

BUNDEsarbeitsgericht



8 AZR 733/13

5 Sa 72/12

Landesarbeitsgericht

Mecklenburg-Vorpommern

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

18. September 2014

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

1.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

2.

Beklagter zu 2., Berufungsbeklagter zu 2., Revisionsbeklagter zu 2.
und Nebenintervenient auf der Seite der Klägerin,

pp.

Beklagter zu 1., Berufungsbeklagter zu 1. und Revisionsbeklagter zu 1.,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. September 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Breinlinger, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter sowie die ehrenamtlichen Richter Burr und Dr. Bloesinger für Recht erkannt:

1. Die Revisionen der Klägerin und des Beklagten zu 2. als ihres Nebenintervenienten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 14. Mai 2013 - 5 Sa 72/12 - werden zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Revisionsverfahrens hat die Klägerin, die der Nebenintervention hat der Nebenintervenient zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung und in diesem Zusammenhang insbesondere darüber, ob das ursprünglich zwischen dem Beklagten zu 2. und der Klägerin bestehende Arbeitsverhältnis ab Ende September 2011 auf den Beklagten zu 1. übergegangen ist.

Die Klägerin war seit 1994 bei dem Beklagten zu 2. in der bis zum 30. September 2011 von ihm betriebenen Tankstelle auf dem Gelände des Überseehafens (Tankstelle ÜH1) mit 40 Wochenstunden zu einem Bruttomonatsentgelt von zuletzt 1.600,00 Euro als Mitarbeiterin im Tankstellen-Shop beschäftigt.

Diese Tankstelle war 1994 von dem Mineralölunternehmen T GmbH (T) auf dem von der Hafenentwicklungsgesellschaft gepachteten Grundstück O-Straße 13 errichtet und an den Beklagten zu 2. verpachtet worden. Eine Hauptverkehrsachse von den Überseefähren zur Autobahn läuft in der Nähe

vorbei. Bis Herbst 2011 war sie - mit Ausnahme einer Automatentankstelle „A“ mit geringem Umsatz - die einzige Tankstelle auf dem Gelände des Überseehafens. Der Beklagte zu 2. verkaufte in seinem Tankstellenbetrieb Kraft- und Schmierstoffe im Namen und auf Rechnung der T und erhielt dafür eine Provision von den Umsätzen. Zuletzt vermittelte er für T einen Jahresumsatz von 17.507.000,00 Euro. Der Tankstelle angeschlossen waren ein in eigener Regie des Beklagten zu 2. betriebener Shop mit Reiseutensilien, Lebensmitteln und einem Imbiss. Insgesamt beschäftigte er acht Arbeitnehmer/innen in Vollzeit und acht Aushilfskräfte. Mit einigen umsatzstarken Stammkunden aus dem Hafenbereich hatte der Beklagte zu 2. sog. Stationsverträge geschlossen, die ein Tanken gegen Rechnung und zu Sonderkonditionen ermöglichten. Zudem konnten Kunden, wie an allen Tankstellen von T, mit sog. „m“-Karten bezahlen; der Zahlungsfluss erfolgte dabei unmittelbar zwischen den jeweiligen Tankkunden und T. Laut einer Stammkundenanalyse (unter Auswertung der Sicherheitsdateien der Kassens Journale für die Zeit vom 1. Oktober 2010 bis 30. September 2011) hatte die Tankstelle ÜH1 einen Stammkundenanteil von 86 %. Zum 30. September 2011 kündigte T das Pachtverhältnis mit dem Beklagten zu 2., der seit dem 1. Oktober 2011 keine Tankstelle mehr betreibt.

T baute anschließend die Tankstelle ÜH1 zu einer reinen, von ihr selbst betriebenen Automatentankstelle mit je einer Säule für Diesel und AdBlue um. Dort kann nur noch per Karte (drei im Speditionsgewerbe übliche Karten, darunter „m“) bezahlt werden. Der Beklagte zu 1. führt für T eine Alarm-Überwachung dieser Automatentankstelle durch.

Die Hafenentwicklungsgesellschaft hatte vor dem Herbst 2011 ein weiteres Grundstück im Überseehafen an T zur Errichtung einer Tankstelle (Tankstelle ÜH2) verpachtet. Die neu erbaute Tankstelle liegt etwa 800 Meter entfernt von der Tankstelle ÜH1. An ihr laufen zwei Hauptverkehrsadern zur Autobahn vorbei. Der Beklagte zu 1. erhielt den Zuschlag als Pächter und betreibt sie seit Ende September/Anfang Oktober 2011. Das Gebäude, die Organisation und die Verträge sind ähnlich gestaltet wie bei der Tankstelle ÜH1. Nahrungsmittellieferungen werden vom gleichen Tankstellen-Lieferanten bezogen. Von der Tank-

stelle ÜH1 übernahm der Beklagte zu 1. nur Kochtöpfe. Stationsverträge hat er weder abgeschlossen noch übernommen. Der Beklagte zu 1. ging nicht auf eine Gemeinschaftsbewerbung aller Mitarbeiter der Tankstelle ÜH1 ein. Nach Einzelbewerbungen auf seine Stellenausschreibung stellte er drei bis vier frühere Beschäftigte in Vollzeit und vier bis fünf als Aushilfen mit schlechteren Arbeitsbedingungen ein. Die Klägerin war nicht darunter.

Mit Schreiben vom 5. September 2011 kündigte der Beklagte zu 2. das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und der Klägerin „für den Fall, dass kein Betriebsübergang vorliegt“ zum 30. September 2011. Mit Schreiben vom 18. Oktober 2011 kündigte er erneut - zum nächst zulässigen Termin - und berief sich auf betriebsbedingte Gründe.

Mit ihrer gegen den früheren Arbeitgeber und gegen den neuen Tankstellenpächter gerichteten Klage, in deren Verfahren der frühere Arbeitgeber - der Beklagte zu 2. - jedenfalls zuletzt auch als Nebenintervenient auf Seiten der Klägerin aufgetreten ist, hat die Klägerin die Auffassung vertreten, ihr Arbeitsverhältnis bestehe ab Ende September 2011 nach erfolgtem Betriebsübergang mit dem Beklagten zu 1. fort. Beide Kündigungen des Beklagten zu 2. seien mangels Kündigungsgrundes und wegen Betriebsübergangs unwirksam. Der „Kern der Wertschöpfung“ einer Tankstelle liege im Verkauf von Kraftstoffen auf und für Rechnung des jeweiligen Mineralölkonzerns. Der jeweilige Pächter sei Provisionsempfänger in wirtschaftlicher und rechtlicher Abhängigkeit vom Mineralölkonzern. T habe 2011 lediglich seine alte Tankstelle im Überseehafen - einschließlich der darin befindlichen alten, „abgewirtschafteten“ sächlichen Betriebsmittel - durch eine neue in unmittelbarer Nähe ersetzt und dabei den Pächter gewechselt. Insofern sei die Situation vergleichbar mit der der Übertragung der Alleinvertriebsberechtigung von Kraftfahrzeugen einer bestimmten Marke, was vom EuGH als ausreichend zur Bejahung eines Betriebsübergangs betrachtet worden sei. Zu dem danach wesentlichen Umstand der Übereinstimmung der Lieferbeziehung zu T kämen weitere einen Betriebsübergang anzeigende Faktoren hinzu: die Übereinstimmung der Ausstattung beider Tankstellen einschließlich der Anzahl der Zapfsäulen, der Bezug von Nahrungsmitteln

teln für Shop und Bistro bei demselben Lieferanten und die gleichbleibenden Kundenbeziehungen. 99 % der Kunden der alten tankten seit Herbst 2011 an der neuen Tankstelle. Das gelte insbesondere für die Stammkunden aus dem Überseehafen und für die zentrale Bedeutung des Fährverkehrs von und nach Skandinavien. Durch die Lage der neuen Tankstelle an einer zweiten Hauptverkehrsachse habe sich die Kundschaft nicht verändert. Die Anzahl der übernommenen Mitarbeiter indiziere hier zwar keinen Betriebsübergang, spreche aber auch nicht dagegen. Die Übernahme der Gesamtbelegschaft sei bewusst vermieden worden.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt

8

1. festzustellen, dass mit Wirkung ab dem 26. September 2011 zwischen dem Beklagten zu 1. und der Klägerin ein Arbeitsverhältnis zu den Konditionen des Arbeitsvertrags zwischen dem Beklagten zu 2. und der Klägerin besteht;
2. den Beklagten zu 1. zu verurteilen, die Klägerin zu den Bedingungen des Arbeitsvertrags mit dem Beklagten zu 2. weiterzubeschäftigen;
3. festzustellen, dass die mit Schreiben vom 5. September 2011 ausgesprochene Kündigung des Beklagten zu 2. unwirksam ist.

Der Beklagte zu 2. hat als Nebenintervenient auf der Seite der Klägerin ihren ersten Klageantrag unterstützt. Ein Betriebsübergang zum Beklagten zu 1. liege vor. Hätte die Mineralölgesellschaft die Tankstelle unter Beibehaltung des Standortes abgerissen und neu aufgebaut, läge bei Pächterwechsel ohne Frage ein Betriebsübergang vor. Es habe im Wege der Ersetzung alter durch neue ein Übergang der wesentlichen Betriebsmittel - Erdtanks, Tanksäulen, Leitungen, flüssigkeitsdichte Fahrbahn, Preismast, Kassenhäuschen mit Shop, Wassereimer, Reinigungsschwämme, Papier- und Handtuchspender - von der alten auf die neue Tankstelle stattgefunden. Die Standortverlagerung von 800 Metern stehe dem nicht entgegen. Aus einer Kundenbefragung - angefertigt auf Beweisbeschluss des Landgerichts Hamburg für ein Klageverfahren zum Handelsvertreterausgleichsanspruch zwischen dem Beklagten zu 2. und T -

9

ergebe sich, dass die Stammkunden der alten zur neuen Tankstelle gewechselt seien. Es komme nicht darauf an, ob am neuen Standort neue Kunden hinzugekommen seien. Die nur eingeschränkte Personalübernahme spreche nicht gegen einen erfolgten Betriebsübergang; der Beklagte zu 1. habe durch das Angebot wesentlich schlechterer Arbeitsbedingungen einen weiteren Personalwechsel verhindert.

Der Beklagte zu 1. hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, dass die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs nicht vorliegen. Die Pacht funktionsgleicher Gegenstände von einer Mineralölgesellschaft reiche dafür nicht aus. Kundenbeziehungen seien nicht übergegangen. Ein wesentlicher Teil der Kundschaft der alten sei nicht zur neuen Tankstelle gewechselt. So nutzten einige bisherige gewerbliche Kunden der Tankstelle ÜH1 nun die dort verbliebene Automatentankstelle. Das vom Beklagten zu 2. zur Akte gereichte Gutachten (Kundenbefragung) sei nicht repräsentativ. Daraus gehe zudem eine weit geringere Stammkundenübereinstimmung hervor als die, die der Beklagte zu 2. behaupte. 10

Das Arbeitsgericht ist nicht von einem Betriebsübergang ausgegangen und hat festgestellt, dass die Kündigung vom 5. September 2011 das Arbeitsverhältnis erst zum 31. März 2012 beendet hat. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufungen der Klägerin und des Beklagten zu 2. zurückgewiesen. Dem tritt die Klägerin mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision entgegen, unterstützt vom Beklagten zu 2. als Nebenintervenienten. 11

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist unbegründet. 12

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Ein Betriebsübergang von dem Beklagten zu 2. auf den Beklagten zu 1. sei nicht erfolgt. Wesentliche Gesichtspunkte der Wertschöpfung einer 13

Tankstelle seien - zusammengekommen - Ort und Inventar der Tankstelle, der Kundenstamm und die Arbeitnehmer. Diese Aspekte sprächen hier nicht für einen Betriebsübergang. Weder materielle Betriebsmittel noch eine wesentliche Zahl von Arbeitnehmern seien übernommen worden, der Kundenkreis sei nicht im Wesentlichen gleich. Die für einen Betriebsübergang sprechenden Umstände - gleiche Lieferanten, gleiche Branche, vergleichbare Organisation und von T mutmaßlich geplante zeitliche Nähe der Schließung der alten und der Eröffnung der neuen Tankstelle - reichten nicht aus.

Diese Entscheidung stehe mit dem Urteil Merckx und Neuhuys des EuGH (7. März 1996 - C-171/94 - Slg. 1996, I-1253) im Einklang. Die Sachverhalte seien unterschiedlich. Im damaligen Fall sei ein Übergang der Ford-Autohäuser im Großraum Brüssel auf Standorte in anderen Gemeinden bei Übernahme von 14 von 64 Arbeitnehmern als Betriebsübergang angesehen worden. Jedoch seien im Fall Merckx und Neuhuys Exklusivvertriebsrechte für ein bestimmtes Gebiet übertragen worden, während vorliegend eine Änderung von einer Tankstelle mit T-Alleinvertrieb im Hafengebiet zu einer Tankstelle erfolgt sei, die mit einer T-Automatentankstelle konkurrieren müsse. Auch liege bei Personenkraftwagen eine stärkere Markenbindung vor als bei Treibstoff. Der Prozentsatz der Wissensträger unter den Arbeitnehmern sei bei Autohäusern außerdem erheblich höher als bei Tankstellen. Demgegenüber fielen bestehende Ähnlichkeiten der Fallgestaltungen - Entzug der Vertriebsberechtigung bei gleichzeitiger Vergabe einer ähnlichen Vertriebsberechtigung, ohne dass Übernahme von Arbeitnehmern, Betriebsmitteln und Ort klar für einen Betriebsübergang sprächen - nicht wesentlich ins Gewicht. 14

B. Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung stand, sodass die Revision zurückzuweisen ist. 15

I. Die Nebenintervention des Beklagten zu 2. erfüllt die Voraussetzungen von §§ 66, 70 ZPO iVm. § 46 Abs. 2 ArbGG. Dabei muss die Erklärung des Beitritts (§ 70 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 ZPO) nicht wörtlich und ausdrücklich erfolgen (BAG 31. Januar 2008 - 8 AZR 10/07 - Rn. 30 mwN; vgl. BGH 16. Januar 16

1997 - I ZR 208/94 - zu II 1 der Gründe; 10. März 1994 - IX ZR 152/93 - zu II 2 der Gründe). Es genügt eine dem Sinne nach eindeutige Äußerung, aus der sich die aktive Beteiligung am Prozess auf einer bestimmten Seite ergibt (vgl. BAG 31. Januar 2008 - 8 AZR 10/07 - Rn. 30 mwN). Unerheblich ist, dass das Landesarbeitsgericht die Nebenintervention nicht als solche erkannt hat. Die gebotene Auslegung der Prozessserklärungen - hier die der Antragstellung und -begründung des Beklagten zu 2. - in ihrer Wirkung insbesondere auf die Prozessbeteiligten (zu diesem Maßstab vgl. BAG 31. Januar 2008 - 8 AZR 10/07 - Rn. 30 mwN) kann grundsätzlich auch noch in einer späteren Instanz erfolgen (vgl. BGH 10. März 1994 - IX ZR 152/93 - zu II 2 der Gründe). Vorliegend haben zudem sowohl der Beklagte zu 2. als auch die Klägerin und der Beklagte zu 1. in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat diese Auslegung der erfolgten Prozessserklärungen des Beklagten zu 2. als zutreffend und mit ihrer Wahrnehmung übereinstimmend bestätigt. Als Nebenintervenient der Klägerin ist der Beklagte zu 2. zur Revisionseinlegung befugt (ua. BAG 31. Januar 2008 - 8 AZR 10/07 - Rn. 27 mwN).

II. Die Revisionen der Klägerin und ihres Nebenintervenienten sind nicht 17
begründet. Das Landesarbeitsgericht ist von den Grundsätzen der ständigen
Rechtsprechung zum Betriebsübergang ausgegangen und hat sie zutreffend
auf den Streitfall angewendet.

1. Ein Betriebsübergang oder Betriebsteilübergang iSv. § 613a Abs. 1 18
BGB und im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG liegt vor, wenn ein neuer Rechts-
träger eine bestehende wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fort-
führt (vgl. EuGH 6. März 2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 30 mwN; BAG
22. August 2013 - 8 AZR 521/12 - Rn. 40 mwN; 15. Dezember 2011 - 8 AZR
197/11 - Rn. 39 mwN). Dabei muss es um eine auf Dauer angelegte Einheit
gehen, deren Tätigkeit nicht auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens
beschränkt ist. Um eine solche Einheit handelt es sich bei jeder hinreichend
strukturierten und selbständigen Gesamtheit von Personen und Sachen zur
Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigenem Zweck (EuGH 6. März

2014 - C-458/12 - [Amatori ua.] Rn. 31 f. mwN). Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgebenden Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- oder Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu (näher EuGH 15. Dezember 2005 - C-232/04 und C-233/04 - [Güney-Görres und Demir] Rn. 35, Slg. 2005, I-11237; BAG 22. August 2013 - 8 AZR 521/12 - Rn. 40 ff. mwN). Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit ihre Identität bewahrt, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören namentlich die Art des Unternehmens oder Betriebs, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeiten. Diese Umstände sind jedoch nur Teilaspekte der vorzunehmenden Gesamtbewertung und dürfen deshalb nicht isoliert betrachtet werden (vgl. ua. EuGH 20. Januar 2011 - C-463/09 - [CLECE] Rn. 34 mwN, Slg. 2011, I-95; BAG 23. Mai 2013 - 8 AZR 207/12 - Rn. 22; 15. Dezember 2011 - 8 AZR 197/11 - Rn. 39). Kommt es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft an, kann eine strukturierte Gesamtheit von Arbeitnehmern trotz des Fehlens nennenswerter materieller oder immaterieller Vermögenswerte eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Wenn eine Einheit ohne nennenswerte Vermögenswerte funktioniert, kann die Wahrung ihrer Identität nach ihrer Übernahme nicht von der Übernahme derartiger Vermögenswerte abhängen. 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 (EuGH 6. September 2011 - C-108/10 - [Scattolon] Rn. 49, Slg. 2011, I-7491; BAG 22. August 2013 - 8 AZR 521/12 - Rn. 41). Hingegen stellt die bloße Fortführung der Tätigkeit durch einen anderen (Funktionsnachfolge) ebenso wenig einen Betriebsübergang dar wie die reine Auftragsnachfolge (vgl. EuGH

20. Januar 2011 - C-463/09 - [CLECE] Rn. 36, aaO; BAG 23. September 2010 - 8 AZR 567/09 - Rn. 30). Kommt es im Wesentlichen auf die Betriebsmittel wie etwa das Inventar an, dann kann ein Übergang einer ihre Identität bewahrenden Einheit auch ohne Übernahme von Personal vorliegen (vgl. EuGH 20. November 2003 - C-340/01 - [Abler ua.] Rn. 37, Slg. 2003, I-14023; BAG 22. August 2013 - 8 AZR 521/12 - Rn. 42). Ohne Bedeutung ist, ob das Eigentum an den eingesetzten Betriebsmitteln übertragen worden ist (EuGH 20. November 2003 - C-340/01 - [Abler ua.] Rn. 41 mwN, aaO; BAG 11. Dezember 1997 - 8 AZR 426/94 - zu B I der Gründe, BAGE 87, 296). Der Begriff „durch Rechtsgeschäft“ des § 613a BGB ist wie der Begriff „durch vertragliche Übertragung“ in Art. 1 Abs. 1a der Richtlinie 2001/23/EG (dazu ua. EuGH 7. März 1996 - C-171/94 - [Merckx und Neuhuys] Rn. 28, Slg. 1996, I-1253; 6. September 2011 - C-108/10 - [Scattolon] Rn. 63, aaO) weit auszulegen, um dem Zweck der Richtlinie - dem Schutz der Arbeitnehmer bei einer Übertragung ihres Unternehmens - gerecht zu werden. So ist es nicht erforderlich, dass zwischen Veräußerer und Erwerber unmittelbar vertragliche Beziehungen bestehen; die Übertragung kann auch unter Einschaltung eines Dritten, wie zB des Eigentümers oder des Verpächters, erfolgen (ua. EuGH 20. November 2003 - C-340/01 - [Abler ua.] Rn. 39 mwN, aaO).

Die Bewertung der maßgeblichen Tatsachen ist nach Unionsrecht Sache der nationalen Gerichte (vgl. ua. EuGH 15. Dezember 2005 - C-232/04 und C-233/04 - [Güney-Görres und Demir] Rn. 35, Slg. 2005, I-11237) und im deutschen Arbeitsrecht Sache der Tatsacheninstanzen, die dabei einen Beurteilungsspielraum haben (vgl. ua. BAG 18. August 2011 - 8 AZR 312/10 - Rn. 21, BAGE 139, 52).

19

2. Unter Beachtung dieser Grundsätze hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler einen Betriebsübergang iSv. § 613a BGB auf den Beklagten zu 1. verneint.

20

a) Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass die vom Beklagten zu 2. bis zum 30. September 2011 betriebene Tankstelle ÜH1

21

eine abtrennbare wirtschaftliche Einheit mit eigener Identität war. Dies sehen die Parteien im Übrigen nicht anders. Es handelt sich bei dieser Tankstelle, die über eine eigene Leitung (den Beklagten zu 2. als Pächter) verfügte, um eine hinreichend strukturierte und selbständige Gesamtheit von Personen (neben dem Beklagten zu 2. acht Arbeitnehmer/innen in Vollzeit und acht Aushilfskräfte) und Sachen (ua. die übliche Tankstellenausstattung mit Erdtanks, acht Zapfsäulen, spezieller Fahrbahn, Überdachung, Preismast, Shop mit Tankstellenkasse) zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigenem Zweck. Dieser Zweck war insbesondere der Verkauf von Kraft- und Schmierstoffen - im Namen und auf Rechnung der T - sowie der in eigener Regie betriebene Verkauf diverser weiterer Artikel bis hin zu Lebensmitteln und zubereiteten Mahlzeiten im Bistro. Wesentliche Lieferantenbeziehungen bestanden zu T - gleichzeitig Verpächter der Tankstelle - und, in Bezug auf Nahrungsmittel für Shop und Bistro, zu einem bestimmten Tankstellen-Lieferanten. Laut einer Stammkundenanalyse hatte die Tankstelle einen Stammkundenanteil von 86 %, davon hatten einige umsatzstarke Stammkunden aus dem Bereich des Überseehafens sog. Stationsverträge mit dem Beklagten zu 2. geschlossen, die ein Tanken auf Rechnung und zu Sonderkonditionen ermöglichten.

b) Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, nach der diese bis Ende September 2011 bestehende wirtschaftliche Einheit nicht unter Wahrung ihrer Identität vom Beklagten zu 1. fortgeführt wird, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 22

aa) Für die Feststellung eines Betriebsübergangs im Hinblick auf das gesetzliche Tatbestandsmerkmal „durch Rechtsgeschäft“ kann grundsätzlich die vertragliche Beziehung eines bisherigen und eines zukünftigen Tankstellenpächters zu T ausreichen. 23

bb) Das Landesarbeitsgericht hat bei seiner Gesamtbewertung der maßgeblichen Tatsachen fehlerfrei die Art des betroffenen Tankstellenbetriebs berücksichtigt und geschlossen, dass hier nicht ausreichend Teilaspekte für einen Betriebsübergang sprechen. 24

(1) Die Art des Betriebs und die Produktions- oder Betriebsmethoden unterscheiden sich nicht bei den beiden 800 Meter voneinander entfernt gelegenen Tankstellen ÜH1 und ÜH2. Darin liegt jedoch kein besonders für einen Betriebsübergang sprechender Umstand einer Betriebsidentität, da Tankstellen - insbesondere, wenn sie wie hier zur selben Mineralölgesellschaft gehören - regelmäßig eine gleiche oder ähnliche Struktur aufweisen. 25

(2) Angesichts der besonderen Anlagen, die für den Betrieb einer Tankstelle erforderlich sind (ua. spezielle Erdtanks, Zapfsäulen, Fahrbahn, Überdachung), hat das Landesarbeitsgericht zutreffend deren Nichtübernahme durch den Beklagten zu 1. als einen wesentlichen Gesichtspunkt angesehen, der gegen einen Betriebsübergang spricht. 26

Dies wird nicht durch das von der Klägerin und dem Beklagten zu 2. vorgebrachte Argument entkräftet, wonach in einem hypothetischen Fall des Pächterwechsels unter Beibehaltung des Tankstellenstandortes trotz Umbau - mit Abriss und Neuaufbau der Tankstelle - ein Betriebsübergang iSv. § 613a BGB gegeben wäre. Ob ein Betriebsübergang vorliegt, ist regelmäßig eine Frage der Gesamtbewertung der Umstände. Sprechen in dem angeführten hypothetischen Fall andere Umstände - wie die Beibehaltung des Betriebszwecks am selben Standort - als Teilaspekte für einen Betriebsübergang, kann einer Ersetzung (Nichtübernahme) von Betriebsmitteln, die in die Jahre gekommen sind, eine andere Bedeutung in der Gesamtbewertung zukommen als vorliegend. 27

(3) Ebenso zutreffend hat das Landesarbeitsgericht erkannt, dass die Übernahme eines Teils der Belegschaft hier nicht für einen Betriebsübergang spricht. Es ist weder behauptet worden noch ersichtlich, dass es sich insofern um Arbeitnehmer mit einer besonderen, speziellen Qualifikation handelt. Also könnte nur eine etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft ein für die Annahme eines Betriebsübergangs sprechender Teilaspekt der vorzunehmenden Gesamtbewertung sein. Eine Übernahme der Hauptbelegschaft ist jedoch nicht erfolgt. Von acht Arbeitnehmer/innen in Vollzeit sind nur drei bis vier zum Be- 28

klagen zu 1. gewechselt, also die Hälfte oder weniger. Das stellt nicht die „Hauptbelegschaft“ dar. Ein anderes Bild ergibt sich nicht durch Berücksichtigung des Wechsels von Aushilfskräften. Ohne dass hier eine Auseinandersetzung mit deren Stundenaufkommen und Bedeutung für den Betrieb erforderlich wäre, ist eine Übernahme von vier bis fünf von acht kein Umstand, der die Übernahme der Hauptbelegschaft anzeigen könnte.

Soweit die Klägerin und der Beklagte zu 2. hervorheben, ein Teil der Belegschaft sei durch das Angebot schlechterer Arbeitsbedingungen davon abgehalten worden, für den Beklagten zu 1. zu arbeiten, ergibt sich daraus nichts anderes. Nur wenn ausreichend Umstände in der vorzunehmenden Gesamtbewertung für einen Betriebsübergang sprechen, könnten nicht übernommene Beschäftigte, die der wirtschaftlichen Einheit angehören, die vom neuen Inhaber unter Wahrung ihrer Identität fortgeführt wird, sich mit Erfolg auf § 613a BGB berufen.

29

(4) Auch eine Übernahme von Kundschaft spricht hier nicht als Teilaspekt einer Gesamtbewertung für einen Betriebsübergang. Die sog. Stationsverträge, die der Beklagte zu 2. mit Stammkunden aus dem Hafenbereich geschlossen hatte, hat der Beklagte zu 1. nicht übernommen und auch nicht mit denselben Kunden in Fortsetzung neu abgeschlossen. Auch Kundenbeziehungen in Gestalt einer exklusiven Vertriebsberechtigung für ein bestimmtes Gebiet wie im Fall *Merckx und Neuhuys* (*EuGH 7. März 1996 - C-171/94 - Slg. 1996, I-1253 zu Autohäusern mit Ausrichtung auf einen bestimmten Autohersteller*) liegen hier nicht vor. Bei Treibstoff fehlt es an einer vergleichbaren Markenbindung wie bei Automarken. Selbst wenn eine solche unterstellt würde, sind im Bereich des Überseehafens mittlerweile zwei Tankstellen von T vertreten, nämlich die vom Beklagten zu 1. betriebene Tankstelle ÜH2 und - als Konkurrenz, wenn auch im Umfang reduziert - die auf Automatenbetrieb umgestellte Tankstelle ÜH1.

30

Fehlen nach allem gewichtige, die Identität der wirtschaftlichen Einheit der Tankstelle ÜH1 betreffende und mit der Tankstelle ÜH2 weitergeführte Teilaspekte, die einen Betriebsübergang anzeigen könnten, und fehlt es zudem an

31

einer besonderen, eine Ortsveränderung überstehenden „Markenbindung“, macht vorliegend der isolierte Umstand einer eventuell hohen Übereinstimmung von Tankkunden, an deren Weg die alte Tankstelle lag und die neue womöglich liegt, keinen mit Durchschlagskraft für einen Betriebsübergang sprechenden Umstand aus.

(5) Entgegen der Auffassung des Beklagten zu 2. und Nebenintervenienten auf Seiten der Klägerin besteht kein Anlass für ein Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH. Der Rechtsprechung des EuGH, die der Senat ebenso wie das Landesarbeitsgericht herangezogen hat, sind die zur Entscheidung über die Subsumtionsfragen notwendigen Vorgaben zum Verständnis von § 613a BGB in Ansehung der Richtlinie 2001/23/EG und ggf. der Vorgängerregelungen zu entnehmen. 32

cc) Weitere, den Tankstellenbetrieb zuvor und hernach prägende Aspekte hat weder die Klägerin noch ihr Nebenintervenient hervorgehoben. Eine besondere Prägung des Betriebs durch den Tankstellen-Shop und/oder den Imbiss sind nicht vorgetragen worden. Im Gegenteil hat die Klägerin geäußert, der „Kern der Wertschöpfung“ liege vorliegend im Verkauf von Kraftstoffen auf und für Rechnung des jeweiligen Mineralölkonzerns. 33

III. Da kein Betriebsübergang vorliegt, hat die Kündigung vom 5. September 2011 des Beklagten zu 2., dessen Tankstellenbetrieb stillgelegt ist, das Arbeitsverhältnis aufgelöst. Dies haben die Vorinstanzen zutreffend erkannt. Die Formulierung „für den Fall, dass kein Betriebsübergang vorliegt“ ist als vorsorgliche Kündigung oder auch als Ausdruck einer Rechtsbedingung (*zusammenfassend ErfK/Müller-Glöge 14. Aufl. § 620 BGB Rn. 22 mwN*) unproblematisch. Das Arbeitsgericht ist bei seiner Entscheidung von der nach § 622 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 BGB zutreffenden Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Ende eines Kalendermonats ausgegangen. 34

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 101 ZPO. 35

Hauck

Breinlinger

Winter

Burr

Bloesinger