

8 Sa 18/13
41 Ca 5881/12
(ArbG München)

Verkündet am: 20.11.2013

Lais
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

A.
A-Straße, A-Stadt

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtssekretäre B.
B-Straße, A-Stadt

gegen

1. Firma C.
C-Straße, A-Stadt
2. Firma ZMCG
D-Straße, A-Stadt

- Beklagter und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte/r:

zu 1-2:
Rechtsanwalt D.
D-Straße, A-Stadt

hat die 8. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 30. Oktober 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dyszak und die ehrenamtlichen Richter Stiglocher und Hornung

für Recht erkannt:

- 1. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 27.11.2012 – 41 Ca 5881/12 – wird auf seine Kosten zurückgewiesen.**

- 2. Die Revision wird zugelassen.**

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung der Beklagten zu 2) vom 28.04.2012 und darüber, ob das Arbeitsverhältnis auf die Beklagte zu 1) übergegangen ist und sie den Kläger als Zeitungszusteller weiter zu beschäftigen hat.

Der am 04.09.1959 geborene Kläger war seit 10.01.1985 bei der Beklagten zu 2) als Zeitungszusteller beschäftigt; zuletzt erhielt er ein Bruttomonatsgehalt in Höhe von 3.100,00 Euro bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 43,00 Stunden pro Woche.

Die Beklagte zu 2) ist ein Unternehmen, dessen einziger Unternehmensgegenstand und Betriebszweck in der Verteilung von Zeitungen an Abonnenten im Innenstadtbereich von A-Stadt bestand. Die Beklagte zu 2) beschäftigte im Januar 2012 circa 57 Arbeitnehmer und betrieb drei sogenannte „Verteilstellen“, bei denen die Zusteller sich Zeitungen zur Verteilung abholten. Diese Verteilstellen befanden sich in der Sonnenstraße im H.-viertel,

in der Sp.-straße in OG sowie in der Pi.-Straße in UG. Gesellschafter der Beklagten zu 2) waren die „S“ und die „SFG“.

Bei der Beklagten zu 2) bestand ein Betriebsrat. Der Kläger war Mitglied dieses Betriebsrats.

Einziger Auftraggeber der Beklagten zu 2) war die „SZLG“. Diese kündigte den Dienstleistungsvertrag über die Zeitungszustellung mit der Beklagten zu 2) mit Schreiben vom 30.11.2011 mit Wirkung zum 29.02.2012 (vgl. Bl. 49 d. A.).

Die Gesellschafter der Beklagte zu 2) beschlossen am 11./12.01.2012, den Geschäftsbetrieb der Beklagten zu 2) vollständig einzustellen (vgl. Anlage B 1, Bl. 48 d. A.).

Der Zustellvertrag über die Zeitungszustellung wurde von der „SZLG“ mit Wirkung zum 01.03.2012 neu vergeben, und zwar an die Beklagte zu 1). Sie verwendet die früher von der Beklagten zu 2) genutzten Schlüssel.

Mit Schreiben vom 19. April 2012 wurde der Betriebsrat der Beklagten zu 2) unterrichtet wie folgt (vgl. Bl. 30 ff. d. A.):

„Anhörung gemäß § 102 BetrVG zu beabsichtigten Kündigungen

Sehr geehrter Herr A., sehr geehrte Damen und Herren,

mit Schreiben vom 12.01.2012 hatten wir Sie darüber informiert, dass der einzige Auftraggeber unseres Unternehmens,, die SZLG, den Dienstleistungsvertrag mit der C. („Z“) am 30.11.2011 ordentlich und fristgerecht zum Ablauf des 29.02.2012 gekündigt hat und dass die Gesellschafterversammlung daraufhin am 12.01.2012 beschlossen hat, die Geschäftstätigkeit des Unternehmens zum Ablauf des 29.02.2012 endgültig einzustellen und den Betrieb stillzulegen. Seit dem 01.03.2012 werden in den Verteilstellen der Z keine Zeitungen mehr angeliefert.

Aufgrund der vorgenannten Unternehmerentscheidung zur Stilllegung des Betriebes sind

- 4 -

sämtliche Arbeitsplätze im Betrieb zum Ablauf des 29.02.2012 endgültig und ersatzlos weggefallen. Wir beabsichtigen daher, die Arbeitsverhältnisse sämtlicher Arbeitnehmer der Z unverzüglich, d.h. sobald die betriebsverfassungsrechtlichen sowie ggf. sonstigen öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen vorliegen, ordentlich und fristgemäß zum nächst zulässigen Termin aus dringenden betrieblichen Gründen zu kündigen; (...). Auf die beigefügte Liste der zu kündigenden Arbeitnehmer nehmen wir Bezug. Wie Sie wissen, sind bis auf die zuletzt als Bürokraft eingesetzte Frau M T alle Arbeitnehmer als Zeitungssteller beschäftigt. Alle übrigen Arbeitnehmer der Z, die zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Betriebsstilllegung beschäftigt waren, sind zwischenzeitlich ausgeschieden, ausgenommen Herr A A I (...), der aufgrund Aufhebungsvertrages vom 21.03.2012 erst zum 30.04.2012 ausscheiden wird.

Da die Z ihren Betrieb insgesamt einstellt und keine weiteren Betriebe hat, gibt es im Unternehmen keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten.

Eine soziale Auswahl ist nicht möglich, da sämtliche Arbeitsplätze ersatzlos weggefallen; deshalb haben wir darauf verzichtet, die – uns überwiegend ohnehin nicht bekannten – Unterhaltungspflichten einschließlich Familienstand in der beigefügten Liste der zu kündigenden Mitarbeiter aufzuführen. Die übrigen personenbezogenen Daten der Arbeitnehmer (...) entsprechen unserem aktuellen Kenntnisstand.

Die beabsichtigten Kündigungen gegenüber den in der beigefügten Liste aufgeführten Arbeitnehmern sind daher unvermeidlich. Ein Sonderkündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder besteht nicht, weil der ganze Betrieb stillgelegt wird.

Wir hören den Betriebsrat hiermit zu den beabsichtigten Kündigungen gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG an und bitten den Betriebsrat um Stellungnahme innerhalb einer Woche nach Erhalt dieses Schreibens.

(...).

Anlage: Liste der zu kündigenden Arbeitnehmer.“ (vgl. die Liste gemäß Bl. 32 d. A.)

- 5 -

Die Beklagte zu 2) erstattete eine Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit A-Stadt mit Schreiben vom 24.04.2012 (vgl. Bl. 34 ff. d. A.).

Die Bundesagentur für Arbeit übersandte mit Schreiben vom 25.04.2012 folgende Antwort an die Beklagte zu 2) (vgl. Bl. 67 d. A.):

„Eingangsbestätigung: Ihre Anzeige vom 24.04.2012 per E-Mail

Sehr geehrter Herr F,

Ihre Anzeige vom 24.04.2012 ist am 24.04.2012 wirksam eingegangen.

Damit beginnt die in § 18 Abs. 1 KSchG festgesetzte Frist von einem Monat am 25.04.2012 und endet am 24.5.2012 (...).

Innerhalb dieser Frist werden Entlassungen nur mit Zustimmung des in § 20 KSchG bezeichneten Entscheidungsträgers wirksam. Folglich dürfen Arbeitnehmer/innen innerhalb der Frist nach § 18 Abs. 1 KSchG nicht ausgestellt werden.

(...).“

Mit Schreiben vom 28.04.2012, dem Kläger am 28.04.2012 zugegangen, kündigte die Beklagte zu 2) das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger wie folgt (vgl. Bl. 5 d. A.):

„Sehr geehrter Herr A.,

hiermit kündigen wir das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis aus dringenden betrieblichen Gründen ordentlich und fristgemäß zum nächst zulässigen Termin, das ist nach unserer Berechnung zum Ablauf des 30.11.2012. (...).“

Der Kläger erhob mit Schriftsatz vom 18.05.2012, beim Arbeitsgericht München eingegangen am selben Tage, Kündigungsschutzklage gegen diese Kündigung und begehrte zugleich seine Weiterbeschäftigung durch die Beklagte zu 1).

Der Kläger hat vor dem Arbeitsgericht geltend gemacht, die Kündigung vom 28.04.2012 sei sozial ungerechtfertigt und daher unwirksam. Die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates sowie das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Massenentlassungsanzeige würden bestritten. Die Beklagte zu 1) habe den Geschäftsbetrieb der Beklagten zu 2) übernommen. Sämtliche Abonnementsdaten würden der Zustellfirma von der Süddeutschen Zeitung zur Verfügung gestellt. Diese Informationen seien auf die Beklagte zu 1) übergegangen, die mit diesen Daten dasselbe Geschäft betreibe wie die Beklagte zu 2). Den bei den Beklagten zu 2) beschäftigten Arbeitnehmern sei zwar ein neuer Arbeitsvertrag mit der Beklagten zu 1) angeboten worden, aber nur zu deutlich schlechteren Bedingungen. Offensichtlich habe also ein Betriebsübergang stattgefunden, wobei die rechtlichen Folgen des § 613a BGB bewusst umgangen worden seien.

Der Betrieb des Zeitungsvertrieb werde durch immaterielle und materielle Güter gekennzeichnet: Dies seien zunächst die Schlüssel, die den Eintritt in die jeweiligen Zustellhäuser ermöglichten und einen erheblichen Wert für die Zeitungszusteller darstellten. Weiter sei ein Bestandteil der materiellen Bestände das Vorliegen der Abonnements. Diese würden von der S beziehungsweise dem SV an die entsprechende Zeitungsvertriebsgesellschaft gegeben. Ferner gebe es Fahrräder und Zeitungswägen sowie Tourenbücher. Diese Bücher ermöglichten die effektive Auslieferung der Zeitungen und seien vom Erwerber übernommen worden.

Wesentlicher Bestandteil sei nicht zuletzt das Personal. Nach dem Betriebsübergang sei es zu chaotischen Zuständen und vielen Reklamationen gekommen. Die Beklagte zu 1)

sei nicht in der Lage gewesen, die Tätigkeit auszuführen. Dies habe vor allem daran gelegen, dass die Beklagte zu 1) der ihr nach § 613a BGB obliegenden Verpflichtung nicht nachgekommen sei, das Personal zu übernehmen.

Die Sozialauswahl sei fehlerhaft vorgenommen worden. Die Betriebe „ZRG“ und „ZTG“ bildeten mit dem streitgegenständlichen Betrieb einen gemeinsamen Betrieb. Daher hätte die Sozialauswahl unter Berücksichtigung der drei Teilbetriebe vorgenommen werden müssen. Die streitgegenständliche Kündigung verstoße außerdem gegen § 18 KSchG, weil sie am 28.04.2012 ausgesprochen worden sei, gemäß Schreiben der Agentur für Arbeit vom 25.04.2012 die Frist gemäß § 18 KSchG aber erst am 24.05.2012 geendet habe.

Schließlich sei er als Mitglied des Betriebsrates der Beklagten zu 2) nicht ordentlich kündbar.

Der Kläger hat vor dem Arbeitsgericht beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen der Klagepartei und der Beklagten zu 2) durch die Kündigung der Beklagten zu 2) vom 28.04.2012 nicht beendet wird.
2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten zu 1) zu unveränderten Bedingungen über den 29.02.2012 hinaus fortbesteht.
3. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, die Klagepartei bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Zeitungszusteller weiter zu beschäftigen.

Die Beklagten haben beantragt:

Klageabweisung.

Die Beklagten haben die Auffassung vertreten, die Kündigung vom 28.04.2012 sei rechts- wirksam und habe das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten zu 2) beendet.

Das Arbeitsverhältnis sei auch nicht auf die Beklagte zu 1) übergegangen.

Die Kündigung vom 28.04.2012 sei durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt gewesen, die einer Beschäftigung des Klägers entgegenstünden. Die Beklagte zu 2) habe beschlossen, ihren Geschäftsbetrieb mit Ablauf des 29.02.2012 vollständig einzustellen und insbesondere sämtliche Vertragsverhältnisse der Beklagten zu 2) unverzüglich zu beenden. Anlass für diese Entscheidung sei die Kündigung des Zustellungsvertrages durch den einzigen Auftraggeber zum 29.02.2012 gewesen. Die Stilllegungsentscheidung sei auch umgesetzt worden. Seit dem 01.03.2012 würden von der Beklagten zu 2) keine Zeitungen mehr verteilt. Der bisherige Auftraggeber habe die Anlieferung von Zeitungen an die Beklagte zu 2) aufgrund der Vertragskündigung mit Wirkung zum 01.03.2012 eingestellt. Die Geschäftstätigkeit der Beklagten zu 2) sei zum 01.03.2012 vollständig zum Erliegen gekommen; die Verteilstellen stünden leer. Dadurch sei das Beschäftigungsbedürfnis für sämtliche bei der Beklagten zu 2) beschäftigten Arbeitnehmer ersatzlos und auf Dauer entfallen. Es sei am 28.04.2012 sämtlichen zu diesem Zeitpunkt noch bei der Beklagten zu 2) beschäftigten Arbeitnehmern gekündigt worden (außer einem schwerbehinderten Arbeitnehmer, dem erst nach Vorliegen der Zustimmung des Integrationsamtes gekündigt worden sei).

Eine arbeitgeberübergreifende Sozialauswahl sei nicht möglich gewesen. Unabhängig davon, ob die Beklagte zu 2) mit den genannten Betrieben ZTG und/oder ZRG einen gemeinsamen Betrieb bilde oder nicht, sei eine unternehmensübergreifende Sozialauswahl jedenfalls dann nicht vorzunehmen, wenn der Gemeinschaftsbetrieb im Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr bestehe. Sei im Zeitpunkt der Kündigung einer der beiden Betriebe stillgelegt, so sei damit die „gemeinsame Klammer“ entfallen.

Die Anhörung des Betriebsrats vor Ausspruch der Kündigung sei ordnungsgemäß erfolgt, ebenso die Massenentlassungsanzeige.

Ein Betriebsübergang auf die Beklagte zu 1) liege nicht vor. Es habe nur eine Auftragsnachfolge stattgefunden. Die Beklagte zu 1) habe keine wesentlichen Betriebsmittel der Beklagten zu 2) in ihrer organisatorischen Verknüpfung übernommen. Insbesondere die Tourenbücher seien entgegen der Behauptung der Klagepartei nicht von der Beklagten zu

1) übernommen worden. Die Tourenbücher seien Bücher, in denen die abzugehenden Zustellbezirke nach Straßen und Hausnummern aufgeführt seien und in denen für jedes Anwesen angegeben sei, welcher Abonnent welche Zeitung erhalte. Die Beklagte zu 1) habe das Zustellgebiet völlig neu in Zustellbezirke aufgeteilt und ohne Zuhilfenahme der Tourenbücher der Beklagten zu 2) eigene Tourenbücher erstellt. Bei der Beklagten zu 2) habe es noch über 140 Touren und Tourenbücher gegeben; bei der Beklagten zu 1) seien es nur noch 96 Zustellbezirke und damit auch nur 96 Tourenbücher.

Die Beklagte zu 1) habe auch weder Fahrräder noch Handwagen von der Beklagten zu 2) übernommen. Die meisten Zusteller verwendeten eigene Transportmittel. Die wenigen Fahrräder und Handwägen der Beklagten zu 2) habe diese im März 2012 einem anderen Zustellunternehmen, nämlich der ZTG, überlassen. Die Zeitungsabonnements seien keine Betriebsmittel der Beklagten. Vielmehr handele es sich dabei um das Substrat des Zustellauftrages. Außer dem Zustellauftrag habe die Beklagte zu 1) keine Kundenbeziehungen von der Beklagten zu 2) übernommen. Auch die Verteilstellen der Beklagten zu 2) habe die Beklagte zu 1) nicht übernommen. Die Beklagte zu 1) habe ein anderes Zustellkonzept als die Beklagte zu 2), da die Beklagte zu 1) ihre Zusteller direkt beliefern lasse. Die Zusteller müssten also nicht mehr zu den Abholstellen kommen, sondern erhielten die Zeitungen direkt von den Transportfahrern. Richtig sei, dass die Beklagte zu 1) von ihrem Auftraggeber die Hausschlüssel erhalten habe, die für den Zutritt zu den Häusern erforderlich seien. Die Verwaltung der Schlüssel obliege allein dem Auftraggeber.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass es sich bei dem Zustellbetrieb um einen typischen betriebsmittelarmen Betrieb handele. Zur Erreichung des Betriebszweckes komme es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft an. An Qualifikation und Sachkunde der Arbeitnehmer würden keine hohen Anforderungen gestellt. Ein Betriebsübergang sei daher nur anzunehmen, wenn die Hauptbelegschaft von dem anderen Arbeitgeber übernommen werde, was vorliegend nicht der Fall gewesen sei.

Die streitgegenständliche Kündigung sei nicht nach § 15 Abs. 1 KSchG unzulässig, da der Sonderkündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder nicht bei Stilllegung des Beschäftigungsbetriebes gelte und die Kündigung erst zu einem Zeitpunkt nach der Stilllegung ausgesprochen worden sei.

Mit Endurteil vom 27.11.2012 – 41 Ca 5881/12 – hat das Arbeitsgericht München die Klage als unbegründet abgewiesen.

Die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses sei wirksam; sie habe das Arbeitsverhältnis zum 30.11.2012 aufgelöst.

Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß nach § 102 BetrVG angehört worden ist. Im Anhörungsschreiben seien der Verlust des Dienstleistungsvertrages der Beklagten zu 2) durch Kündigung, die Unternehmerentscheidung zur Stilllegung des Betriebes sowie der Wegfall sämtlicher Arbeitsplätze im Betrieb erwähnt. Damit seien dem Betriebsrat die die Beklagte zu 2) determinierenden Gründe für die Kündigungsabsicht dergestalt mitgeteilt worden, dass er ohne eigene Nachforschungen in der Lage gewesen sei, selbst die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu überprüfen und sich ein Bild zu machen. An die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers bei der Anhörung seien im Übrigen nicht dieselben Anforderungen zu stellen wie an die Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess. Es müssten dem Betriebsrat also nicht alle objektiv kündigungsrechtlich erheblichen Tatsachen, sondern nur die vom Arbeitgeber für die Kündigung als ausschlaggebend angesehenen Umstände mitgeteilt werden. Es sei demnach ausreichend, wenn der Arbeitgeber die aus seiner Sicht tragenden Umstände unterbreite, wie hier der Fall.

Im Übrigen habe der Kläger nach Vorlage des Anhörungsschreibens durch die Beklagten keine weiteren Ausführungen dazu gemacht, warum die Anhörung fehlerhaft sein sollte. Lege der Arbeitgeber jedoch unter Vorlage des Anhörungsschreibens dar, dass und wie er den Betriebsrat angehört habe, so sei es Sache des Arbeitnehmers, im Einzelnen darzulegen, inwiefern er die Betriebsratsanhörung weiterhin für fehlerhaft halte. Mangels entsprechend substantiierten Vortrages gelte die Schilderung der Betriebsratsanhörung, wie von der Beklagten vorgetragen, als zutreffend (§ 138 Abs. 3 ZPO).

Die Kündigung sei auch nicht wegen Verstoßes gegen § 17 KSchG unwirksam. Die unstrittig erforderliche Massenentlassungsanzeige sei seitens der Beklagten zu 2) per Schreiben vom 24.04.2012 ordnungsgemäß und wirksam erfolgt. Die Massenentlassungsanzeige sei auch ordnungsgemäß, obwohl die Kündigung bereits am 28.04.2012

zugegangen sei.

Die Arbeitsagentur habe in ihrem Schreiben vom 25.04.2012 (Bl. 70 d. A.) der Kündigung durch die Beklagte zu 2) zwar erst ab 24.05.2012 zugestimmt. Dennoch habe die Tatsache, dass die Kündigung vor dem 24.05.2012 zugegangen sei, nicht die Folge, dass die Kündigung mangels ordnungsgemäßer Massenentlassungsanzeige als unwirksam zu betrachten wäre. Der verfrühte Zugang bewirke allenfalls eine Hemmung der Wirkung des Kündigungsschreibens entsprechend § 18 Abs. 1 KSchG. Die bereits am 28.04.2012 zugegangene Kündigung habe ihre Rechtswirkungen jedenfalls ab 24.05.2012 entfalten können.

Die Kündigung sei auch nicht wegen Verstoßes gegen § 613a Abs. 4 BGB unwirksam, da kein Betriebsübergang vorliege. Nach den Kriterien, die gemäß der Rechtsprechung des EuGH und des BAG maßgeblich seien, könne ein Betriebsübergang nicht festgestellt werden.

Fraglich sei bereits das Kriterium der Übertragung durch Rechtsgeschäft. Entscheidend sei, dass der Erwerber eine vorhandene Arbeitsorganisation durch Übernahme der Arbeitnehmer weiter nutzen könne, ohne in Verhandlungen mit dem bisherigen Auftragnehmer treten zu müssen. Von einem rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang sei daher auch auszugehen, wenn ein Neuauftragnehmer eine im Wesentlichen unveränderte Arbeitsaufgabe auf vertraglicher Grundlage übernehme und die Arbeitnehmer zu diesem Zweck einvernehmlich weiterbeschäftige. Die Möglichkeit der Betriebsfortführung werde dann durch ein Bündel von Rechtsgeschäften erworben (vgl. BAG, Urteil vom 11.12.1997 – 8 AZR 729/96). Ein solches Bündel von Rechtsgeschäften könnten neu abgeschlossene Arbeitsverträge mit den bisherigen Arbeitnehmern darstellen. Hier seien mit den bisherigen Arbeitnehmern aber unstreitig keine neuen Arbeitsverträge abgeschlossen worden.

Grundsätzlich für einen Betriebsübergang spreche der Grad der Ähnlichkeit der von der Beklagten zu 2) und der Beklagten zu 1) ausgeübten Tätigkeiten. - Allerdings könne die Ähnlichkeit der Tätigkeit allein noch kein wesentliches Argument sein, weil ansonsten auch im Wege der Funktionsnachfolge übergehende Aufträge stets einen Betriebsübergang bedingen würden. Der Ähnlichkeit der Tätigkeit komme nur dann eine für den Be-

etriebsübergang sprechende Indizwirkung zu, wenn die Art und Weise der Tätigkeit von den Auftragnehmern beeinflusst werden könne. Von hinreichender Einflussnahme sei dann auszugehen, wenn die Art und Weise der Tätigkeit Ausdruck der von den Auftragnehmern geschaffenen Arbeitsorganisation sei und die durchgeführte Tätigkeit nicht maßgeblich auf den Vorgaben des Auftrags beruhe und im Wesentlichen aufgrund des Dienstleistungsvertrags geschuldet sei. Somit sei davon auszugehen, dass sich die Zustellaufgabe selbst aus dem Dienstleistungsvertrag ergebe. Demgemäß sei auch die Ähnlichkeit der Tätigkeit an sich nicht als maßgebliches Kriterium anzusehen. Wenn es keine echten Alternativen gebe, so müsse auf andere Kriterien zurückgegriffen werden, nämlich auf die Übertragung materieller wie immaterieller Betriebsmittel sowie auf den Übergang eines wesentlichen Teils der Belegschaft.

Ebenso könne auch der Übergang der Abonnements samt Abonentendaten keinen Betriebsübergang begründen. Die Abonnements samt deren Daten folgten stets dem Dienstleistungsvertrag; auch im Rahmen einer reinen Funktions- oder Auftragsnachfolge würden die Abonnements samt Daten zwangsläufig mit dem Dienstleistungsvertrag übergehen.

Was die Übernahme sächlicher Betriebsmittel anbelange, so sei vorliegend davon auszugehen, dass es sich bei den Beklagten um tendenziell betriebsmittelarme Betriebe handle. Es sei dem Kläger nicht gelungen, einen Übergang von sächlichen Betriebsmitteln hinreichend darzulegen. Soweit er sich auf die Übernahme der Tourenbücher durch die Beklagte zu 1) berufen habe, so sei dieser Einwand durch den Vortrag der entkräftet, dass die Beklagte zu 1) die Touren neu eingeteilt und entsprechend die Tourenbücher neu erstellt habe. Diesen Beklagtenvortrag habe die Klagepartei nicht hinreichend substantiiert bestritten, so dass er als zugestanden gelte. Zwar habe die Klagepartei dargelegt, die Beklagte zu 1) hätte Fahrräder oder Handwägen übernommen. Diesen Vortrag hätten die Beklagten jedoch substantiiert bestritten und sich ihrerseits darauf berufen, die Zusteller verwendeten in aller Regel ihre eigenen Transportmittel. Einige wenige vorhandene Fahrräder und Handwägen habe die Beklagte zu 2) der ZTG überlassen. Auch diesen Vortrag habe der Kläger nicht hinreichend substantiiert bestritten.

Soweit der Kläger sich auf den Übergang der Zeitungsabonnements samt Abonentendaten beruft, so seien diese keine Betriebsmittel, sondern Äquivalent des Zustellauftrags.

Unstreitig sei, dass die Verteilstellen nicht mehr existierten und das Zustellungskonzept insoweit neu erstellt worden sei, als die Zeitungen bei der Beklagten zu 1) nun direkt an die Zusteller verteilt werden.

Als Betriebsmittel übrig blieben mithin nur noch die Hausschlüssel, die unstreitig auf die Beklagte zu 1) übergegangen seien. Es sei nicht anzunehmen, dass ihr Einsatz den „eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs“ ausmache. Erstens handele es sich bei den Schlüsseln um ein einzelnes Betriebsmittel. Zweitens sei davon auszugehen, dass die Schlüssel regelmäßig akzessorisch den Abonnements nachfolgten – so auch im Rahmen einer Funktionsnachfolge. Im Übrigen sei vorstellbar, dass ein Abonnenten-Zustellservice auch ohne Hausschlüssel seine Zustelltätigkeit erbringen könne – beispielsweise durch Ablegen der abonnierten Zeitungen vor der Haustür. Auch das BAG habe bisher – beispielsweise im Bewachungsgewerbe, bei dem regelmäßig auch Schlüssel für den Zugang zu den Bewachungsobjekten erforderlich seien – nicht auf übergegangene Schlüssel als identitätsprägendes Merkmal abgestellt. Wollte man die Schlüssel als identitätsprägend ansehen und diese für einen Betriebsübergang als ausreichend erachten, ließe sich die Funktionsnachfolge kaum noch von einem Betriebsübergang abgrenzen. Daher sei davon auszugehen, dass die Übernahme der Schlüssel durch die Beklagte zu 1) nicht ausreichen könne, um einen Betriebsübergang zu begründen.

Der Zustellbetrieb sei als betriebsmittelarmer Betrieb einzuordnen; ein Übergang des „eigentlichen Kerns des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs“ durch Übernahme wesentlicher Betriebsmittel sei nicht festzustellen.

Letztlich bleibe daher als maßgebliches Kriterium für das Vorliegen eines Betriebsübergangs die Übernahme eines wesentlichen Teils der Belegschaft übrig. Es hänge von der Struktur eines Betriebs oder Betriebsteiles ab, welcher nach Zahl und Sachkunde zu bestimmende Teil der Belegschaft übernommen werden müsse, um von der Übernahme einer bestehenden Arbeitsorganisation ausgehen zu können. Hätten die Arbeitnehmer einen geringen Qualifikationsgrad, müsse eine hohe Anzahl von ihnen beschäftigt werden, um auf einen Fortbestand der vom Konkurrenten geschaffenen Arbeitsorganisation

schließen zu können. Sei ein Betrieb stärker durch das Spezialwissen und die Qualifikation der Arbeitnehmer geprägt, könne neben anderen Kriterien ausreichen, dass wegen ihrer Sachkunde wesentliche Teile der Belegschaft übernommen werden. Es komme auf Qualifikation und Sachkunde an. Dazu habe der Kläger nicht hinreichend vorgetragen. Es sei nicht davon auszugehen, dass der Qualifikationsgrad der Mitarbeiter sonderlich hoch gewesen sei. Damit wäre aber für einen Betriebsübergang erforderlich, dass eine besonders hohe Anzahl von Mitarbeitern auf die Beklagte übergegangen ist. Vorliegend sei aber unstreitig, dass kein Wechsel der alten Belegschaft der Beklagten zu 2) zur Beklagten zu 1) stattgefunden habe.

Auch nach § 15 Abs. 1, Abs. 4 KSchG sei die Kündigung nicht unwirksam. Der Kläger sei im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung Betriebsratsmitglied gewesen. Für die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung hätten sich die Beklagten auf eine Betriebsstilllegung berufen. Damit sei die Wirksamkeit der Kündigung nicht nach § 1 KSchG, sondern ausschließlich nach § 15 Abs. 4 KSchG zu beurteilen. Die Regelung beinhalte eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Verbot, Betriebsratsmitglieder ordentlich zu kündigen.

Hier sei davon auszugehen, dass die Voraussetzungen einer Betriebsstilllegung im Sinne des § 15 Abs. 4 KSchG erfüllt seien. Die Beklagte zu 2) habe am 11./12.01.2012 die unternehmerische Entscheidung getroffen, den Betrieb zum 29.02.2012 vollständig einzustellen. Mit Wirkung zum 29.02.2012 sei die Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft in die Wege geleitet worden, um die bisherige wirtschaftliche Betätigung auf Dauer einzustellen. Seit 01.03.2012 würden von der Beklagten zu 2) keine Zeitungen mehr verteilt. Dass die Beklagte zu 2) hier bereits vollendete Tatsachen geschaffen habe, sei vom Kläger auch nicht substantiiert bestritten worden. Auch eine Möglichkeit zur Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz habe nicht bestanden. Der Kläger habe das Vorhandensein anderweitig freier Arbeitsplätze nicht substantiiert vorgetragen. Insbesondere komme auch eine Beschäftigung bei der Beklagten zu 1) nicht in Betracht. Ein gemeinschaftlicher Betrieb zwischen der Beklagten 1) und der Beklagten zu 2) sei nicht ersichtlich.

Auch eine Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG sei vor dem Hintergrund, dass sämtlichen Beschäftigten der Beklagten zu 2) gekündigt worden sei, nicht durchzuführen gewe-

sen.

Die Sozialauswahl sei auch nicht auf die Arbeitnehmer der vom Kläger genannten Betriebe ZTG oder der ZRG zu erstrecken gewesen. Selbst wenn die Beklagte zu 2) mit diesen einen Gemeinschaftsbetrieb gebildet haben sollte, scheidet eine unternehmensübergreifende Sozialauswahl aus, weil der Gemeinschaftsbetrieb im Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr bestanden habe.

Auch der Feststellungsantrag zu 2) sei erfolglos geblieben. Das Arbeitsverhältnis, das zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2) begründet worden sei, bestehe nicht mit der Beklagten zu 1) fort, da es zum 30.11.2012 aufgelöst worden sei und kein Betriebsübergang auf die Beklagte zu 1) vorliege.

Deshalb habe der Kläger auch keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung gegen die Beklagte zu 1).

Ergänzend wird wegen der Feststellungen und Erwägungen des Arbeitsgerichts auf die angefochtene Entscheidung verwiesen.

Gegen diese Entscheidung, die ihm am 12.12.2012 zugestellt wurde, wendet sich der Kläger mit seiner am 07.01.2013 eingegangenen und am 11.03.2013 innerhalb verlängerter Frist begründeten Berufung.

Zur Begründung seines Rechtsmittels bringt der Kläger vor, entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts sei ab dem 01.03.2012 gemäß § 613a Abs. 1 BGB ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 1) zu Stande gekommen. Ein Betriebsübergang liege sehr wohl vor. Das Arbeitsgericht habe die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs zutreffend wiedergegeben, sie jedoch auf den vorliegenden Fall nicht korrekt angewendet.

Die Beklagte zu 2) sei kein betriebsmittelarmer Betrieb gewesen. Es habe sich vielmehr um einen Betrieb gehandelt, in dem sowohl die Betriebsmittel als auch die menschliche Arbeitskraft im Vordergrund gestanden hätten. Es bedürfe zur ordnungsgemäßen Zei-

tungszustellung sowohl der Sach- und Ortskunde der Mitarbeiter als auch der Hausschlüssel und der Tourenbücher.

Das Arbeitsgericht habe nicht angegeben, wie es zur Annahme gelangt sei, dass die Schlüssel regelmäßig den Abonnements akzessorisch nachfolgten. Die Beklagte zu 2) habe die Schlüssel von der SLG für ca. EURO 60.000,-- gekauft. Allein dieser Betrag spreche gegen eine eindeutige Funktionsnachfolge. Die Schlüssel würden benötigt, um den Abonnementauftrag vertragsgerecht zu erfüllen, da dort geregelt sei, dass ein Ablegen der Zeitung hinter der Haustüre stattfinden müsse. Die Hausschlüssel seien überlebensnotwendig für Zustelldienste und daher identitätsprägend.

Der Annahme des Arbeitsgerichts, dass sich eine Funktionsnachfolge kaum noch vom Betriebsübergang abgrenzen ließe, wenn die Schlüssel als identitätsprägend angesehen und für einen Betriebsübergang als ausreichend erachtet würden, könne nicht gefolgt werden. Die notwendigen Hausschlüssel seien ein eindeutiger Wettbewerbsvorsprung gegenüber anderen Zustelldiensten. Zu den Tourenbüchern werde ausgeführt, dass sie vor Ende der Geschäftstätigkeit der Beklagten zu 2) eingezogen worden seien; ihr Verbleib sei dem Kläger unbekannt.

Hinsichtlich der Beschäftigten sei vor dem Hintergrund, dass die Arbeitnehmer vor dem Übergang in Textform zu unterrichten seien, zu fragen, wann die Unterrichtung in Betrieben, bei denen die Beschäftigten im Vordergrund stünden, erfolgen müsse. Sollte diese Pflicht erst bestehen, wenn eindeutig sei, dass mindestens 75 % der Belegschaft beim Erwerber weiter arbeiteten, so könne der Nachfolger bis dahin ohne Aufklärung über die Folgen des Betriebsübergangs Vertragsangebote vorlegen, die deutlich schlechter seien als die bisherigen. Biete der Erwerber den Arbeitnehmern die Weiterbeschäftigung zu schlechteren Bedingungen ohne Hinweis auf einen möglichen Betriebsübergang an, so entscheide dieser ohne vollumfängliches Wissen, das ihm § 613a Abs. 5 BGB aber verschaffen möchte. Der Zweck der Vorschrift würde unterlaufen werden. Bei Betrieben, bei denen die menschliche Arbeitskraft im Vordergrund stehe, könne es damit nicht auf den tatsächlichen Übergang ankommen, sondern nur auf den Willen des neuen Inhabers. Entscheide sich der neue Inhaber für die Übernahme eines Großteils der Mitarbeiter, müsse er davon ausgehen, dass ein Betriebsübergang stattfinden werde und folglich die Mitar-

beiter über einen Betriebsübergang unterrichten. Es könne nicht mehr darauf ankommen, ob die Mitarbeiter die Vertragsangebote annähmen. Dies bedeute, dass von einem Betriebsübergang schon vor dem tatsächlichen stattfindenden Übergang ausgegangen werden müsse.

Im März 2012 habe sowohl der Geschäftsführer der Beklagten zu 1) als auch der der Beklagten zu 2) einigen Mitarbeitern der Beklagten zu 2) ein Weiterbeschäftigungsangebot bei der Beklagten zu 1) unterbreitet, und zwar lediglich mündlich, entweder persönlich oder telefonisch. Aufgrund dieser Angebote könne von einer Umgehung der Rechtsfolgen des § 613a BGB ausgegangen werden. Das BAG habe mit Urteil vom 18.08.2005 – 8 AZR 523/04 – festgestellt, dass ein Arbeitsvertrag auch bei einer objektiv bezweckten Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses wirksam sei, wenn die mit dieser Vertragsgestaltung verbundene Verschlechterung der Arbeitsbedingungen sachlich unberechtigt sei. Hier liege eine objektiv bezweckte Beseitigung der Kontinuität der Arbeitsverhältnisse vor. Ein sachlicher Grund für die schlechteren Arbeitsbedingungen sei nicht ersichtlich.

Weitere Rügen wurden im Berufungsbegründungsschriftsatz nicht erhoben.

Im Termin vor der Berufungskammer hat der Kläger seine Ausführungen erläutert. Seine Darlegung, wonach sowohl Betriebsmittel als auch die menschliche Arbeitskraft im Vordergrund stünden, seien dahin zu verstehen, dass seines Erachtens eine strikte Trennung in betriebsmittelarme und betriebsmittelgeprägte Betriebe nicht die rechtlich gebotene Gesamtschau beeinträchtigen dürfe.

Hinsichtlich des Begriffs des Betriebsübergangs vertrete er die Auffassung, dass bereits der Wille zur Beschäftigung, jedenfalls der relevanten Mitarbeiter im Sinne der EuGH-Rechtssprechung, zum Betriebsübergang führe, also den Begriff des Betriebsübergangs erfülle, jedenfalls dann, wenn der Wille erkennbar zu Tage getreten sei, etwa durch das Angebot neuer Verträge an die bisherigen Mitarbeiter. Die Ausführungen zur Unterrichtungspflicht gemäß § 613a Abs. 5 BGB seien unter systematischen Gesichtspunkten zu verstehen. Die Unterrichtungspflicht müsse mit dem Begriff des Betriebsübergangs stets vereinbar sein.

Der Umgehungsvorwurf sei eigentlich der SLG zu machen. Es sei hier zu berücksichtigen, dass die S quasi eine Monopolstellung habe, wie auch die 1. Kammer des Arbeitsgerichts München in einem Parallelfall ausgeführt habe. Dies und die Konzernverflechtung dürften nicht außer Acht bleiben. In diesem Zusammenhang sei zu erwähnen, dass bei der Beklagten zu 2) im Jahre 2011 Streiks stattgefunden hätten.

Der Kläger beantragt:

- 1. Das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 27.11.2012, zugestellt am 07.12.2012, Az: 41 Ca 5881/12 wird aufgehoben.**
- 2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen der Klagepartei und der Beklagten zu 2) durch die Kündigung der Beklagten zu 2) vom 28.04.2012 nicht beendet wird.**
- 3. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten zu 1) zu unveränderten Bedingungen über den 29.02.2012 hinaus fortbesteht.**
- 4. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, die Klagepartei bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Zeitungszusteller weiter zu beschäftigen.**

Die Beklagten beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagten verteidigen das Ersturteil. Auch die Vertiefung des klägerischen Sachvortrags mache keine andere Sachentscheidung erforderlich.

Die – unsubstantiierte und verspätete – Behauptung des Klägers, die Beklagte zu 2) habe der SZLG die Hausschlüssel für einen Betrag von ca. EURO 60.000,-- abgekauft, sei unzutreffend. Die SZLG habe der Beklagten zu 2) lediglich die Verwaltungskosten für Ersatzbeschaffungen bei Verlust einzelner Schlüssel mit einer Pauschale berechnet.

Die von der Beklagten zu 2) genutzten Hausschlüssel seien nicht für die Zustellung sämtlicher Zeitungen genutzt worden, sondern nur für die Zustellung von ca. 80 % der Zeitungen. Zum einen würden nicht bei allen Häusern die Briefkästen innen liegen, zum anderen erfolge bei großen Büro- und Dienstgebäuden die Zustellung durch Abgabe an der Pforte, durch Einwurf in Großbriefkästen oder durch Absperrgitter. Für etwa 20 % der Zeitungen seien also keine Hausschlüssel erforderlich. Die Schlüssel seien aber auch sonst nicht zwingend für die Zustellung erforderlich. Sofern für ein Gebäude kein Schlüssel vorhanden sei, etwa bei Verlust oder nach Auswechslung des Schlosses, unterbleibe nicht etwa die Zustellung, sondern die Zeitung werde vor die Haustür gelegt. Richtig sei allerdings, dass ohne die Hausschlüssel die Zustellung nicht so erfolgen könne, wie es die Abonnenten wünschten. Ein Ablegen der Zeitung hinter der Haustüre sähen die Abonnementbedingungen der SG nicht vor. Die SZLG erhalte die Schlüssel von den Hausverwaltungen kostenfrei und ohne Sicherheitsleistung.

Richtig sei, dass die Beklagte zu 1) fünf Zusteller übernommen habe. Richtig sei ferner, dass einige Zusteller den Geschäftsführer der Beklagten zu 2) im Februar/März 2012 gefragt hätten, ob er die Telefonnummer des Geschäftsführers der Beklagten zu 1) habe; diesen Zustellern habe der Geschäftsführer der Beklagten zu 2) dann die Telefonnummer des damaligen Geschäftsführers der Beklagten zu 1) gegeben. Von sich aus habe der Geschäftsführer der Beklagten zu 1) keine Zusteller der Beklagten zu 2) auf eine Beschäftigung hin angesprochen. Konkrete Vertragsangebote habe er nur den sechs oder sieben ernsthaft interessierten Zustellern gemacht.

Anders, als der Kläger meine, liege keine Unwirksamkeit nach § 613a Abs. 4 BGB vor, da die Kündigung nicht wegen eines Betriebsübergangs, sondern wegen einer Betriebsstilllegung erfolgt sei. Unrichtig sei, dass schon ein Betriebsübergang vorliegen würde, wenn die Beklagte zu 1) – wie nicht – die Übernahme eines nach Zahl und Sachkunde wesentli-

chen Teils der Belegschaft der Beklagten zu 2) beabsichtigt hätte. Für einen Betriebsübergang sei die tatsächliche Identitätswahrung erforderlich, d.h. bei betriebsmittelarmen Betrieben die tatsächliche Übernahme der sog. Hauptbelegschaft; daran fehle es hier aber.

Eine Umgehung der Rechtsfolgen des § 613a BGB liege entgegen der Auffassung des Klägers nicht vor. Dies käme nur dann in Betracht, wenn die Beklagte zu 1) letztlich die Hauptbelegschaft der Beklagten zu 2) hätte weiterbeschäftigen wollen und trotzdem die sich daraus ergebende Kontinuität der Arbeitsverhältnisse unterbrochen werden sollte. Vorliegend sei es aber nicht zu einer Übernahme der Hauptbelegschaft gekommen. Die Beklagte zu 1) habe nicht von der Weiternutzung der Betriebsorganisation der Beklagten zu 2) profitiert, sondern eine eigene Betriebsorganisation mit einer neuen Belegschaft geschaffen. Daher spielten auch die Erwägungen zur Unterrichtungspflicht keine Rolle.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Betriebsübergangs lägen nicht vor. Ein „auch“ betriebsmittelgeprägter Betrieb liege nicht vor. Selbst unter der Annahme, dass die Hausschlüssel für die Erledigung des Zustellauftrags überwiegend erforderlich seien, mache der Einsatz der Schlüssel nicht den eigentlichen Kern der Wertschöpfung aus. Die Übernahme der Hausschlüssel habe nicht dazu geführt, dass ein betriebsmittelgeprägter Betrieb bei der Beklagten zu 2) vorgelegen habe.

Bei betriebsmittelarmen Betrieben komme es im Falle einer Auftragsnachfolge nur dann zu einem Betriebsübergang, wenn der neue Auftragnehmer den nach Zahl- und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals vom Vorgänger übernehme. Diese zwingende Voraussetzung sei vorliegend nicht erfüllt, da die Beklagte zu 1) nur einige wenige Zusteller übernommen habe. Bei wertender Gesamtwürdigung habe der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft bei der Beklagten zu 2) so stark im Vordergrund gestanden, dass trotz der Ähnlichkeit der Tätigkeit die identitätswahrende Fortführung einer wirtschaftlichen Einheit durch die Beklagte zu 1) nicht angenommen werden könne.

Entgegen der Auffassung des Klägers führten seine Erwägungen zur Unterrichtungspflicht nicht weiter. Die Friktionen innerhalb des § 613a BGB dürften dadurch aufgetreten sein, dass im Laufe der Jahre der Übergang der Belegschaft von der Rechtsfolgenseite auf die

Tatbestandsseite hinübergezogen worden sei. Im Übrigen treffe die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts zu, dass es entweder betriebsmittelarme oder betriebsmittelgeprägte Betriebe gebe. Die klägerseits angeregte Vermengung beider Gruppen sei damit nicht vereinbar.

Soweit der Kläger einen Streik bei der Beklagten zu 2) im Jahre 2011 behauptete, sei darauf hinzuweisen, dass nur zwei Tage gestreikt worden sei. Ein Grund für den Auftragswechsel sei die relativ schlechte Zustellqualität bei der Beklagten zu 2) gewesen, also die Beschwerden, die nicht abzustellen gewesen seien.

Wegen des Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird ergänzend auf den Schriftsatz des Klägers vom 08.03.2013, auf den Schriftsatz der Beklagten vom 15.04.2013 und auf die Sitzungsniederschrift vom 30.10.2013 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die gemäß § 64 Abs. 1, Abs. 2 c) bzw. b) ArbGG statthafte und auch im Übrigen zulässige Berufung ist nicht begründet.

Die streitbefangene Kündigung der Beklagten zu 2) ist weder mangels sozialer Rechtfertigung (§ 1 KSchG) noch wegen eines Betriebsübergangs gemäß § 613a Abs. 4 BGB noch aus sonstigen Gründen unwirksam. Vielmehr hat das Arbeitsgericht zutreffend erkannt, dass sie das Arbeitsverhältnis zum Ablauf der Kündigungsfrist beendet hat. Mangels eines Betriebsübergangs besteht das Arbeitsverhältnis des Klägers auch nicht mit der Beklagten zu 1) fort, womit sie auch nicht zu seiner Beschäftigung verpflichtet ist.

Die Berufungskammer nimmt zunächst gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG auf die ausführlichen und sorgfältigen Ausführungen des Arbeitsgerichts Bezug und macht sich diese zu Eigen. Die – auf die Problematik des Betriebsübergangs beschränkten – Angriffe der Berufung veranlassen nur die nachfolgenden Ausführungen:

1. Geht – so der Wortlaut des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB – ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Bei der Auslegung der Vorschrift kommt den europarechtlichen Vorgaben (EGRL 23/201), deren Umsetzung sie dient, maßgebliche Bedeutung zu. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. etwa Ur. vom 28.05.2009 – 8 AZR 273/08, Rn 38 ff., NZA 2009, 1267-1273; Ur. vom 21.02.2008 – 8 AZR 77/07, Rn 18 ff., AP Nr. 343 zu § 613a BGB; Ur. vom 15.12.2005 – 8 AZR 202/05, AP Nr. 294 zu § 613a

BGB; Urt. vom 20.03.2003 – 8 AZR 312/02, NZA 2003, 1338), der sich die Berufungskammer anschließt, liegt ein Betriebsübergang vor, wenn eine wirtschaftliche Einheit von einem neuen Rechtsträger unter Wahrung ihrer Identität – oder (zumindest) unter Beibehaltung der funktionellen Verknüpfung der übertragenen Produktionsfaktoren mit der Möglichkeit, derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen (vgl. EuGH, Urt. vom 12.02.2009 – C – 466/07 (Klarenberg), NZA 2009, 251–254) - fortgeführt wird (BAG, Urteil vom 15.12.2011 – 8 AZR 197/11, NZA-RR 2013, 179 – 185).

Der Begriff „wirtschaftliche Einheit“ bezieht sich dabei auf eine organisatorische Gesamtheit von Personen und/oder Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit unter Wahrung ihrer Identität übergegangen ist, sind sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen zu berücksichtigen. Zu diesen Tatsachen zählen insbesondere die Art des betreffenden Betriebs, der Übergang materieller Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter, die Übernahme der immateriellen Betriebsmittel sowie deren Wert und Bedeutung und der vorhandenen Organisation, der Grad der Ähnlichkeit mit der Betriebstätigkeit des bisherigen Inhabers, die Weiterbeschäftigung der Hauptbelegschaft, der Übergang von Kundschafts- und Lieferantenbeziehungen sowie die Dauer einer eventuellen Unterbrechung der Betriebstätigkeit (ständ. Rechtspr. des BAG; vgl. a. a. O. m. weit. Nachw.).

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 Falle anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch eine nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hat. Hingegen stellt die bloße Fortführung der bisherigen betrieblichen Tätigkeit durch einen anderen (Funktionsnachfolge) ebenso wenig einen Betriebsübergang dar wie die reine Auftragsnachfolge. Der bloße Verlust eines Auftrags an einen Mitbewerber stellt daher für sich genommen keinen Übergang im Sinne der Betriebsübergangsrichtlinie dar. – In betriebsmittelgeprägten Betrieben kann ein Betriebsübergang auch ohne Übernahme von Personal vorliegen. Der Umstand, dass die vom

neuen Unternehmer übernommenen Betriebsmittel nicht seinem Vorgänger gehörten, sondern vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wurden, schließt den Betriebsübergang nicht aus. Auch ist im Falle einer Auftragsneuvergabe die Überlassung der Betriebsmittel zur eigenwirtschaftlichen Nutzung keine notwendige Voraussetzung für die Feststellung eines Betriebsübergangs vom ursprünglichen Auftragnehmer auf den neuen Auftragnehmer. Sächliche Betriebsmittel sind im Rahmen der Auftragsneuvergabe wesentlich, wenn bei wertender Betrachtungsweise ihr Einsatz den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs ausmacht. Kriterien hierfür können sein, dass die Betriebsmittel unverzichtbar zur auftragsgemäßen Verrichtung der Tätigkeiten sind, auf dem freien Markt nicht erhältlich sind oder ihr Gebrauch vom Auftraggeber zwingend vorgeschrieben ist (BAG, a. a. O.).

Maßgebliches Kriterium für den Übergang ist die tatsächliche Weiterführung oder Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit durch den neuen Inhaber. Daher genügt die bloße Fortführungsmöglichkeit nicht; entscheidend ist die tatsächliche Fortführung.

Die rechtsgeschäftliche Grundlage des Übergangs ist bereits anzunehmen, wenn der Wechsel der Inhaberschaft nicht unmittelbar auf Gesetz oder Hoheitsakt beruht.

Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs trägt die Partei, die sich auf sein Vorliegen beruft, hier mithin der Kläger. Nach § 138 Abs. 2 ZPO hat sich die Gegenpartei zum Sachvortrag zu erklären. Die Erwiderungslast hängt dabei vom Substantiierungsgrad des Vorbringens ab.

2. Das Arbeitsgericht hat diese Grundsätze seiner Entscheidung zu Grunde gelegt und sie zutreffend angewandt. Es hat richtig erkannt, dass die Beklagte zu 1) keine wirtschaftliche Einheit im dargestellten Sinne von der Beklagten zu 2) übernommen hat.

2.1 Die Vereinbarung der Beklagten zu 1) mit der SZLG über die Zustellung der Zeitungen ab dem 01.03.2012 stellt für sich genommen keinen Betriebsübergang dar, auch wenn sie inhaltlich identisch mit dem bis zum 29.02.2012 von der Beklagten zu 2) erfüllten Vertrag wäre. Vielmehr handelt es sich um eine bloße Auftragsnachfolge; eine Tätigkeit ist

aber keine wirtschaftliche Einheit, auch dann nicht, wenn der Dienstleistungsauftrag – wie hier - der für die Existenz des Betriebes unentbehrliche einzige Auftrag ist.

Auch im Zusammenhang mit der Ähnlichkeit der von den Beklagten erbrachten Dienstleistungen kann die Auftragsnachfolge nicht dahin gewürdigt werden, dass die von der Beklagten zu 2) geschaffene wirtschaftliche Einheit bei der Beklagten zu 1) weiter bestehe. Denn diese Leistungen stellen lediglich die nach dem jeweiligen Dienstleistungsvertrag mit der SZLG geschuldete Tätigkeit dar. Aufgrund der geringen Variationsbreite bei der Durchführung von Zustellungstätigkeiten ist der Feststellung der Ähnlichkeit neben der Feststellung der Auftragsnachfolge kein eigenes Gewicht zuzumessen.

2.2 Die Betrauung der Beklagten zu 1) mit der Zustellung war auch nicht mit dem Übergang einer wirtschaftlichen Einheit im oben dargestellten Sinne verbunden.

2.2.1 Zunächst sei festgehalten, dass die seitens der Auftraggeberin übermittelten Abonnementsdaten keine gesonderte Bedeutung als immaterielle Betriebsmittel haben. Denn sie stellen lediglich die – im Übrigen wegen der allgemeinkundigen Änderungen des Kundenbestands bei Tageszeitungen fortlaufend nötige - Konkretisierung des früher der Beklagten zu 2), dann der Beklagten zu 1) erteilten Auftrags dar.

2.2.2 Der Vortrag des Klägers lässt auch nicht darauf schließen, dass identitätsprägende materielle Betriebsmittel von der Beklagten zu 1) weiterverwendet werden. Soweit überhaupt materielle Betriebsmittel weitere Verwendung finden, sind sie nicht als identitätsprägend anzusehen.

Die – erstinstanzlich behauptete (und von den Beklagten bestrittene) – Übernahme der Tourenbücher behauptet der Kläger nun selbst nicht mehr. Hat er – wie das Arbeitsgericht zutreffend erkannt hat – mit seinem Vortrag in erster Instanz seiner aus § 138 Abs. 2 ZPO folgenden Substantiierungslast nicht genügt, so erfüllt sein nunmehr unterbreiteter Vortrag, der Verbleib der Tourenbücher sei unbekannt, nicht einmal mehr die Anforderungen der ihn treffenden primären Darlegungslast. Von einer Übernahme der Tourenbücher kann mithin nicht ausgegangen werden.

Dasselbe gilt für die angebliche Übernahme von Fahrrädern und Handwagen. Dem Arbeitsgericht ist darin zu folgen, dass der Kläger sich nicht ausreichend mit den Darlegungen der Beklagten auseinandergesetzt hat, die wenigen vorhandenen Fahrräder und Handwagen seien der ZVT – und nicht der Beklagten zu 1) – überlassen worden. Im Übrigen ist festzuhalten, dass ihrer etwaigen Weiterverwendung durch die Beklagte zu 1) keine relevante identitätsstiftende Bedeutung zukäme. Fahrräder wie Handwagen sind allgemeinkundig oftmals vorhandene, sonst allgemein leicht zu beschaffende und finanziell erschwingliche Transportmittel; dass hier eine Ausnahme bestünde, sie etwa für die Zustellung von Tageszeitungen besondere Merkmale aufweisen müssten, ist weder vorge tragen noch ersichtlich.

Dass die Beklagte zu 1) die von der Beklagten zu 2) als sogenannte Verteilstellen genutzten Räumlichkeiten nutzen würde, behauptet auch der Kläger nicht.

Der Gebrauch der früher von der Beklagten zu 2) verwendeten Hausschlüssel schließlich genügt nicht für den Übergang einer wirtschaftlichen Einheit. Der Einschätzung des Arbeitsgerichts, ihr Einsatz mache nicht den Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs aus, ist auch dann zu folgen, wenn das durch ihren Besitz ermöglichte Aufschließen der Türen als unerlässlich für die Erfüllung des Zustellauftrags betrachtet wird, wie der Kläger behauptet (und die Beklagten zum Teil einräumen). Denn maßgeblich für die Wertschöpfung eines Zustellbetriebs ist der Transport von Zeitungen (oder sonstigen Sendungen) zu den Abonnenten und das Einlegen in ihre Empfangsvorrichtungen durch den Einsatz menschlicher Arbeitskraft und nicht der Besitz von Schlüsseln oder ihre Nutzung zum Öffnen von Haustüren. Die Schlüssel stellen danach nur Hilfsmittel für die maßgebliche Tätigkeit dar. (Auch ein Reinigungsunternehmen, dem häufig Schlüssel zum Öffnen des Reinigungsobjekts zur Verfügung gestellt werden, erzielt seine Wertschöpfung nicht hierdurch, sondern eben durch die Reinigung der Räumlichkeiten.). Die (vom Kläger behauptete) Erforderlichkeit, die Schlüssel zu verwenden, kommt angesichts dessen kein wesentliches Gewicht zu (vgl. dazu insb. BAG, Urteil vom 15.12.2011 - 8 AZR 197/11, Rn. 51).

Die Überlegung des Klägers, die Hausschlüssel seien als Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Zustelldiensten anzusehen, geht an der Sache vorbei. Dies mag schon die vor-

liegende Fallgestaltung zeigen, in der die Beklagte zu 2) ungeachtet des Besitzes der Schlüssel den Zustellauftrag verloren hat. Im Übrigen wurde weder vorgetragen noch erscheint es – angesichts der Interessen und Rechte der Hauseigentümer – vorstellbar, dass eine vom Zustellauftrag unabhängige Verfügungsbefugnis eines Zustellunternehmens über Hausschlüssel fremder Gebäude besteht. Der angesichts der Rechte der Hauseigentümer ohnehin von vornherein substantiierungsbedürftige Vortrag des Klägers, die Beklagte zu 2) habe Schlüssel von der SZLG erworben, kann der Entscheidung auch deshalb nicht zugrunde gelegt werden, weil der Kläger der Behauptung der Beklagten, Zahlungen seien lediglich bei Verlust von Schlüsseln für die Ersatzbeschaffung erfolgt, nicht entgegengetreten ist, obwohl dies gemäß § 138 Abs. 2 ZPO erforderlich gewesen wäre.

2.2.3 Die Beklagten sind danach in einer (sog. „betriebsmittelarmen“) Branche tätig, in der es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, so dass ein Betriebsübergang im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechung auch anzunehmen wäre, wenn die Beklagte zu 1) zur Weiterführung der Tätigkeit der Beklagten zu 2) einen nach Zahl- und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals der Beklagten zu 2) übernommen hätte.

Dies ist aber nicht der Fall. Die Beschäftigung von fünf Zustellern durch die Beklagte zu 1) stellt angesichts einer (ehemaligen) Belegschaft von 57 Mitarbeitern bei der Beklagten zu 2) keine wesentliche Anzahl dar. Eine besondere Sachkunde der nun bei der Beklagten zu 1) tätigen Arbeitnehmer ist nicht dargelegt und auch sonst nicht ersichtlich. Auch insoweit ist dem Arbeitsgericht zuzustimmen.

Nicht zu folgen ist dagegen der Ansicht des Klägers, schon die Absicht oder der Versuch, in betriebsmittelarmen Betrieben die Hauptbelegschaft zu übernehmen, sei als Betriebsübergang aufzufassen. Weder § 613a BGB noch die ihm zugrunde liegenden europarechtlichen Vorschriften enthalten einen Ansatzpunkt, der dieses Verständnis stützen könnten. Maßgeblich ist – wie ausgeführt - die tatsächliche Fortführung einer wirtschaftlichen Einheit unter Wahrung ihrer Identität.

2.2.4 Die Gesamtwürdigung der Umstände des vorliegenden Falles, auf deren Maßgeblichkeit der Kläger hingewiesen hat, führt nach alledem nicht zum Ergebnis, der Betrieb der Beklagten zu 2) bestehe bei der Beklagten zu 1) im Wesentlichen unverändert fort.

Wenn die Zustellung von Tageszeitungen an Abonnenten eines Verlages im Auftrag seiner Vertriebsgesellschaft lediglich unter Verwendung der schon bisher benutzten Hausschlüssel bei veränderten Zustellbezirken und modifizierter Ablauforganisation (keine Abholung mehr an den Verteilstellen) bei Übernahme einiger weniger, nicht durch besondere Sachkunde ausgewiesener Mitarbeiter an Stelle des früher mit der Zustellung betrauten Unternehmens durchgeführt wird, stellt sich dies nicht als Betriebsübergang im oben genannten Sinne dar. Die fehlende Unterbrechung der Zustellung ändert daran ebenso wenig wie die - in der Natur eines Zustellungsauftrages liegende - Ähnlichkeit der auszuübenden Tätigkeiten und die mit dem Zustellauftrag verbundene Identität von Auftraggeber und Abonnenten.

2.2.5 Abschließend sei festgehalten, dass die erkennende Berufungskammer nicht den Erwägungen der ersten Kammer des Arbeitsgerichts München in Parallelverfahren, (vgl. etwa Urteil vom 20.03.2013 – 1 Ca 5887/12) zu folgen vermag, auf die sich der Kläger bezogen hat (anders LAG München, 2. Kammer, vgl. Urteil vom 21.11.2013 – 2 Sa 414/13).

Kurz gefasst nimmt sie einen Betriebsübergang - zum Einen - deshalb an, weil die unverzichtbaren Hausschlüssel nicht am freien Markt erhältlich und so prägend seien und weil – zum Zweiten - der Zustellungsauftrag mangels anderer immateriellen Aktiva der wesentliche Aktivposten sei, dem angesichts der Monopolstellung und der steuerbaren Auftragsvergabe im Konzern des Süddeutschen Verlages deutlich prägendere Bedeutung zukomme als einem auf dem freien Markt vergebenen Auftrag. Die Neuvergabe sei nicht Folge des Wettbewerbs, sondern einer von Anfang an beabsichtigten unveränderten Übertragung der wirtschaftlichen Einheit.

Der zweiten Überlegung vermag sich die erkennende Berufungskammer nicht nur wegen der *petitio principii*, die sie enthalten dürfte, nicht anzuschließen. Sie dürfte im Kern darin bestehen, dass im (Subordinations-) Konzern allein der Wechsel des (Haupt-) Auftrages

von einer (beherrschten) Tochtergesellschaft zu einer anderen stets oder doch regelmäßig als Übergang der wirtschaftlichen Einheit unter Wahrung ihrer Identität im oben genannten Sinne anzusehen ist. Für diese maßgeblich an der Konzernzugehörigkeit orientierte Differenzierung findet sich in § 613a BGB und den ihm zugrundeliegenden europarechtlichen Vorschriften jedoch keine Stütze.

Selbst wenn dies anders wäre, bliebe die Berufung ohne Erfolg. Denn der Kläger hat zur Konzernstruktur und zur Nutzung etwa bestehender Einflussmöglichkeiten durch den Verlag oder die SZLG keinen verwertbaren Sachvortrag unterbreitet. Sein pauschaler Hinweis auf die Rechtsprechung der ersten Kammer des Arbeitsgerichts München ist nicht geeignet, ihn von der Darlegungslast zu entbinden.

Hinsichtlich der ersten Erwägung (zur Relevanz der Hausschlüssel) wird auf die Ausführungen unter 2.2.2 verwiesen.

3. Der Vorwurf einer Umgehung des § 613a BGB, den der Kläger (zuletzt gegen die SZLG) erhebt, kann nicht nachvollzogen werden. Sollte der Kläger eine Verpflichtung (wessen auch immer) des Inhalts annehmen, eine Auftragsnachfolge möglichst in Gestalt eines Betriebsübergangs zu gestalten, fehlt dafür eine rechtliche Grundlage.

4. Die Berufung war daher als unbegründet zurückzuweisen.

II.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

III.

Die Revision war gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG zuzulassen.

Den Beklagten steht gleichwohl mangels Beschwer kein Rechtsmittel gegen die vorliegende Entscheidung zur Verfügung. Der Kläger wird auf die nachfolgende Rechtsmittelbelehrung hingewiesen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann der Kläger Revision einlegen.

Für die Beklagten ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

ingelegt und begründet werden.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter

<http://www.bundesarbeitsgericht.de>

Dyszak

Stiglocher

Hornung