Erwerbsvorgang nicht gegen einen Betriebsübergang. Die Verträge vom 18. September 2009 sind jedenfalls in wirtschaftlicher Hinsicht aufeinander bezogen. Der Vertrag mit dem Beklagten zu 1) sollte einerseits die Übernahme des wesentlichen Personals regeln, der Vertrag mit dem Insolvenzverwalter der CD den Zugriff auf die Kundenbeziehungen, die mit dem Mitarbeiterstamm zu er-

füllen waren, ermöglichen. Der wirtschaftliche Wert der Verträge lag für die Beklagte zu 2) gerade in diesem Zusammenspiel, weil die gewinnbringende Tätigkeit in der Fortführung der Kundenbeziehungen der CD lag. Die Insolvenzverwalter der Schuldnerin und der CD haben mit den Verträgen vom 18. September 2009 der Beklagten zu 2) alles, was zum Übergang der Kundenbeziehungen möglich war, veräußert. Deshalb ist es im Rahmen der Gesamtabwägung nicht ausschlaggebend, dass die Beklagte zu 2) nach ihrem Vortrag von 448 Kunden der CD nur noch mit 96, davon 71 mit veränderten Verträgen, Geschäftsbeziehungen pflegt.

Ebenfalls ist nicht entscheidend, dass die nach dem Vortrag der Beklagten zu 2) zahlenmäßig überwiegenden Kundenbeziehungen bei der CD und nicht bei der Schuldnerin angesiedelt waren. Nach dem Schutzzweck des § 613 a BGB, der in erster Linie darin besteht, die vorhandenen Arbeitsplätze zu schützen, ist es nicht erforderlich, dass ein Rechtsgeschäft unmittelbar zwischen dem bisherigen Inhaber und dem Erwerber zustande kommt. Ein rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang kann daher auch dann angenommen werden, wenn er durch eine Reihe von verschiedenen Rechtsgeschäften veranlasst wird (LAG Baden-Württemberg vom 06. Oktober 2010 - 19 Sa 55/10). Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist weit zu verstehen und erfasst alle Fälle, in denen die für den Betrieb verantwortliche natürliche oder juristische Person, die die Arbeitgeberverpflichtung gegenüber den Beschäftigten eingeht, im Rahmen vertraglicher oder sonst rechtsgeschäftlicher Beziehungen wechselt, ohne dass unmittelbare Vertragsbeziehungen zwischen dem bisherigen Inhaber und dem Erwerber bestehen müssen (BAG vom 26. August 1999 - 8 AZR 827/98 - BB 2000, 568 - 570). Dieser Schutzgedanke ist auch übertragbar auf die Fälle, in denen der Veräußerer faktisch die Service- und Wartungsabteilung der Muttergesellschaft darstellt und lediglich geringfügig eigenen Umsatz erwirtschaftet. Durch die gesellschaftsrechtliche Aufspaltung und das Dazwischenschalten eines Dienstleistungsvertrages zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft lässt sich ein Betriebsübergang deshalb nicht verhindern (LAG Baden-Württemberg - 19 Sa 55/10). Es ist nicht erheblich, dass die unmittelbare Vertragsbeziehung zur CD und nicht zur Schuldnerin bestand. Die prägende Tätigkeit war nicht der Abschluss, die Betreuung und Verwaltung der abgeschlossenen Verträge, sondern die Erfüllung der vereinbarten Leistung. Diese Leistung hat gerade die Schuldnerin und nicht die CD erbracht. Der Kern der Wertschöpfung, der in der Vertragsbeziehung der CD zu diesen Kunden lag, war im Betrieb der Schuldnerin angesiedelt, nicht im Betrieb der CD.

2.

Der Betriebsübergang war spätestens mit dem 05. Oktober 2009 vollendet. Der Zeitpunkt des Übergangs entspricht dem Zeitpunkt, zu dem die Inhaberschaft, mit der die Verantwortung für den Betrieb der übertragenen Einheit verbunden ist, vom Veräußerer auf den Erwerber übergeht. Die Inhaberschaft geht dann über, wenn der neue Betriebsinhaber die wirtschaftliche Einheit nutzt und fortführt. Erfolgt die Übernahme der Betriebsmittel in mehreren Schritten, ist der Betriebsübergang jedenfalls in dem Zeitpunkt erfolgt, in dem die wesentlichen, zur Fortführung des Betriebes erforderlichen Betriebsmittel übergegangen sind und die Entscheidung über den Betriebsübergang nicht mehr rückgängig gemacht werden kann (BAG vom 27. Oktober 2005 - 8 AZR 568/04 - NZA 2006, 668 - 673). Entscheidend ist die Übernahme der Organisations- und Leitungsmacht (BAG vom 22. Januar 2009 - 8 AZR 158/07 - a.a.O).

Nach den Verträgen vom 18. September 2009 war der Übertragungstichtag der vierte Kalendertag nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, mithin der 05. Oktober 2009. Bis zum Übernahmestichtag sollte die Schuldnerin bzw. der Insolvenzverwalter die Verträge im eigenen Namen, aber auf Rechnung der Erwerberin weiterführen (Vertrag vom 18. September 2009, Ziffer 2. a) (Blatt 614 d. A.)).

Nachdem der Kläger die Berufung auf den Übergang seines Arbeitsverhältnisses per 05. Oktober 2009 beschränkt hat, kann offen bleiben, ob der Übergang bereits vorher stattgefunden hat.

3.

Der Kläger war in dem übergebenen Bereich beschäftigt.

Wird nicht der gesamte Betrieb, sondern nur ein Betriebsteil oder eigenständiger Bereich übernommen, kommt es entscheidend darauf an, dass der Arbeitnehmer dem übertragenen Betriebsteil oder Bereich angehört, damit sein Arbeitsverhältnis gemäß § 613 a BGB auf den Erwerber übergeht (BAG vom 25. September 2003 - 8 AZR 446/02 - AP Nr. 256 zu § 613 a BGB = EzA § 50 ZPO 2002 Nr. 2). Betriebsteile sind Teileinheiten (Teilorganisationen) des Betriebes. Es muss sich um eine selbständige, abtrennbare organisatorische Einheit handeln, die innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks einen Teilzweck erfüllt. Das Merkmal des Teilzwecks dient dabei zur Abgrenzung der organisatorischen Einheit. Im Teilbetrieb müssen nicht andersartige Zwecke als im übrigen Betrieb verfolgt werden. Bei den übertragenen sächlichen und immateriellen Betriebsmitteln muss es sich

um eine organisatorische Untergliederung handeln, mit der innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wird, auch wenn es sich nur um eine untergeordnete Hilfsfunktion handelt. § 613 a BGB setzt für den Teilbetriebsübergang voraus, dass die übernommenen Betriebsmittel bereits bei dem früheren Betriebsinhaber die Qualität eines Betriebsteils hatten (BAG vom 08. August 2002 - 8 AZR 583/01 - NZA 2003, 315 - 318).

Die Beklagte zu 2) führt die Niederlassung der Schuldnerin in E., der der Kläger zugeordnet war, mit acht der bisherigen zwölf Arbeitnehmer fort.

Es kann offen bleiben, ob der Bereich Druck bei der Schuldnerin einen Betriebsteil in diesem Sinne darstellte. Der Kläger gehörte jedenfalls nicht diesem Bereich an.

Nach dem Vortrag der Beklagten handelte es sich bei dem Bereich Druckerwartung um einen eigenständigen Betriebsteil. Hiernach bestand eine abtrennbare organisatorische Einheit der im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung bei H. und G. eingesetzten Mitarbeiter im Bereich der Druckerwartung. Nach dem Vortrag der Beklagten waren diesem Bereich 13 Personen fest zugeordnet. Diese hatten eine eigene Einsatzsteuerung und erhielten eigene Ausbildungsmaßnahmen. Es war eine eigene Produktbetreuung vorhanden, wobei dies nicht auf andere Mitarbeiter ausgedehnt wurde. In diesem Bereich war der Kläger jedenfalls ab dem 31. März 2008 nicht mehr tätig, da er nur bis 30. März 2008 bei H. im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung eingesetzt wurde. Der weitere Einsatz des Klägers erfolgte nicht in dieser Teilorganisation. Hierbei kann es auch dahingestellt bleiben, ob der Kläger zuletzt überwiegend Aufgaben im Bereich Druck ausgeführt hat oder ob es sich überwiegend um anderweitige Serviceaufträge gehandelt hat. Etwas anderes folgt nicht aus der Anlage 3 b zum Vertrag mit der Schuldnerin vom 18. September 2009. Diese Liste bildet keine maßgebliche Zuordnung des Klägers zu dieser Organisationseinheit. Nach dem beklagtenseits behaupteten Zweck des Betriebsteils und dessen Abgrenzbarkeit ist ein Arbeitnehmer nicht nach der Anzahl der Einsätze dem Bereich Druck zuzuordnen, sondern nach dem Einsatz im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung. Das war hier zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs für den Kläger jedoch nicht der Fall.

Gegen die Zuordnung des Klägers zum Bereich Druck spricht auch seine Teilnahme an Schulungen von April 2008 bis Juli 2008, die nicht auf den Bereich Druck bezogen waren, nämlich

- EMC² Clarion CX4
- EMC² Clarion CX3
- L700 Libraries
- SUN Server
- H. DS4000
- EMC² EDL
- H. P-Series.

II.

Der Kläger hat aus § 611 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag einen Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung als EDV-Service-Mitarbeiter zum den im Zeitpunkt des Betriebsübergangs geltenden Arbeitsbedingungen mit der Schuldnerin.

Da ein Betriebsübergang nach § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB auf die Beklagte zu 2) spätestens mit dem 05. Oktober 2009 stattgefunden hat, ist die Beklagte in alle Rechte und Pflichten des Arbeitsvertrages des Klägers mit der Schuldnerin, wie sie zum Zeitpunkt des Übergangs bestanden, eingetreten.

B.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 516 Abs. 3 ZPO, § 46 Abs. 2 ArbGG.

Die Kostenentscheidung der ersten Instanz ist in Bezug auf die Beklagte zu 2) und den Kläger abzuändern. Richtigerweise wäre ein Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2) bereits nach den unstreitigen Tatsachen, den vorgelegten Pressemitteilungen und Verlautbarungen der Schuldnerin und der K.-Gesellschaften anzunehmen und der Klage gegen die Beklagte zu 2) bezüglich eines Betriebsübergangs ab dem 05. Oktober 2009 stattzugeben gewesen. Die dort angegebenen Tatsachen gehen weit über die bloße Angabe, die von den Kunden in Anspruch genommenen Leistungen bei unveränderter Qualität fortzuführen, hinaus. Es wird daneben die Weiterbeschäftigung des wesentlichen Mitarbeiterstamms unter der bisherigen Leitung und die Fortführung aller bestehenden Kundenbeziehungen der Schuldnerin angekündigt. Auch wenn keine rechtlichen Details ausgeführt werden, enthalten diese Mitteilungen keine falschen Tatsachenangaben. Das behauptet auch die Beklagte zu 2) nicht. Die insoweit erstinstanzlich dem Kläger auferlegten Kosten sind der Beklagten zu 2) aufzuerlegen.

Die Kostenentscheidung bezüglich des Beklagten zu 1) ist nach dem rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1) ebenfalls rechtskräftig und bleibt durch das vorliegende Urteil unangetastet. Die Angabe der Kostentragungspflicht des Beklagten zu 1) im Tenor dient lediglich der Klarstellung der gesamten Kostenquote, ohne an derjenigen des Beklagten zu 1) etwas abzuändern.

Die Kosten der Berufung trägt der Kläger zu 3 % nach teilweiser Rücknahme der Berufung gemäß § 516 Abs. 3 ZPO bei einem Gesamtstreitwert der Berufung von 17.489,52 EUR, bemessen anhand von insgesamt drei Monatsentgelten für den Antrag zu 1), § 42 Abs. 3, S. 1 GKG, und einem weiteren für den Beschäftigungsantrag (vergl.: Hessisches LAG vom 23. April 1999 - 15/6 Ta 28/98 NZA-RR - 1999, 434; LAG Niedersachsen vom 05. September 2006 – 6 Ta 265/06). Der Wert des zurückgenommenen Teils der Berufung, nämlich der Bestand des Arbeitsverhältnisses vom 01. bis 04. Oktober 2009 mit der Beklagten zu 2), beläuft sich auf 504,50 EUR.

Soweit der Kläger seine Klage gegen die U. GmbH im erstinstanzlichen Verfahren zurückgenommen hat, hat das Arbeitsgericht für diesen Teil des Rechtsstreits gemäß Kostenrechnung vom 18. August 2010 keinen zusätzlichen Gegenstandswert angesetzt und die den Parteien auferlegten Kosten ohne Berücksichtigung dieses Teils festgesetzt. Deshalb werden vorliegend nur die mit der Kostenrechnung erhobenen Kosten nach § 92 Abs. 1 ZPO, soweit noch nicht rechtskräftig darüber entschieden ist, verteilt.

C.

Die Revision ist nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG aufgrund grundsätzlicher Bedeutung der zwischen den Parteien streitigen Rechtsfrage zuzulassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil findet, wie sich aus der Urteilsformel ergibt, die Revision statt.

Die Revisionschrift muss innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils, die Revisionsbegründung innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils bei dem Bundesarbeitsgericht eingehen.

Die Anschrift des Bundesarbeitsgerichts lautet:

Postfach, 99113 Erfurt
oder
Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt.
Telefax-Nr.: (0361) 26 36 – 20 00

Vor dem Bundesarbeitsgericht müssen sich die Parteien durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Als Bevollmächtigte sind außer Rechtsanwälten nur die in § 11 Absatz 2 Satz 2 Nr. 4 und 5 ArbGG bezeichneten Organisationen zugelassen. Diese müssen in Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht durch Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln.

Die Revisionsschrift, die Revisionsbegründungsschrift und die sonstigen wechselseitigen Schriftsätze im Revisionsverfahren sollen 7-fach – für jeden weiteren Beteiligten ein Exemplar mehr – eingereicht werden.

Steinke

Clementsen

Benthin