

4 Sa 819/13
13 Ca 13012/12
(ArbG München)

Verkündet am: 06.02.2014

Reuther
Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

K.

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwältin O.

gegen

1. Firma A.

- Beklagte zu 1 und Berufungsbeklagte zu 1 -

2. Firma B.

- Beklagte zu 2 und Berufungsbeklagte zu 2 -

Prozessbevollmächtigte:

zu 1:
Rechtsanwälte Dr. H.

zu 2:
B. e. V.

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 6. Februar 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Burger und die ehrenamtliche Richterin Rinck sowie den ehrenamtlichen Richter Jonietz

für Recht erkannt:

- I. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 1. August 2013 – 13 Ca 13012/12 – wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.**

- II. Die Revision wird nicht zugelassen.**

Tatbestand:

Der Kläger macht die Feststellung des Bestandes eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 2 als Auftraggeberin eines „Dienstleistungsvertrages“ mit der Beklagten zu 1 als seiner ursprünglichen Arbeitgeberin kraft gesetzlicher Fiktion, nebst Verurteilung der Beklagten zu 2 zur Weiterbeschäftigung und Abrechnung der Arbeitsvergütung, hilfsweise die Rechtsunwirksamkeit einer ordentlichen Kündigung der Beklagten zu 1 geltend.

Die Beklagte zu 2 schloss mit der Beklagten zu 1 dieses Verfahrens als Auftragnehmerin einen „Dienstleistungsvertrag B.“ vom 07./22.05.2007 für den Zeitraum vom 01.01.2007 bis 31.12.2009 (Anl. B1 im vom Arbeitsgericht hinzuverbundenen Verfahren, früheres Aktenzeichen 13 Ca 3224/13, dort Bl. 39-BI. 82 d. A.), nach dem der Beklagten zu 1 „Dienstleistungen für das B. E. und das B. M. sowie im Rahmen der Werkführung im B.“ übertragen wurden. Dieser Vertrag wurde durch weiteren Vertrag vom 22.03.2010 (Anl. B2 im hinzuverbundenen Verfahren, dort Bl. 83-BI. 125 d. A.) für den Zeitraum vom 01.10.2010 bis 31.12.2012 verlängert. Zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Dienstleistungsvertrag gründete die Beklagte zu 1 einen, nach ihrer Ansicht: eigenständigen, Betrieb „B. Kunden- und Besuchermanagement“, in dem insgesamt ca. 179 Beschäftigte dieser Beklagten tätig waren. Der Kläger wurde von der Beklagten zu 1 mit Arbeitsvertrag vom 31.07.2007 (Anl. K1, Bl. 8-BI. 14 d. A.) im Rahmen dieses Dienstleistungsvertrages zum 01.09.2007 eingestellt. Dort ist als Tätigkeitsinhalt angegeben: „Mitarbeiter am Bell

Desk in der B.“; seine Tätigkeiten sollten näher in der Identifizierung und Begrüßung der Kunden/Fahrzeugabholer sowie der Betreuung hinsichtlich aller Fragen, der Planung und Durchführung der Gepäcklogistik und des Valet Parkings und der Rücknahme von Mietwagen (u.a.) bestehen. Der Kläger, der Ersatzmitglied des in diesem Betrieb bestehenden siebenköpfigen Betriebsrates und im Oktober 2012 dessen nachgerücktes Mitglied war, erhielt von der Beklagten zu 1 zuletzt eine Vergütung von 0.000,00 € brutto/Monat. Nachdem die Beklagte zu 2 die Beklagte zu 1 am 19.09.2012 darüber unterrichtet hatte, dass der laufende Dienstleistungsvertrag nicht mehr verlängert und damit zum 31.12.2012 enden werde, fasste die Beklagte zu 1 – so ihr Vorbringen – am 22.10.2012 einen „Gesellschafterbeschluss“ (Anlage B3, Bl. 51 d. A.), nach dem ihr Betrieb „B.“ zum 31.12.2012 stillgelegt und allen Arbeitnehmern noch im Oktober 2012 deswegen betriebsbedingt gekündigt werden solle. Jeweils unter dem 23.10.2012 schlossen die Betriebsparteien einen Interessenausgleich mit Namensliste – enthaltend auch den Namen des Klägers – (Anl. B2, Bl. 44-Bl. 50 d. A.) sowie einen Sozialplan (Anl. K4, Bl. 60-Bl. 66 d. A.). Mit Schreiben vom 25.10.2012 (Anl. K2, Bl. 15 d. A.) kündigte die Beklagte zu 1 das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger „ordentlich betriebsbedingt“ zum 31.12.2012.

Nachdem der Kläger mit Klageschriftsatz vom 14.11.2012 Kündigungsschutzklage gegen diese Kündigung eingereicht hatte, erhob er sodann mit Klageschriftsatz vom 18.03.2013 auch Feststellungsklage gegen die Firma B. AG – die nunmehrige Beklagte zu 2 des vorliegenden Verfahrens -, nebst Klage auf Weiterbeschäftigung gegen diese und Abrechnung der von dieser geschuldeten Arbeitsvergütung mit der Begründung, dass er ungeachtet des Bestehens eines Dienstleistungs- oder Werkvertrages zwischen beiden Beklagten fest in die Arbeitsorganisation der von der Beklagten zu 2 unterhaltenen B. eingliedert, er deshalb eigentlich im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung seitens der nunmehrigen Beklagten zu 1 dort für die nunmehrige Beklagte zu 2 beschäftigt gewesen und im Hinblick darauf, dass die Beklagte zu 1 erst ca. im August 2009 die für eine Arbeitnehmerüberlassung erforderliche Erlaubnis gemäß § 1 AÜG erhalten habe, der Arbeitsvertrag mit dieser gemäß § 9 Ziff. 1 AÜG unwirksam und ab Beginn seines Arbeitsvertrages (01.09.2007) damit gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ein Arbeitsvertrag mit der Beklagten zu 2 zustande gekommen sei. Nach Verbindung beider Rechtsstreitigkeiten durch Beschluss des Arbeitsgerichtes vom 31.05.2013 verfolgt der Kläger diese Anträge gegen die Firma B. AG als nunmehrige Beklagte zu 2 vorrangig, wobei er hilfsweise die Rechts-

unwirksamkeit der ordentlichen betriebsbedingten Kündigung der Beklagten zu 1 vom 25.10.2012 geltend macht.

Wegen des unstreitigen Sachverhalts im Übrigen und des streitigen Vorbringens sowie der Anträge der Parteien im ersten Rechtszug wird auf den ausführlichen Tatbestand des angefochtenen Endurteils des Arbeitsgerichtes München vom 01.08.2013, das der Prozessbevollmächtigten des Klägers am 13.09.2013 zugestellt wurde, Bezug genommen, mit dem dieses die Klage mit der Begründung abgewiesen hat, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2 kein Arbeitsverhältnis kraft Fiktionswirkung im Sinne seiner Hauptanträge begründet worden sei, da die zwischen beiden Beklagten ab 01.01.2007 abgeschlossenen Dienstleistungsverträge nicht die Überlassung von Arbeitnehmern zum Gegenstand gehabt hätten und auch nicht nach der tatsächlichen Durchführung der Dienstleistungsverträge ein Leiharbeitsverhältnis begründet worden sei. Der insoweit beweisbelastete Kläger habe dies nicht substantiiert dargetan, da er seine Eingliederung in den Betrieb der Beklagten zu 2 sowie das Erteilen von Weisungen durch diese bzw. deren Bevollmächtigte nur pauschal behauptet habe und auch im Übrigen keine ausreichenden Indizien für das Bestehen eines Leiharbeitsvertrages vorlägen. Der Kläger sei vielmehr ausschließlich in den von der Beklagten zu 1 eigens gegründeten Betrieb eingegliedert gewesen, wobei es naturgemäß Schnittstellen zu Tätigkeitsbereichen der Beklagten zu 2 gegeben habe. Ebenso wenig sei der Hilfsantrag auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung der Beklagten zu 1 vom 22.10.2012 begründet, da diese weder aus formellen Gründen unwirksam – es sei nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen hier der Geschäftsführer der Beklagten, der diese Kündigung unterzeichnet habe, nicht (allein) hierzu befugt gewesen sein solle – noch gemäß § 1 KSchG sozial ungerechtfertigt sei, da der von dieser Beklagten gegründete eigene Betrieb mit eigener Organisationsstruktur und eigenem Betriebsrat, in dem der Kläger allein eingesetzt gewesen sei, unstreitig zum 31.12.2012 stillgelegt worden sei und im Übrigen aufgrund der Namensliste zum Interessenausgleich gemäß § 1 Abs. 5 KSchG vermutet werde, dass dringende betriebliche Erfordernisse der Kündigung zugrunde lägen. Aufgrund Kündigung sämtlicher Arbeitnehmer dieses Betriebes sei eine Sozialauswahl entbehrlich gewesen. Hinsichtlich einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Unternehmen der Beklagten zu 1 habe der Kläger das Vorhandensein freier Stellen im Zeitpunkt der Kündigung nicht substantiiert dargetan. Auch § 15 KSchG stehe der Kündigung nicht entgegen, ebenso wenig

eine fehlende Massenentlassungsanzeige oder eine fehlerhafte Anhörung des Betriebsrats.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers mit Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 09.10.2013, am selben Tag zunächst per Telefax beim Landesarbeitsgericht München eingegangen, zu deren Begründung er nach auf deren Antrag erfolgter Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis 13.12.2013 mit, am selben Tag wiederum zunächst per Telefax beim Landesarbeitsgericht München eingegangenem, Schriftsatz vom 09.12.2013 ausführen hat lassen, dass das Arbeitsgericht hinsichtlich seiner Hauptanträge verkannt habe, dass die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses zwischen beiden Beklagten sehr wohl als Arbeitnehmerüberlassung zu beurteilen gewesen sei, da er in den Betrieb der Beklagten zu 2 eingegliedert gewesen sei und darüber hinaus auch direkt von der Beklagten zu 2, ohne Einbindung der von der Beklagten zu 1 beschäftigten Projektleiterin, telefonisch und persönlich Weisungen erhalten habe. Nach einer Gesamtbetrachtung der maßgeblichen tatsächlichen Durchführung der Dienstleistungsverträge und unter Berücksichtigung der Grundsätze seiner sekundären Darlegungs- und Beweislast sei von einer eigentlich erfolgten Arbeitnehmerüberlassung auszugehen, weil er sowohl an den Infocountern Süd und Nord der B. als auch am dortigen Bell Desk am Eingang Süd, während der jeweiligen Öffnungszeiten der B., in denen in Schichten gearbeitet worden sei, eingesetzt gewesen sei. Sowohl die auszuübende Tätigkeit als auch die Arbeitszeit und die Räumlichkeiten seien von der Beklagten zu 2 vorgegeben gewesen. Seine dortigen Aufgaben seien im Arbeitsvertrag mit der Beklagten zu 1 konkretisiert gewesen. Ihm seien die gesamten Arbeitsmittel für die Bearbeitung der Aufträge ausschließlich von der Beklagten zu 2 zur Verfügung gestellt worden (Telefon/Telefonanlage, Countereinrichtung, Papier, Stifte, Hard- und Software, Gepäckwagen, Verbrauchsmaterial, Kompensationsscheine bei Kundenbeschwerden u.a.). Zur internen und externen Kommunikation habe jeder Mitarbeiter einen eigenen E-Mail-Account im B.-System gehabt. Während seiner Beschäftigungszeit seien immer wieder sog. Wissens-tests seitens der Beklagten zu 2 durchgeführt worden. Diese sei auch beim Einstellungsgespräch des Klägers am 20.07.2007 anwesend gewesen, wobei deren Mitarbeiterin dieses wesentlich mitgeführt habe. Schäden an den Einrichtungen der B. seien nach Meldung an deren Facility Management geregelt worden. Der auf einen Einsatz am Bell Desk und am Info-Counter begrenzte Aufgabenbereich des Klägers sei ausschließlich von der

Beklagten zu 2 festgelegt worden. Dieser habe mit Arbeitnehmern der Beklagten zu 2 zusammengearbeitet, teilweise unter Überschneidung der Tätigkeitsbereiche. Fast alle Mitarbeiter beider Beklagter hätten sich geduzt. Es habe auch gemeinsame Feste gegeben. Die sechs Wochen vor Eröffnung der B. erfolgten Schulungen hätten fast ausschließlich in den Räumen der Beklagten zu 2 in deren Hauptverwaltung im Hochhaus am P. und in der H. in M. stattgefunden und seien ausschließlich von Mitarbeitern der Beklagten zu 2 abgehalten worden. Die Mitarbeiter der Beklagten zu 1 hätten weitgehend uneingeschränkt Zugang zu den Räumlichkeiten im Verwaltungstrakt der B., der auch von der Beklagten zu 2 selbst genutzt worden sei, gehabt, mit Ausnahme des Bereiches der Customer Care Büros, der nur für die Mitarbeiter der Beklagten zu 2 zugänglich gewesen sei. Dienstkleidung und Namensschilder seien identisch bzw. ähnlich denjenigen der Beklagten zu 2 unmittelbar gewesen. Die Repräsentation des „B. Brand Behaviour“ sei für alle Mitarbeiter/innen der B. von der Beklagten zu 2 entsprechend vorgegeben worden, ohne dass nach außen hin erkennbar gewesen sei, dass es sich um unterschiedliche Beschäftigte verschiedener Arbeitgeber gehandelt habe. Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichtes seien die „äußeren“ Merkmale für die Frage der Abgrenzung von Leiharbeit und Dienstleistungsvertrag nicht irrelevant – hierdurch werde gerade der Wille aufgezeigt und erkennbar, wie die Beschäftigten in den Betrieb mit eingegliedert sein sollten. Dies beinhalte ein mittelbares Weisungsrecht der Beklagten zu 2 durch Inanspruchnahme einer „vermittelnden Person“, der Teamleitung der Beklagten zu 1 als zwischengeschalteter Aufsichtsperson. Entscheidungserheblich für die Weisungen sei nicht, wer diese ausspreche, sondern von wem diese herrührten. Insgesamt sei der Kläger deshalb jahrelang in den Räumlichkeiten des Betriebes der Beklagten zu 2, , zu den von dieser vorgegebenen Arbeitszeiten und mit von dieser festgelegten Servicetätigkeiten, eingesetzt, in deren Betrieb damit vollständig eingegliedert gewesen. Da die Beklagte zu 1 zu Beginn der Beschäftigung des Klägers unstreitig (noch) keine Überlassungserlaubnis gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG gehabt habe, sei entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts aufgrund der gesetzlichen Fiktion des § 10 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 9 Nr. 9 AÜG von Anfang an ein Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten zu 2 und dem Kläger zustande gekommen. Das Arbeitsgericht sei auch unzutreffend von der Unzulässigkeit des Klageantrages zu 3 ausgegangen – dieser sei dahin auszulegen, dass der Kläger die Abrechnung der Vergütung für eine entsprechende Tätigkeit auf der Basis des bei der Beklagten zu 2 angewandten Vergütungssystems begehre, das dem Kläger nicht bekannt sei. Hilfsweise sei jedenfalls die von der Beklagten

zu 1 ausgesprochene Kündigung vom 15.10.2012 zum 31.12.2012 unwirksam. Diese leide bereits am gerügten formellen Mangel, dass das Kündigungsschreiben nicht zusätzlich von der Projektleiterin, der die personellen Angelegenheiten in dem extra gegründeten Betrieb ausschließlich übertragen worden seien, wenigstens mitunterzeichnet worden sei. Wenn, wie hier, die personellen Angelegenheiten vollständig auf eine andere Person übertragen würden, verbleibe es bei der übertragenen Befugnis an diese Person als Kündigungsberechtigter, sodass zur Abgabe einer wirksamen Willenserklärung diese zumindest mitzuunterzeichnen habe. Genau dies sei bei Abschluss des Arbeitsvertrages mit dem Kläger geschehen gewesen. Angesichts des Unternehmensgegenstandes der Beklagten zu 1, die nunmehr auch die Erlaubnis für die Arbeitnehmerüberlassung besitze, sei der Auffassung des Arbeitsgerichtes nicht zuzustimmen, dass der Arbeitsvertrag ausschließlich Einsatzbereiche im Bereich des Betriebes B. gemeint habe. Dieser sei mit der Beklagten zu 1 als GmbH insgesamt abgeschlossen. Dass der Interessenausgleich auf die Namensliste Bezug nehme und umgekehrt, reiche nicht aus, um einen Nachweis dahin zu führen, dass diese mit dem Interessenausgleich fest verbunden gewesen sei, wie unverändert gerügt werde. Damit hätte eine Sozialauswahl über das gesamte Unternehmen der Beklagten zu 1 erfolgen und geprüft werden müssen, ob dem Kläger eine freie gleichwertige Stelle zur Verfügung gestellt werden könne. Es sei nicht seine Aufgabe vorzutragen, ob eine freie Stelle im Unternehmen der Beklagten zu 1 vorhanden gewesen sei. Auch im Falle einer Betriebsstilllegung stelle die Kündigungserlaubnis nach § 15 Abs. 4 KSchG keinen absoluten Kündigungsgrund dar, weshalb in diesem Fall eine Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes bei Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung in einem anderen Betrieb des Unternehmens unzulässig sei. Die Beklagte zu 1 habe noch andere Unternehmensbereiche, darüber hinaus die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Da diese Beklagte dem Betriebsrat keine Informationen über eine Prüfung einer möglichen Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des Klägers in einem anderen Betrieb des Unternehmens oder im Wege der Arbeitnehmerüberlassung zukommen habe lassen, werde unverändert eine fehlerhafte Betriebsratsanhörung gemäß § 102 BetrVG gerügt.

Der Kläger beantragt,

- 1) festzustellen, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2) seit dem 1.9.2007 ein unbefristetes ungekündigtes Arbeitsverhältnis besteht,**

- 2) die Beklagte zu 2) zu verurteilen, den Kläger als Mitarbeiter am Bell Desk und Info-Counter in der B. M. weiterzubeschäftigen,**
- 3) die Beklagte zu 2) zu verurteilen, die dem Kläger für seine Tätigkeit seit dem 1.9.2007, hilfsweise seit dem 1.1.2010, zustehende Arbeitsvergütung abzurechnen,**
- 4) für den Fall, dass die Anträge Ziffer 1) – Ziffer 3) abgewiesen werden, hilfsweise festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1) durch die Kündigung der Beklagten zu 1) vom 25.10.2012 nicht beendet wurde.**

Die Beklagte zu 2 trägt zur Begründung ihres Antrages auf Zurückweisung der Berufung unter Verteidigung der Ausführungen des Arbeitsgerichtes vor, dass der Kläger als Erfüllungsgehilfe der Beklagten zu 1 auf der Grundlage der zwischen dieser und der Beklagten zu 2 geschlossenen Dienstleistungsverträge eingesetzt gewesen sei, die keine Arbeitnehmerüberlassung zum Gegenstand gehabt hätten. Entgegen seiner Auffassung liege die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen von Umständen, aus denen sich eine Arbeitnehmerüberlassung ergeben sollte, beim Kläger, der sich hierauf berufen habe. Er erkenne, dass die von ihm aufgezeigten Umstände für die Fragen der Eingliederung und der Weisungsgebundenheit ohne Belang seien. Die Beklagte zu 2 habe die gesamte Abwicklung des Kunden- und Besuchermanagements an den Counter-Terminals im Erdgeschoss der B. an externe Dienstleister vergeben und insofern den fremd vergebenen Vertragsgegenstand bestimmt. Jedoch sei der Einsatz der Fremdmitarbeiter hinsichtlich Art, Ablauf und Einteilung der Arbeiten allein von der Beklagten zu 1 koordiniert und geplant worden, nur diese habe über den Einsatz ihrer Mitarbeiter disponiert. Nach dem Inhalt der Dienstleistungsverträge seien die Mitarbeiter der Beklagten zu 2 gerade nicht weisungsbefugt gegenüber den Mitarbeitern der Beklagten zu 1 gewesen. Auch tatsächlich habe die Beklagte zu 1 die ihr im Rahmen der Erfüllung der Dienstleistungsverträge obliegenden Aufgaben wahrgenommen, darunter die Weisungs- und Personalhoheit gegenüber ihren Mitarbeitern. Die Beklagte zu 2 habe dem Kläger keine Vorgaben, insbesondere keine Weisungen zur Anwesenheit zu einer bestimmten Zeit erteilt. Für den Klä-

ger sei es auch nicht zu Überschneidungen der Tätigkeitsbereiche mit Mitarbeitern der Beklagten zu 2 gekommen. Er bestätige selbst, dass sein Aufgabenbereich klar auf einen Einsatz am Bell Desk und am Info-Counter begrenzt gewesen sei. Der Bell Desk sei sowohl für die Steuerung des Valet-Parking (Verparkservice für Fahrzeugabholer) als auch für das Gepäckhandling verantwortlich gewesen. Sowohl die E-Mail-Adresse des Klägers als auch seine Arbeitskleidung etc. hätten sich von denjenigen der Mitarbeiter der Beklagten unterschieden. Als Dienstleister in der B. hätten die Mitarbeiter der Beklagten zu 1 Arbeitsmittel, die sie zur Erfüllung ihrer vertraglichen Leistungen bei der Betreuung der Kunden der Beklagten zu 2 benötigt hätten, zur Verfügung gestellt bekommen – was einem Dienstleistungsvertrag nicht entgegenstehe. Schulungen seien kein Indiz für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung, was umso mehr gelten müsse, wenn es, wie hier, um die Vermittlung spezifischen B.-know-hows gehe, das die Beklagte zu 1 auf dem freien Markt nicht einkaufen hätte können. Am Bewerbungsgespräch mit dem Kläger teilnehmende Mitarbeiter der Beklagten zu 2 hätten dort lediglich eine beobachtende Rolle gehabt. Das Arbeitsgericht habe auch zutreffend erkannt, dass der vom Kläger gestellte Antrag zu Ziffer 2 mangels hinreichender Bestimmtheit unzulässig sei.

Die Beklagte zu 1 trägt zur Begründung auch ihres Antrages auf Zurückweisung der Berufung vor, dass das Arbeitsgericht zutreffend eine Unwirksamkeit der Kündigung aus formellen Gründen verneint habe, da diese vom alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer der Beklagten zu 1 unterzeichnet gewesen sei. Weder die Vollmacht zur Kündigungsberechtigung des damaligen Projektleiters noch eine etwaige interne Organisationsverteilung führten zu einer Vertretungsbeschränkung. Der gesetzliche Kündigungsschutz sei betriebsbezogen ausgestaltet. Bei der Prüfung des Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit sei auf die Verhältnisse des Betriebes abzustellen. Wie das Arbeitsgericht richtig erkannt habe, sei § 2 des Arbeitsvertrages dahingehend auszulegen, dass ein Einsatz des Klägers ausschließlich im eigenständigen Betrieb „B. Kunden- & Besuchermanagement“ möglich gewesen sei. Die Stilllegung dieses Betriebes zum 31.12.2012 sei unstrittig. Auf die Vermutungsregelung des § 1 Abs. 5 KSchG komme es deshalb nicht an. Auch sei das Arbeitsgericht richtig davon ausgegangen, dass die, aufrechterhaltene, Behauptung des Klägers, es habe an einer festen Verbindung der Namensliste mit dem Interessenausgleich gefehlt, unverändert unsubstantiiert und unbeachtlich sei. Die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz im Unter-

nehmen habe die Beklagte zu 1 bereits erstinstanzlich verneint, ohne dass der Kläger nunmehr eine solche aufgezeigt hätte. Bei einer vollständigen Betriebsschließung sei eine Sozialauswahl entbehrlich. Das Arbeitsgericht habe den besonderen Kündigungsschutz des Klägers als Betriebsratsmitglied berücksichtigt und dabei auch etwaige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Unternehmen in Betracht gezogen. Das unverändert unsubstantiierte Bestreiten einer ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung sei deshalb unbeachtlich. Dies gelte umso mehr, als der Kläger als Betriebsratsmitglied selbst umfassend informiert und involviert gewesen sei.

Wegen des Vorbringens der Parteien im Zweiten Rechtszug im Übrigen wird auf den Inhalt der Schriftsätze vom 09.12.2013 – nebst der damit vorgelegten Anlagen -, vom 16.01.2014 und vom 30.01.2014 sowie auf die ergänzende Einlassung der Beklagten zu 1 im Rahmen ihrer Parteienanhörung in der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren gemäß der entsprechenden Feststellungen in der Sitzungsniederschrift vom 06.02.2014 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg.

I.

Die gem. § 64 Abs. 2 ArbGG statthafte Berufung der Beklagten ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und daher zulässig (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO).

II.

Die Berufung des Klägers ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat im Ergebnis zutreffend und ausführlich und überzeugend begründet entscheiden – worauf deshalb zunächst Bezug genommen wird (§ 69 Abs. 2 ArbGG) -, dass weder ein Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten zu 2 kraft Fiktion im Sinne seiner Hauptanträge zustande

gekommen (dazu 1.) noch die, deshalb entscheidungserhebliche, Kündigung der Beklagten zu 1 als rechtsunwirksam anzusehen ist (dazu 2.). Vor allem im Hinblick auf das weitergehende Vorbringen des Klägers in seiner Berufungsbegründung wird im Anschluss an die überzeugenden Ausführungen des Arbeitsgerichtes im Wesentlichen lediglich ergänzend auf folgendes hingewiesen:

1. Das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2 als Rechtsträgerin/Betreiberin der „B.“ in M., zum 01.09.2007 als Zeitpunkt der Einstellung des Klägers bei der Beklagten zu 1, kraft Fiktion gemäß §§ 9 Ziff. 1, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG wegen eigentlichen Vorliegens eines Leiharbeitsvertrages im Sinne des AÜG scheidet aus.

a) Der Arbeitnehmer kann das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zu einem Entleiher nach den Vorschriften des AÜG mit der allgemeinen Feststellungsklage geltend machen (ständ. Rspr. des BAG, etwa U. v. 24.05.2006, 7 AZR 365/05, Juris – Rz. 14, m. w. N. -).

b) Wie das Arbeitsgericht bereits näher ausgeführt hat, hatte der Kläger einen Arbeitsvertrag nur mit der Beklagten zu 1 abgeschlossen. Der Dienstleistungsvertrag – beide Dienstleistungsverträge - zwischen der Beklagten zu 1 als Auftragnehmerin und Vertragsarbeitgeberin des Klägers und der Beklagten zu 2 als Auftraggeberin dieser Dienstleistungsverträge hatte nicht die Überlassung von Arbeitnehmern zum Gegenstand. Vielmehr handelte es sich sowohl nach deren Inhalt als auch nach deren tatsächlicher Handhabung um Dienstverträge im Rechtssinne.

Eine Überlassung zur Arbeitsleistung i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 AÜG liegt dann vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen. Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages im Sinne des AÜG ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat.

Hiervon ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrages zu unterscheiden. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig und organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrages eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen hier nach wie vor den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen – der Auftraggeber kann jedoch, wie sich aus § 645 Abs. 1 S. 1 BGB ergibt, dem Werkunternehmer oder dessen Erfüllungsgehilfen selbst Anweisungen für die Ausführung des Werkes erteilen – entsprechendes gilt für Dienstverträge. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht erfasst.

Über die rechtliche Einordnung des Vertrages zwischen dem Dritten und dem Arbeitgeber entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspricht. Die Vertragsschließenden können das Eingreifen zwingender Schutzvorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht dadurch vermeiden, dass sie einen vom tatsächlichen Geschäftsinhalt abweichenden Vertragstyp wählen.

Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch aus einer abweichenden praktischen Durchführung des Vertrages ergeben. Widersprechen sich beide, so ist die tatsächliche Durchführung des Vertrages maßgebend, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse ziehen lassen, von welchen Rechten oder Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie wirklich gewollt haben. Der so ermittelte wirkliche Wille der Vertragsparteien bestimmt den Geschäftsinhalt und damit den Vertragstyp. Einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung sind zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts nur geeignet, wenn es sich dabei nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt (BAG, zul. U. v. 18.01.2012, 7 AZR 723/10, AP Nr. 10 zu § 9 AÜG – Rzn. 26 f, m. w. N. -; vgl. auch LAG Baden-Württemberg, U. v. 01.08.2013, 2 Sa 6/13, NZA 2013, S. 1017 f).

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass jedenfalls nach der tatsächlichen Durchführung des, hier, Dienstleistungsvertrages eigentlich vom Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG zwischen der Beklagten zu 1 und der Beklagten zu 2 auszugehen wäre, trägt – wie die Beklagte zu 2 in ihrem Berufungsbeantwortungsschriftsatz unter Bezugnahme auf eine Entscheidung der Berufungskammer zutreffend ausgeführt hat (LAG München, U. v. 13.09.2007, 4 Sa 340/07 – II. 1. c) der Gründe, m. w. N. -) – der Kläger – wenngleich die Beklagten gehalten sein können, im Rahmen ihrer sekundären Behauptungslast (§ 138 Abs. 2 ZPO) substantiiertes Vorbringen des Klägers ihrerseits qualifiziert zu bestreiten (etwa: LAG Baden-Württemberg, U. v. 01.08.2013, aaO – Rz 87 -).

c) Von vorstehenden Grundsätzen ausgehend erweist sich das Vorbringen des Klägers auch in seiner Berufung, selbst bei dessen Wahrunterstellung, unverändert als nicht ausreichend zur Begründung der Annahme, dass jedenfalls nach der tatsächlichen Durchführung des Dienstleistungsvertrages zwischen den Beklagten und hierbei vor allem, wie für die rechtliche Einordnung des Vertrages in erster Linie maßgeblich, die Weisungen – das Weisungsrecht – bei der Ausführung der Arbeitsleistung des Klägers in der B. in M., jedenfalls im Wesentlichen, eigentlich durch die Beklagte zu 2, deren dortige Repräsentanten, gegenüber dem Kläger erteilt/ausgeübt wurden.

aa) Es ist ohne Entscheidungserheblichkeit, dass die Beklagte zu 1 nach Abschluss des Arbeitsvertrages mit dem Kläger mit Wirkung vom 01.09.2007 dann im Jahr 2008 oder, wie er selbst annimmt, im Jahr 2009 nachträglich die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG erhielt: Jedenfalls war der Kläger ersichtlich unverändert im Rahmen der Durchführung des Dienstleistungsvertrages zwischen der Beklagten zu 1 und der Beklagten zu 2 tätig und nicht auch, oder später, alternativ (?) als Leiharbeiter im Sinne des AÜG.

bb) Auch unter Zugrundelegung des Vorbringens des Klägers ist zur Überzeugung der Berufungskammer davon auszugehen (§ 286 Abs. 1 ZPO), dass die Arbeitnehmer der Beklagten zu 1 bei der Durchführung deren Dienstleistungsvertrages/Dienstleistungsverträge, den ihr dadurch zugewiesenen Dienstleistungsaufgaben bei der Gäste-

betreuung in der B. in M. und – hinsichtlich des Klägers – bei der logistischen Betreuung der Fahrzeugselbstabholer, zwar mit den in der B. tätigen Mitarbeitern der Beklagten zu 2 – im Einzelfall notwendig auch eng - arbeitsteilig zusammengearbeitet haben, dies jedoch maßgeblich im Rahmen der Abwicklung und Koordination des Dienstleistungsvertrages zwischen beiden Beklagten geschah und keine wesentlichen Weisungsrechte seitens der Beklagten zu 2 gegenüber dem Kläger unmittelbar ausgeübt wurden.

(1) Der Wortlaut/Inhalt des Dienstleistungsvertrages vom 07./22.05.2007, wie der sich anschließende Dienstleistungsvertrag vom 22.03.2010, legten ausdrücklich fest, wie die Beklagte zu 1) dessen Durchführung die von ihr hierfür beschäftigten Arbeitnehmer einzusetzen hatte.

Dort war näher geregelt, dass

- die Beklagte zu 1 als Auftragnehmerin dieses Dienstleistungsvertrages sicherzustellen habe, dass ihr vor Ort eingesetztes Personal jederzeit ein einwandfreies Bild des Unternehmens der Auftraggeberin – der hiesigen Beklagten zu 2 – gewährleiste und sie geeignetes Personal stets in ausreichendem Maß zur Verfügung halten werde,
- der Ausführungsverantwortliche der Beklagten zu 1 die Auftragsdurchführung selbst plane, koordiniere und überwache und für die Beklagte zu 2 als Ansprechpartner zur Verfügung stehe ...,
- die Beklagte zu 1 als Auftragnehmerin verpflichtet sei, zur Durchführung aller vertraglichen Leistungen ausschließlich zuverlässiges, qualifiziertes und geschultes Personal, nach näheren Anforderungen hinsichtlich Personal und dessen Qualifikation (...) gemäß Leistungsverzeichnis, einzusetzen,
- die Beklagte zu 1 die Beklagte zu 2 rechtzeitig über die geplante Personalbesetzung und jeden Personalwechsel zu informieren und Umbesetzungen des Personals schriftlich unter Angabe des Qualifikationsprofils anzuzeigen habe,

- 15 -

- die Beklagte zu 1 dafür Sorge zu tragen habe, dass das von ihr eingesetzte Personal hinsichtlich seines Aufgabenbereiches und seiner Ortskenntnisse ausreichend geschult und weiterqualifiziert sei/werde,
- die Beklagte zu 1 weiter sicherzustellen habe, dass der Projektleiter die Weisungsbefugnis über ihre Mitarbeiter sowie etwaige Nachunternehmer innehabe und die Mitarbeiter der Beklagten zu 2 gegenüber den Mitarbeitern der Beklagten zu 1 und ggf. deren Nachunternehmer nicht weisungsbefugt seien, usw.

(insbesondere: § 8 – „Personaleinsatz des AN“ – beider Dienstleistungsverträge).

(2) Auch hinsichtlich der, im Zweifel, entscheidenden Durchführung des Dienstleistungsvertragsverhältnisses zwischen beiden Beklagten kann selbst unter Zugrundelegung des Vorbringens des Klägers nicht, entgegen dessen Wortlaut/Inhalt, von einer eigentlich in wesentlichen durch Repräsentanten der Beklagten 2 erfolgten Ausübung des Weisungsrechtes unmittelbar gegenüber den Arbeitnehmern der Beklagten zu 1 – hier insbesondere dem Kläger – ausgegangen werden.

Sein Vorbringen vor allem auch in der Berufung lässt sich im Wesentlichen dahin zusammenfassen, dass es im Tatsächlichen eine, ggf. im Einzelfall sehr enge, arbeitsteilige Zusammenarbeit zwischen den Mitarbeitern der Beklagten zu 1 und der Beklagten zu 2 im Rahmen des Besucher- und Fahrzeugabholservices dort im Erdgeschoss der B. in M. gegeben habe. Dies betraf offensichtlich sowohl den Einsatz des Klägers dort an den Info-Countern (Süd und Nord) als auch am dortigen Bell Desk bzw. bei der Abwicklung des Kunden- und Besuchermanagements an den Counterterminals im Erdgeschoss der B.: Nach dem unwiderlegt gebliebenen Vorbringen der Beklagten handelt es sich beim „Bell Desk“ um den Anmeldecounter für Kunden der Beklagten zu 2, die ihr gekauftes Neufahrzeug direkt in der B. abholen, wie dies im Arbeitsvertrag des Klägers mit der Beklagten zu 1 hinsichtlich des Arbeitsablaufs näher festgehalten ist: Identifizierung, Begrüßung der Kunden/Abholer sowie Betreuung hinsichtlich aller Fragen nach Planung und Durchführung der Gepäcklogistik und des Valet-Parkings und der Rücknahme von Mietwagen, Aufgaben des Infocounters insbesondere hinsichtlich „Beauskunftung“, Ticketing...: dort § 2. Mit dem eigentlichen Fahrzeugabholvorgang – Übergabe des Fahrzeugs,

Einweisung in dessen Bedienung/Technik etc. – hatte die Beklagte zu 1, deren Mitarbeiter, nichts zu tun. Weiter unstreitig (§ 138 Abs. 3 ZPO) hat die Beklagte zu 2 dort hierfür eigene – nach ihrem Vorbringen: hochqualifizierte und geschulte – Mitarbeiter im Wesentlichen aus dem, von ihr so genannten, Bereich „Customer Care“ eingesetzt, die als „Markenbotschafter“ und Deeskalationsstelle tätig und von den Mitarbeitern der Dienstleister wie der Beklagten zu 1 räumlich getrennt sind – die Arbeitsplätze dieser eigenen Mitarbeiter der Beklagten zu 2 befänden sich in der 4. Etage der B., die – unstreitig – nur über co-dierte Fahrstühle zugänglich sind, damit nicht für die Mitarbeiter der Beklagten zu 1, die die Infocounter und den Bell Desk betreuten:

Dass die Arbeitszeiten, auch, des Klägers letztlich von der Beklagten zu 2 vorgegeben waren, ist für die rechtliche Beurteilung dessen Arbeitsverhältnisses im hier maßgeblichen tatsächlichen Sinn irrelevant: Dies ergab sich zwangsläufig aus dem Inhalt der Dienstleistungsverträge, nach dem die Beklagte zu 1 innerhalb der von der Beklagten zu 2 vorgegebenen („Haupt-“)Öffnungszeiten/Kundenbesuchszeiten der B. durchgängig eine vollständige und dienstleistungsvertragskonforme, qualifizierte, Personalbesetzung sicherzustellen hatte; damit musste die Beklagte zu 1 den Kläger innerhalb des mit ihm abgeschlossenen Arbeitsvertrages im Rahmen der ihr vorgegebenen Öffnungszeiten der B. einsetzen.

Auch die Örtlichkeit der B. und der Inhalt der Servicetätigkeiten an den Countern („Bell Desk“ ...) dort sowie die erforderlichen „Arbeitsmittel“ (so der Kläger: Telefonanlage, Einrichtung, Papier, Stifte, Übernahmescheine beim Valet-Parking, Gutscheine, „Streuartikel“, auch: erforderliche Reparaturen für etwa beschädigte Glasscheiben durch Personal der Beklagten zu 2 als Eigentümerin/Auftraggeberin) waren der Beklagten zu 1 durch ihre Dienstleistungsverträge mit der Beklagten zu 2 vorgegeben – stellen damit nicht einmal ein (Anfangs-)Indiz dafür dar, dass entgegen dem Wortlaut/Inhalt der Dienstleistungsverträge eigentlich die Beklagte zu 2 Weisungen unmittelbar gegenüber den von der Beklagten zu 1 in Erfüllung deren Verpflichtungen aus dem jeweiligen Dienstleistungsvertrag eingesetzten Arbeitnehmer (Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB) ausgeübt habe.

Dass bei den Bewerbungsgesprächen des Klägers, wie der anderen Mitarbeiter

der Beklagten zu 1, mit dieser jeweils auch ein Beschäftigter der Beklagten zu 2 zugegen war, ist als solches unstreitig. Selbst wenn – wie streitig – unterstellt wird, dass, so der Kläger, dieser ein gewichtiges, ggf. das ausschlaggebende, Wort bei der Einstellungsentscheidung, der Beklagten zu 1, gehabt haben sollte, führt dies nicht dazu, dass damit bereits arbeitsvertragliche Weisungsrechte der Beklagten zu 2 gegenüber Arbeitnehmern der Beklagten zu 1 direkt ausgeübt worden wären: Wie unter § 8 der Dienstleistungsverträge zwischen den Beklagten jeweils festgehalten, war die Beklagte zu 1 eben verpflichtet „sicherzustellen, dass (ihr) vor Ort eingesetztes Personal jederzeit ein einwandfreies Bild des Unternehmens“ (der Beklagten zu 2) gewährleistete, die Beklagte zu 1 hiernach verpflichtet war, „ausschließlich zuverlässiges, qualifiziertes und geschultes Personal“ (gemäß Leistungsverzeichnis) einzusetzen und dieses „namentlich mit Qualifikation und Aufgabenbereich“ zu benennen usw. Dies dokumentiert insgesamt einen tendenziell engen Spielraum der Beklagten zu 1 bei der Rekrutierung und beim Einsatz ihrer Arbeitnehmer im Rahmen der Erfüllung der Dienstleistungsverträge mit der Beklagten zu 2 – Letztere wollte im Dienstleistungsvertragsverhältnis mit der Beklagten zu 1 ersichtlich vertraglich umfassend sicherstellen, dass diese, angesichts ihrer Ansprüche und Maßstäbe als „Premiumherstellerin“ und im Hinblick auf die Bedeutung der B. für die Außendarstellung der Beklagten zu 2, nur entsprechend ausgesuchtes und versiertes Personal einsetzte. Nicht aber indiziert solches bereits auch einen unmittelbaren „Weisungsdurchgriff“ der Beklagten zu 2 auf die von der Beklagten zu 1 rekrutierten und in Erfüllung ihrer Dienstleistungsverträge eingesetzten Arbeitnehmer: Die Beklagte zu 2 dieses Verfahrens hielt die Beklagte zu 1 im Rahmen des Outsourcings der unmittelbaren Serviceleistungen der B. und des mit ihr deshalb geschlossenen Dienstleistungsvertrages ersichtlich an der „kurzen Leine“ und schrieb ihr, tendenziell penibel, Einzelheiten des Einsatzes ihres Personals vor (was dessen Rekrutierung/Qualifikation/Schulung, dessen Auftreten betraf).

Gleiches gilt für die vom Kläger bezeichneten Schulungen durch Mitarbeiter der Beklagten zu 2 insbesondere vor Eröffnung der B. und sodann deren Weiterqualifizierung: Die Verpflichtung zur Schulungsteilnahme war, vom Kläger nicht dementiert, durch die Beklagte zu 1 als seiner Vertragsarbeitgeberin veranlasst worden; die Durchführung der Schulung, das Lehrpersonal, mag wesentlich von der Beklagten zu 2 vorgegeben gewesen sein – dies indiziert jedoch ebenfalls noch keinen, maßgeblichen, „Weisungsdurchgriff“ dieser Lehrkräfte auf die von der Beklagten zu 1 entsandten Schulungsteilnehmer.

Ebenso wenig kann die vom Kläger in der Berufung betonte Art des kollegialen Umgangs der Arbeitnehmer der Beklagten zu 1 mit denjenigen der Beklagten zu 2 (u.a.) – überwiegendes „Duzen“, gemeinsames Sommerfest „mit allen in der B. und im M. arbeitenden Subunternehmen und allen B. Mitarbeitern, egal ob eigene oder externe“, gemeinsame Weihnachtsfeier 2008 (!) auf dem Betriebsgelände der Beklagten zu 2, organisiert von einem aus Mitarbeitern der Beklagten zu 1 und solchen aller Fremdfirmen zusammengesetzten Organisationsteam – wiederum auch nur indiziell etwas über eine unmittelbare Weisungsrechtsausübung der Beklagten zu 2 gegenüber den Arbeitnehmern der Beklagten zu 1, darunter dem Kläger, aussagen.

Für seine bestrittene Behauptung in der Berufungsbegründung, die Beklagte zu 2 sei unverändert damit einverstanden gewesen, dass der Kläger, wie die anderen Mitarbeiter der Beklagten zu 1, die einzigen Ansprechpartner für die Kunden/Besucher am Bell Desk und an beiden Countern gewesen sei und im Namen der Beklagten zu 2 „hierbei auch eigene Entscheidungen treffen konnten“, ist der Kläger – ausreichende Substantiierung solchen Vorbringens überhaupt unterstellt – jedenfalls beweisfällig geblieben. Gleiches gilt für seine sonstigen allgemeinen Ausführungen, dass in Kenntnis oder Duldung beider Beklagter Arbeitsanweisungen von Mitarbeitern der Beklagten zu 2 unter Umgehung der Projekt-/Teamleiterin der Beklagten zu 1 direkt an deren Mitarbeiter herangetragen worden seien.

Die vom Kläger weiter akzentuierte äußerliche Ähnlichkeit der Dienstkleidung der Mitarbeiter beider Beklagter und der von ihnen getragenen Namensschilder dokumentieren ebenfalls keinerlei Weisungsdurchgriff der Beklagten zu 2 auf die von der Beklagten zu 1 in Erfüllung der Dienstleistungsverträge eingesetzten Arbeitnehmer, sondern wiederum zunächst nur die engen Vorgaben für die Beklagte zu 1 im Rahmen ihrer Outsourcing-Dienstleistungsverträge im Sinne der von der Beklagten zu 2 ersichtlich angestrebten Corporate Identity nach außen.

Das vom Kläger in der Berufungsbegründung weiter bemühte „mittelbare“ Weisungsrecht gegenüber den Arbeitnehmern der Beklagten zu 1 durch „Inanspruchnahme einer zwischengeschalteten Aufsichtsperson, der Teamleitung der Beklagten zu 1“ ver-

weist wiederum im Grundsatz nur auf die Ausgangssituation, dass die Beklagte zu 2 Weisungen (nur) an die Beklagte zu 1 erteilt hat. Dafür, dass erforderliche Abstimmungen – Vorgaben, Weisungen – seitens der Beklagten zu 2 gegenüber der Beklagten zu 1 erfolgt wären, die diese dann nicht autonom gegenüber ihren Beschäftigten, wie den Kläger, via Teamleiterin umgesetzt hat, sondern diese eigentlich nur als Art Botin, als Medium, für eine annähernd ungefilterte Weitergabe der Weisungen der Beklagten zu 2 an die Arbeitnehmer der Beklagten zu 1 diente, fehlt es an ausreichenden Anhaltspunkten. Die Beklagte zu 1 war im Rahmen ihres Dienstleistungsvertragsverhältnisses mit der Beklagten zu 2 hinsichtlich insbesondere der auf sie (partiell) outgesourceten Kundenbetreuung in der B. in M., wie bereits mehrfach ausgeführt, eng an deren Vorgaben gebunden und in deren Unternehmenskonzept eingebunden. Sie musste die engen vertraglichen Vorgaben mit einer Vielzahl eigener Mitarbeiter qualifiziert erfüllen. Dass die Beklagte zu 2 dabei deren Vorgesetztenebene als Mittelsmann, letztlich als „Strohmann“/Boten, für faktisch eigenes Personal benutzt hätte – darauf läuft diese Überlegung des Klägers zu einem „mittelbaren Weisungsrecht“ im Ergebnis hinaus -, scheidet zur Überzeugung der Berufungskammer nach allem aus (§ 286 Abs. 1 ZPO).

cc) Damit kann nicht davon ausgegangen werden, dass eigentlich ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag im Sinne des AÜG zwischen den Beklagten vorgelegen hätte, weshalb der Feststellungsantrag zu 1 und damit die Leistungsklage auf Weiterbeschäftigung gemäß Ziffer 2 der auch in der Berufung gestellten Klageanträge – wie die Berufung des Klägers hiergegen – damit unbegründet sind.

d) Das Arbeitsgericht hat den, unverändert auch in der Berufung gestellten, Klageantrag zu 3., mit dem die Beklagte zu 2 zur Abrechnung der dem Kläger (seit 01.09.2007 bzw. seit 01.10.2010) zustehenden Arbeitsvergütung verpflichtet werden soll, zu Recht mangels erforderlicher Bestimmtheit im Sinne des § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO als damit unzulässig abgewiesen. Wie in der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren erörtert wurde, würde ein Erfolg dieses Klageantrags – im Falle der Begründetheit der Berufung des Klägers hinsichtlich seines Haupt-Feststellungsantrages gegen die Beklagte zu 2 – die Frage, welche Arbeitsvergütung dem Kläger „zustehe“ – damit die Frage seiner tarifgerechten Eingruppierung/Vergütung nach dem gerichtsbekannt bei der Beklagten hier

geltenden Entgelttarifvertrag für die Bayerische Metall- und Elektroindustrie (ERA-TV) -, in unzulässiger Weise ins Vollstreckungsverfahren verlagert werden.

Offen kann damit bleiben, ob diese Anträge – zunächst der Feststellungsantrag hinsichtlich eines Bestandes eines unbefristeten (und „ungekündigten“) Arbeitsvertrages des Klägers mit der Beklagten zu 2 seit dem 01.09.2007 - nicht bereits deshalb als problematisch anzusehen sein müsste, weil der Kläger dann praktisch seit dem Zeitpunkt der Begründung des Arbeitsvertrages mit der Beklagten zu 1 zum 01.09.2007 und somit über fünf Jahre lang dieser gegenüber formal - Gehaltszahlung, Abwicklung von Urlaub usw. – seinen Arbeitsvertrag vollzogen hätte, obwohl nach seiner Ansicht schon seit jeher aufgrund Fiktion der §§ 9, 10 AÜG eigentlich kein Arbeitsverhältnis mit dieser bestanden hätte – was die von Amts wegen zu beachtende Einwendung der Verwirkung seiner entsprechenden Klagebefugnis, jedenfalls seiner Berufung hierauf, begründen könnte (vgl. etwa BAG, U. v. 24.05.2006, 7 AZR 365/05, Juris).

2. Die, damit entscheidungserhebliche, ordentliche Kündigung der Beklagten vom 25.10.2012 zum 31.12.2012 als Zeitpunkt der Beendigung des weiteren Dienstleistungsvertrages zwischen den Beklagten und damit der Stilllegung der von der Beklagten zu 1 zum Zwecke dessen Erfüllung gegründeten Betriebes „B. Kunden- und Besuchermanagement“ – so die Diktion des Klägers selbst – war wirksam erfolgt, weshalb das Arbeitsgericht auch die Kündigungsschutzklage gegen diese Beklagte zu Recht abgewiesen hat.

a) Dass diese Kündigung aus formellen Gründen unwirksam wäre, weil diese nicht, wenigstens auch, von der aktuellen Projektleiterin der Beklagten zu 1 mitunterzeichnet wurde, wie der Kläger einwenden will, ist annähernd abwegig.

Dies würde voraussetzen, dass die Kündigungsberechtigung – zumindest eine „Mitkündigungsberechtigung“, wie der Kläger annehmen will – auf die – jeweilige ! – Projektleiterin/den jeweiligen Projektleiter übertragen worden wäre. Die nach Darstellung des Klägers dem Arbeitsvertrag beigefügte Vollmacht für den dort mitunterzeichnenden, damaligen, Projektleiter vom 12.07.2007 (Anl. K3, Bl. 59 d. A.) enthält jedoch lediglich eine übliche Vollmacht für diesen im Rahmen personeller Angelegenheiten. Weder ist damit die gesetzliche Vertretungsmacht des Organgeschäftsführers der Beklagten, der die Kün-

digung unterzeichnet hat, (§§ 35, 37 GmbHG) etwa, konkludent, restringiert/resorbiert noch wäre solches ohne weiteres auf die spätere Projektleiterin zu übertragen gewesen. Die Überlegungen des Klägers hierzu entbehren deshalb wohl nicht einer gewissen satirischen Note ...

b) Da der Kläger unstreitig in der dem Interessenausgleich vom 23.10.2012 (Anl. B2, Bl. 44 f d. A.) als Anlage beigefügten Namensliste namentlich bezeichnet war, wird damit vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt war (§ 1 Abs. 5 i. V. m. Abs. 2 KSchG).

aa) Das Bestreiten des Klägers, dass die Namensliste in der Anlage (1) zum Interessenausgleich vom 23.10.2012 mit diesem fest verbunden gewesen sei, ist nicht nur, unverändert, ersichtlich ins Blaue hinein erfolgt, sondern auch unerheblich:

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG (vgl. etwa U. v. 12.05.2010, 2 AZR 551/08, NZA 2011, S. 114 f – Rz. 17, m. w. N. -) liegt eine einheitliche formwirksame Urkunde im Sinne des § 112 Abs. 1 S. 1 BetrVG, §§ 125, 126 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 BGB auch dann vor, wenn sowohl Interessenausgleich als auch die ggf. getrennt erstellte Namensliste jeweils von den Betriebsparteien unterzeichnet sind und beide wechselseitig aufeinander verweisen.

Dies ist hier der Fall: Der von der Beklagten vorgelegte Interessenausgleich und die Namensliste als Anlage 1 hierzu jeweils vom 23.10.2012 sind in der vorgelegten Kopie jeweils gesondert jeweils durch beide Geschäftsführer der Beklagten zu 1 einerseits und den Betriebsratsvorsitzenden sowie die stellvertretende Betriebsratsvorsitzende andererseits unterzeichnet – dies zieht der Kläger, der ja zuletzt selbst Betriebsratsmitglied war, als solches auch nicht in Zweifel. Sowohl der Interessenausgleich (dort § 2 Ziff. 1 S. 2 und S. 3) als auch die Namensliste (dort eingangs) verweisen wechselseitig jeweils ausdrücklich auch auf das andere Dokument.

bb) Der Kläger hat die damit bestehende gesetzliche Vermutung für das Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse i. S. d. § 1 Abs. 2 KSchG (§ 1 Abs. 5 S. 1 KSchG) – die sich auf das Nichtvorliegen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit, auch über

den Betrieb hinaus, erstreckt (BAG, etwa U. v. 19.07.2012, 2 AZR 386/11, NZA 2013, S. 333 f – Rzn. 35 f, m. w. N. -) - unverändert nicht widerlegt (§ 292 ZPO), nicht einmal Ansätze hierzu vorgetragen. Hierfür wäre ein substantiiertes Tatsachenvortrag erforderlich, der den gesetzlich vermuteten Umstand nicht nur in Zweifel zieht, sondern ausschließt (BAG, U. v. 15.12.2011, 2 AZR 42/10, NZA 2012, S. 1044 f – Rz. 17, wiederum m. w. N. -).

c) Gleiches gilt für den Sonderkündigungsschutz des Klägers nach § 15 KSchG. Auch hier hat das Arbeitsgericht zutreffend die Voraussetzungen einer Kündigung nach § 15 Abs. 4 (i. V. m. Abs. 5) KSchG bejaht – sofern nicht die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung bereits durch die Anwendung der Vermutungsregel aufgrund der Namensliste zum Interessenausgleich auch insoweit restringiert wäre.

d) Vergleichbares gilt für die soziale Auswahl:

Aufgrund der, formwirksam vereinbarten, Namensliste zum Interessenausgleich vom 23.10.2012 kann die Sozialauswahl grundsätzlich nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden (§ 1 Abs. 5 S. 2, Abs. 3 KSchG).

Auch hier fehlt es jedoch an jeglichem Vorbringen des Klägers – ungeachtet dessen, dass die Sozialauswahl allerdings auf den Betrieb bezogen/beschränkt ist und der Kläger das Bestehen eines eigenen Betriebes: „B. Kunden- & Besuchermanagement“ selbst nicht grundsätzlich in Zweifel zieht (der Kläger war immerhin zuletzt Mitglied des dort eigens gewählten – „betrieblichen“ – Betriebsrats: § 1 Abs. 1 (f) BetrVG ...!).

e) Auch das Bestreiten des Klägers hinsichtlich einer ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats vor Ausspruch der Kündigung ist unverändert nicht ausreichend qualifiziert, wie erforderlich, erfolgt (§ 138 Abs. 3 ZPO):

Wiederum unabhängig davon, dass der Interessenausgleich vom 23.10.2012 ausdrücklich festhält (dort § 3), dass der Betriebsrat – dem der Kläger ja zuletzt selbst angehört hatte – damit bestätigt, dass dieser „im Rahmen der bisherigen Erläuterungen im Zusammenhang mit der beabsichtigten Betriebsstilllegung sowie der Erstellung der Namensliste ... zu allen Kündigungen der dort namentlich genannten Mitarbeiter ordnungsgemäß

gem. § 102 BetrVG angehört wurde“, und dort weiter „erklärt, dass er dem Ausspruch von Kündigungen gegenüber den in der als Anlage 1 beigefügten Namensliste bezeichneten Mitarbeiter zustimmt. Das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG ist damit abgeschlossen. Die Kündigungen können ausgesprochen werden“, enthalten im Übrigen die Einwände des Klägers in seiner Berufungsbegründung (aE) hierzu – die Beklagte habe den Betriebsrat nicht über eine Prüfung möglicher Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten in einem anderen Betrieb des Unternehmens und im Wege der Arbeitnehmerüberlassung informiert – zumal nach den Feststellungen im Interessenausgleich vom 23.10.2012 hierzu lediglich unsubstantiierte, ersichtlich ins Blaue hinein erhobene und damit unerhebliche Behauptungen.

f) Deshalb bleibt die Berufung des Klägers auch insoweit ohne Erfolg.

III.

Der Kläger hat damit die Kosten seiner insgesamt erfolglosen Berufung, hinsichtlich beider Beklagter, zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO).

IV.

Da dem Rechtsstreit über die Klärung der konkreten Rechtsbeziehungen der Parteien hinaus keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, bestand für die Zulassung der Revision gem. § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung.

Gegen dieses Urteil ist deshalb die Revision nur gegeben, wenn sie das Bundesarbeitsgericht auf Grund einer Nichtzulassungsbeschwerde, auf deren Möglichkeit und Voraussetzungen gem. § 72 a ArbGG der Kläger hingewiesen wird, zulassen sollte.

Burger

Rinck

Jonietz