

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 763/12

3 Sa 180/10

Landesarbeitsgericht

Sachsen-Anhalt

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
17. Oktober 2013

## URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. Oktober 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger

sowie die ehrenamtlichen Richter von Schuckmann und Avenarius für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 10. Mai 2012 - 3 Sa 180/10 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, das durch eine ordentliche betriebsbedingte Kündigung der Beklagten beendet worden ist. 1

Die in M ansässige Beklagte ist ein Unternehmen des B-Konzerns. Sie ist Herausgeberin der Tageszeitung „V“ sowie einiger Anzeigenblätter. Im Raum M hat die Beklagte mit einer Vielzahl anderer Unternehmen Dienstleistungsverträge abgeschlossen. Am Standort Ba unterhält sie ein Druckzentrum, in dem die Erzeugnisse der „Me“ hergestellt werden. Eigentümerin der Produktionsmittel am Standort Ba ist die Beklagte. 2

Die Weiterverarbeitung der gedruckten Medien für die Auslieferung hatte die Beklagte seit 1996/97 auf die Ma GmbH und die V D GmbH M (*im Folgenden: VDS GmbH*) übertragen. 3

Unter dem 29. März 1999 hatte die Beklagte mit der VDS GmbH einen Dienstleistungsvertrag geschlossen. Danach war die VDS GmbH von der Beklagten mit Blick auf die im Druckzentrum Ba produzierten verlagseigenen Objekte und deren Vorprodukte mit folgenden Dienstleistungen beauftragt: Kleinpaketfertigung und Postbeutel fertigung, Anleger, Dispatcher/Aufsicht, Paketbildung aus dem Überlauf, Belegversand, Kommissionierung nach den Vorgaben 4

des Auftraggebers sowie Wartung, Pflege und Instandhaltung der Anlagen zur Kleinpaketfertigung.

Außer für die Beklagte erbrachte die VDS GmbH - auf der Grundlage weiterer Dienstleistungsverträge - auch für andere Unternehmen Leistungen, so für die M B GmbH, die I GmbH & KG, die I KG oder die Pr e.K. 5

Im Januar 2007 kündigte die Beklagte den Dienstleistungsvertrag mit der VDS GmbH zum 31. März 2007 und übernahm mit Wirkung vom 1. April 2007 die gesamte Weiterverarbeitung im Druckzentrum Ba wieder in eigene Regie. 6

Die VDS GmbH hatte im Druckzentrum Ba etwa 50 Arbeitnehmer beschäftigt. Die Beklagte setzte die Produktion dort nahtlos fort. Hierbei bediente sie sich einer Vielzahl von Arbeitnehmern des zur „Me“ gehörenden Zeitarbeitsunternehmens P GmbH. Von den Leiharbeitnehmern waren zuvor 30 bei der VDS GmbH beschäftigt gewesen. Ihre übrigen, ehemals im Druckzentrum Ba beschäftigten Arbeitnehmer, denen von der Beklagten der Zutritt auf das Betriebsgelände des Druckzentrums Ba verwehrt worden war, stellte die VDS GmbH ihrerseits von der Arbeit frei. Schließlich kündigte sie deren Arbeitsverhältnisse mit Schreiben vom 30. Juli 2007. 7

Die Klägerin war von September 2002 bis zum 30. Juni 2008 ununterbrochen bei der VDS GmbH beschäftigt und hatte dabei - bis Ende März 2007 - regelmäßig wechselnde Arbeitseinsätze: So verrichtete sie zu 2/3 ihrer Arbeitszeit Tätigkeiten im Büro der VDS GmbH in der E in M. Darunter fielen auch die Rekrutierung von studentischen Hilfskräften, die Planung und Terminierung des Einsatzes von Aushilfskräften, das Erstellen von An- und Abmeldungen von Aushilfskräften zur Krankenkasse und die Eingabe von Angaben aus Stundenzetteln in das einschlägige System. Es ist zwischen den Parteien streitig, inwieweit diese Bürotätigkeit dem Teilbetrieb „Weiterverarbeitung/Kleinpaketfertigung“ gedient hat und in welchem Umfange sie sich auf die im Druckzentrum Ba tätigen 50 Arbeitnehmer bezogen hat. Zu 1/3 ihrer Arbeitszeit war die Klägerin im Druckzentrum Ba tätig, um dort körperliche Arbeiten als 8

„Beipackerin“ und „Anlegerin“ im Bereich „Weiterverarbeitung/Kleinpaketfertigung“ zu erledigen.

Vom 1. April 2007 bis zum 31. Juli 2007 stellte die VDS GmbH die Klägerin von der Arbeit frei bzw. gewährte ihr Urlaub. Ab dem 1. August 2007 beschäftigte sie die Klägerin erneut mit Bürotätigkeiten. Schließlich kündigte die VDS GmbH der Klägerin am 28. April 2008 zum 30. Juni 2008. Die Klägerin setzte sich gegen diese Kündigung nicht zur Wehr. 9

Mit Schreiben vom 4. Juni 2009 machte die Klägerin gegenüber der Beklagten den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses von der VDS GmbH auf die Beklagte geltend und begehrte Fortsetzung ihres Arbeitsverhältnisses. 10

Nachdem die Beklagte den bei ihr bestehenden Betriebsrat mit Schreiben vom 11. Juni 2009 angehört hatte, sprach sie der Klägerin mit Schreiben vom 19. Juni 2009 „vorsorglich für den Fall, dass ein Betriebsübergang auf die M GmbH vorgelegen hat“, eine ordentliche, betriebsbedingte Kündigung aus. 11

Gegen diese Kündigung wandte sich die Klägerin mit einer Kündigungsschutzklage. 12

Die Klägerin meint, die vorsorglich ausgesprochene Kündigung sei unwirksam. Es fehlten Kündigungsgründe; im Übrigen sei der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört worden. Die Klägerin ist weiter der Ansicht, seit dem 1. April 2007 bestehe zwischen ihr und der Beklagten ein im Wege des Betriebsteilübergangs übergegangenes Arbeitsverhältnis. Ihr ursprüngliches Arbeitsverhältnis bei der VDS GmbH sei dem auf die Beklagte übergegangenen Betriebsteil „Weiterverarbeitung/Kleinpaketfertigung“ im Druckzentrum Ba zuzuordnen gewesen. Zu 1/3 habe sie körperliche Arbeit vor Ort in jenem Bereich verrichtet. Soweit sie zu 2/3 Bürotätigkeiten in dem M Büro verrichtet habe, habe sich diese Verwaltungstätigkeit ausschließlich auf den Bereich der Weiterverarbeitung gerichtet. So habe sie für die im Druckzentrum Ba beschäftigten Arbeitnehmer vor allem die Disposition durchgeführt und deren Lohnabrechnungen erstellt. Damit sei ihr Arbeitsverhältnis organisatorisch unmittelbar und ausschließlich der Weiterverarbeitung zugeordnet gewesen. Diese Tätigkeiten seien mit dem Teilbetriebsübergang von der VDS GmbH auf die Beklagte weg- 13

gefallen. Aufgrund ihrer besonderen Eignung sei sie später - nach der Phase der Freistellung bzw. des Urlaubs - von der VDS GmbH weiterbeschäftigt und mit anderen Aufgaben im Büro betraut worden. Ihr Fortsetzungsverlangen sei auch nicht verwirkt.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt

14

festzustellen, dass die Kündigung der Beklagten vom 19. Juni 2009 das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht beendet hat, sondern dieses zu den Bedingungen fortbesteht, die zum 30. März 2007 zwischen der Klägerin und der VDS GmbH bestanden, konkret eine wöchentliche Arbeitszeit von 30 bis 40 Stunden, bei einer durchschnittlichen monatlichen Bruttovergütung von 1.300,00 Euro, wobei die Tätigkeit zu 2/3 in der Verwaltung und zu 1/3 als körperliche Arbeit jeweils im Bereich der Weiterverarbeitung auszuführen ist.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie vertritt die Ansicht, das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der VDS GmbH sei nicht von dem Übergang des Betriebsteils „Weiterverarbeitung/Kleinpaketfertigung“ von der VDS GmbH auf die Beklagte betroffen worden. Das Arbeitsverhältnis sei jenem Bereich nicht zugeordnet gewesen. Es reiche nicht aus, dass die Klägerin - als Mitarbeiterin einer nicht übertragenen Abteilung - für den übertragenen Betriebsteil Tätigkeiten verrichtet habe. Die zu 2/3 im Büro in der Verwaltung der VDS GmbH und nicht im Druckzentrum in Ba ausgeführten Tätigkeiten hätten im Übrigen sämtlichen operativen Bereichen und Aufgaben der VDS GmbH gedient. Schließlich sei aufgrund des Verhaltens der Klägerin die späte Geltendmachung des Betriebsteilübergangs mit Treu und Glauben unvereinbar und für die Beklagte unzumutbar.

15

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter, während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt.

16

## Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist nicht begründet. Ihr Arbeitsverhältnis ist nicht im Wege eines Betriebsteilübergangs von der VDS GmbH auf die Beklagte übergegangen. 17

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine klageabweisende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Das Arbeitsverhältnis der Klägerin sei dem im Druckzentrum Ba angesiedelten Teilbetrieb „Weiterverarbeitung/Kleinpaketfertigung“ nicht zugeordnet gewesen. Schwerpunkt ihrer Tätigkeit seien die in der Verwaltung der VDS GmbH verrichteten „Bürotätigkeiten“ gewesen. Soweit die Klägerin behauptete, die im Büro verrichtete „Hilfe bei der Disposition des Personals und im Zusammenhang mit der Lohnabrechnung“ bzw. die „Dispositions- und Abrechnungsarbeiten“ hätten bis zum 1. April 2007 ausschließlich dem Teilbetrieb „Weiterverarbeitung/Kleinpaketfertigung“ gedient, sei diese Behauptung nicht nachvollziehbar. Die Klägerin habe selbst vorgetragen, dass die VDS GmbH ca. 200 Arbeitnehmer beschäftigte, von denen 50 in dem Druckzentrum Ba eingesetzt gewesen seien. Es sei mithin nicht glaubhaft, dass „Dispositions- und Abrechnungsarbeiten“ für 50 Arbeitnehmer 2/3 der Arbeitszeit der Klägerin ausfüllen konnten. Jedenfalls reiche es für die Zuordnung ihres Arbeitsverhältnisses zu dem übergebenen Betriebsteil „Weiterverarbeitung/Kleinpaketfertigung“ nicht aus, dass die Klägerin als Arbeitnehmerin einer nicht übertragenen Abteilung Tätigkeiten für den übergebenen Betriebsteil verrichtet habe. Zwischen den Parteien habe mithin zu keinem Zeitpunkt ein Arbeitsverhältnis bestanden, sodass die mit Schreiben der Beklagten vom 19. Juni 2009 vorsorglich ausgesprochene Kündigung ein solches auch nicht habe beenden können, sondern „ins Leere gelaufen“ sei. 18

Selbst wenn man zugunsten der Klägerin unterstelle, dass ihr Arbeitsverhältnis mit der VDS GmbH im Wege des Betriebsteilübergangs zum 1. April 2007 auf die Beklagte übergegangen sei, sei ihr Fortsetzungsverlangen wegen Verwirkung ausgeschlossen. 19

- II. Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Zutreffend hat es die Feststellungsklage der Klägerin als unbegründet angesehen. 20
1. Wie der Senat bereits entschieden hat, lag ein Betriebsteilübergang des Bereichs „Weiterverarbeitung/Kleinpaketfertigung“ von der VDS GmbH auf die Beklagte vor (*vgl. BAG 27. Januar 2011 - 8 AZR 326/09 -*). 21
2. Der Klägerin steht der geltend gemachte Feststellungsanspruch nicht zu. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin war dem - nicht übernommenen - Betriebsteil „Verwaltung“ der VDS GmbH, nicht aber dem von der Beklagten übernommenen Betriebsteil „Weiterverarbeitung/Kleinpaketfertigung“ zuzuordnen. 22
- a) Wird nicht der gesamte Betrieb, sondern nur - wie hier - ein Betriebsteil übernommen, muss der Arbeitnehmer dem übertragenen Betriebsteil oder Bereich angehören, damit sein Arbeitsverhältnis gemäß § 613a BGB auf den Erwerber übergeht. Ein Übergang des mit der (Teil)Betriebsveräußerin, der VDS GmbH, bestehenden Arbeitsverhältnisses der Klägerin auf die Beklagte gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB hätte nur dann stattgefunden, wenn die Klägerin dem übergegangenen Betriebsteil zugeordnet gewesen wäre (*allgemeine Meinung, vgl. BAG 18. Oktober 2012 - 6 AZR 41/11 - Rn. 43*). 23
- b) Für die Frage, welchem Betrieb oder Betriebsteil ein Arbeitnehmer zugeordnet ist, kommt es zunächst auf den Willen der Arbeitsvertragsparteien an. Liegt ein solcher weder in ausdrücklicher noch in konkludenter Form vor, so erfolgt die Zuordnung grundsätzlich - ausdrücklich oder konkludent - durch den Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts (*st. Rspr., vgl. BAG 21. Februar 2013 - 8 AZR 877/11 - Rn. 35*). 24
- c) Im Streitfalle steht fest, dass die Klägerin bei der VDS GmbH zugleich in zwei Bereichen - der zentralen Verwaltung in M sowie dem Druckzentrum in Ba - tätig war. 25

Abweichend vom „Normalfall“ einer Zuordnung sind vorliegend zwei Besonderheiten gegeben: Zum einen handelte es sich bei der Klägerin um eine Arbeitnehmerin mit regelmäßig wechselnden Arbeitseinsätzen, da sie - wie zwischen den Parteien unstreitig ist und verbindlich vom Landesarbeitsgericht festgestellt worden ist - „zu zwei Dritteln“ in der Verwaltung und „zu einem Drittel“ in dem übergebenen Bereich der Weiterverarbeitung, und damit an unterschiedlichen Arbeitsorten eingesetzt war. 26

Zum anderen war die Klägerin in einem zentralen Stabs- oder Querschnittsbereich, der Verwaltung, tätig. Dort war sie als Arbeitnehmerin ohne (überbetriebliche) Leitungsfunktion eingesetzt. 27

aa) Entscheidend ist zunächst, in welchem Betriebsteil der Arbeitnehmer vor der (Teil)Betriebsveräußerung überwiegend tätig war. Es kommt auf den Schwerpunkt der Tätigkeit an (*vgl. BAG 24. Januar 2013 - 8 AZR 706/11 - Rn. 66, 68; 27. Januar 2011 - 8 AZR 326/09 - Rn. 32*). 28

bb) Dieser Tätigkeitsschwerpunkt ist nach objektiven Kriterien zu ermitteln. Hierbei ist eine wertende Gesamtbetrachtung aller Elemente vorzunehmen. 29

In erster Linie ist auf den jeweiligen zeitlichen Aufwand und Arbeitseinsatz abzustellen. Hierbei handelt es sich um ein zumeist einfach zu ermittelndes, sachgerechtes quantitatives Kriterium, das im vorliegenden Falle auch die Parteien für die Aufteilung - zwei Drittel zu einem Drittel - zugrunde gelegt haben. Darüber hinaus ist auch der überwiegende Arbeitsort von Bedeutung. 30

cc) Im vorliegenden Falle lag die zeitlich weit überwiegende Beschäftigung der Klägerin und damit der Tätigkeitsschwerpunkt in der Verwaltungstätigkeit. Dies belegen die von der Beklagten vorgelegten und nicht bestrittenen Gehaltsabrechnungen für die Klägerin vom Januar, Februar und März 2007. Danach war die Klägerin im Januar 2007 zu 86,50 Stunden im Büro und zu 40,00 Stunden als „Beipackerin“ im Druckzentrum tätig, im Februar 2007 zu 124,75 Stunden im Büro und zu 53,75 Stunden im körperlichen Einsatz und im März 2007 zu 142,00 Stunden im Büro und mit 48,75 Stunden im Druckzentrum. Dieses Ergebnis wird weiter erhärtet durch eine Betrachtung des Lohnauf- 31

kommens. Die Klägerin geht selbst davon aus, dass von dem durchschnittlich rund 1.300,00 Euro betragenden monatlichen Bruttoverdienst nur ca. 400,00 Euro auf die Tätigkeit im Druckzentrum entfielen. Für die überwiegenden Bürotätigkeiten war der Klägerin ein Arbeitsort in M und nicht im Druckzentrum in Ba zugewiesen.

Unter Berücksichtigung sämtlicher hier heranzuziehender Kriterien lässt sich somit als Tätigkeitsschwerpunkt die Verwaltungstätigkeit feststellen. 32

d) Dass die Klägerin im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit auch Tätigkeiten für einen Betriebsteil der VDS GmbH ausgeübt hat, der auf die Beklagte übergegangen ist, wirkt sich auf ihre Zuordnung zum nicht übergegangenen Bereich „Verwaltung“ nicht aus. 33

aa) Ausgangspunkt für diese Beurteilung ist die vom EuGH und dem Bundesarbeitsgericht praktizierte strukturelle Betrachtungsweise: Es ist stets erforderlich, dass der Arbeitnehmer in den übertragenen Betriebsteil tatsächlich eingegliedert war (*vgl. BAG 7. April 2011 - 8 AZR 730/09 - Rn. 21*), sodass es insbesondere nicht ausreicht, dass er Tätigkeiten für den übertragenen Teil verrichtet hat, ohne in dessen Struktur eingebunden gewesen zu sein (*vgl. BAG 24. Januar 2013 - 8 AZR 706/11 - Rn. 62*). 34

bb) Dies gilt selbst dann, wenn die Tätigkeiten des Arbeitnehmers (nahezu) ausschließlich oder überwiegend dem übergehenden Betriebsteil zugute gekommen sind (*vgl. BAG 24. August 2006 - 8 AZR 556/05 - Rn. 28*). Es kann daher offen bleiben, ob die Klägerin im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit ausschließlich oder nur teilweise für den Betriebsteil „Weiterverarbeitung“ tätig war. Selbst wenn ihre Tätigkeit in der Verwaltung inhaltlich ganz auf den Bereich der Weiterverarbeitung ausgerichtet gewesen wäre, stellte dies lediglich eine konkrete Widerspiegelung des dort verfolgten Arbeitszwecks dar. Eine Betriebszugehörigkeit zum Bereich der Weiterverarbeitung wäre damit nicht zu rechtfertigen. 35

e) Die Klägerin war strukturell allerdings in beide Betriebsteile - Verwaltung und Druckzentrum - eingegliedert. Sie war jeweils in den Arbeitsablauf und die betriebliche Hierarchie der jeweiligen Betriebseinheit integriert, wo sie direkt den jeweiligen Betriebsteilzweck verfolgte und der dort zuständigen Leitungsebene unterworfen war. 36

Die zusätzliche Einbindung in den Teilbereich „Weiterverarbeitung/Kleinpaketfertigung“ genügt jedoch nicht, um sie diesem Bereich zuzuordnen. Diese Einbindung bezog sich nämlich nur auf die dort verrichteten untergeordneten körperlichen Arbeiten und machte nur 1/3 ihrer Tätigkeit aus. Soweit die Klägerin hingegen Verwaltungsaufgaben (auch) für diesen übergegangenen Bereich erledigte, war sie fest in die Struktur der nicht übergegangenen zentralen Verwaltung eingebunden und integriert. 37

3. Es ist schließlich für die Frage der Zuordnung ohne Belang, welches Schicksal das Arbeitsverhältnis der Klägerin nach dem 1. April 2007 erfahren hat. So wie es unerheblich ist, dass ein nach einem Betriebsteilübergang verbleibender „Restbetrieb“ auf Dauer nicht lebensfähig ist oder stillgelegt wird (*vgl. BAG 13. Februar 2003 - 8 AZR 102/02 - zu II 2 c cc der Gründe*), spielt es auch keine Rolle, ob es nach dem Betriebsteilübergang noch die ursprüngliche oder überhaupt eine Verwendung für die Klägerin im Bereich der Verwaltung gegeben hat. 38

4. Nachdem das Arbeitsverhältnis der Klägerin nicht von der VDS GmbH auf die Beklagte übergegangen war, ging die - vorsorgliche - Kündigung der Beklagten vom 19. Juni 2009 ins Leere. 39

5. Deshalb kommt es auch auf die Frage einer eventuellen Verwirkung des von der Klägerin geltend gemachten Anspruchs nicht an. 40

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

41

Hauck

Böck

Breinlinger

v. Schuckmann

F. Avenarius