

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 683/11  
4 Sa 442/10  
Landesarbeitsgericht  
Sachsen-Anhalt

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
15. November 2012

## URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. November 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und

Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Avenarius und Henniger für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 20. Juli 2011 - 4 Sa 442/10 - aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Magdeburg vom 2. November 2010 - 9 Ca 278/10 - abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat der Kläger zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers im Wege eines Betriebsübergangs auf die beklagte Landeshauptstadt übergegangen ist. 1

Der Kläger war seit dem 1. Juli 1992 bei der Firma D Aktiengesellschaft (DAG) als technisch/kaufmännischer Sachbearbeiter in der Hausverwaltung für das Büro- und Geschäftshaus J in M beschäftigt. Seine Tätigkeit bestand gemäß einem als Anlage zu dem Arbeitsvertrag vereinbarten Leistungsverzeichnis im Wesentlichen in der Überwachung der Einhaltung der Mietverträge durch die Mieter, in der Überwachung des baulichen Zustandes des Objekts nebst der Veranlassung und Überwachung eventueller Reparaturen sowie der Interessenvertretung gegenüber Bauleitung, Behörden und Dritten. Neben dem Kläger war noch ein weiterer Arbeitnehmer als Hausmeister beschäftigt, dessen Tätigkeit der Kläger zu überwachen hatte. 2

Mit Wirkung vom 1. April 2003 ging das Arbeitsverhältnis des Klägers auf die A GmbH & Co. KG (*im Folgenden: A KG*) über. 3

Bei der A KG handelte es sich um eine vermögensverwaltende Kommanditgesellschaft. Persönlich haftende Gesellschafterin war die I mbH. Die Geschäfte der Gesellschaft führte gemäß dem Gesellschaftsvertrag die DAG als geschäftsführende Kommanditistin. 4

Das Büro- und Geschäftshaus, für dessen Hausverwaltung der Kläger tätig war, war der einzige Vermögensgegenstand der Gesellschaft. Die Beklagte war Hauptmieterin in dem Objekt und hatte eine Fläche von 13.797 Quadratmetern von insgesamt 16.870 vermietbaren Quadratmetern angemietet. 5

Der Stadtrat der Beklagten beschloss am 13. August 2009, das Grundstück J von der A KG zu kaufen. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2009 wurde der Kläger durch die A KG über den am 15. Dezember 2009 geschlossenen Kaufvertrag und über einen aus Sicht der Gesellschaft durch den Eigentümerwechsel eintretenden Betriebsübergang nach § 613a BGB informiert. Nach Zahlung des Kaufpreises ging der Besitz an der Immobilie am 1. Februar 2010 auf die Beklagte über. Im Anschluss daran wurde die A KG liquidiert. 6

Die Beklagte übernahm die mit Dritten geschlossenen Mietverträge sowie die das Gebäude betreffenden Versorgungsverträge. 7

Das Gebäude wird nunmehr von dem Kommunalen Gebäudemanagement, einem Eigenbetrieb der Beklagten, betreut. Der neben dem Kläger bei der A KG beschäftigte Hausmeister widersprach einem Übergang seines Arbeitsverhältnisses und wurde von der Beklagten nicht weiterbeschäftigt. 8

Der Kläger ist der Auffassung, es liege ein Betriebsübergang auf die Beklagte vor. Es sei im vorliegenden Falle prägend, dass mit dem Grundbesitz und Zubehör in dem Objekt in der J nahezu das gesamte Vermögen der A KG und damit auch der Betrieb auf die Beklagte übergegangen sei. Das Gebäude werde nach wie vor überwiegend durch die Beklagte genutzt. Die Beklagte habe im Übrigen nicht nur die Immobilie übernommen, sondern auch die damit im Zusammenhang stehenden Versorgungsverträge sowie Mietverträge mit Dritten. 9

Der Kläger hat beantragt

10

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers seit dem 1. Februar 2010 auf die beklagte Partei übergegangen ist und mit dieser zu ungeänderten Arbeitsbedingungen fortbesteht, hilfsweise,
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu den Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 20. Februar 1992 idF vom 15. Juni 1992 als technisch/kaufmännischen Sachbearbeiter in der Hausverwaltung für das Büro- und Geschäftshaus J zu dem derzeitigen Gehalt iHv. 2.275,25 Euro zuzüglich laufendem monatlichen Fahrtkostenzuschuss iHv. 30,47 Euro und dem Arbeitgeberanteil VWL iHv. 39,88 Euro zu beschäftigen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

11

Sie meint, es liege kein Betriebsübergang vor. Der Funktions- und Zweckzusammenhang der früheren Einheit sei nicht beibehalten worden. Der mit dem Gebäude bei der A KG verfolgte Zweck habe in der Gewinnerzielung und Vermietung bestanden. Ziel des Kaufes für die Beklagte sei hingegen gewesen, Ausgaben im Verwaltungshaushalt zu reduzieren und die Immobilie selbst zu nutzen. Die Änderung der Nutzung der Immobilie von einer Fremdvermietung in eine Eigennutzung stelle eine wesentliche Änderung dar. Dass sie die Mietverträge mit Dritten habe übernehmen müssen, folge aus dem Gesetz. Sie habe weder die alten Betriebsstrukturen noch das Personal der A KG übernommen. Es sei auch keine Eingliederung in eine bei der Erwerberin ähnliche Organisation erfolgt. Die Organisationsstruktur des Eigenbetriebs Kommunales Gebäudemanagement beinhalte keine technische und kaufmännische Hausverwaltung für eine Fremdnutzung des Gebäudes, sondern nur für eine Eigennutzung.

12

Das Arbeitsgericht hat dem Hauptantrag stattgegeben und über den Hilfsantrag nicht entschieden. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, während

13

der Kläger die Zurückweisung der Revision beantragt.

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage. 14

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine klagestattgebende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Im Anschluss an das Urteil des EuGH vom 12. Februar 2009 - C-466/07 - [Klarenberg] (*Slg.* 2009, I-803 = *AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 4 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2001/23 Nr. 2*) komme es nicht darauf an, dass die übernommene wirtschaftliche Einheit ihre organisatorische Selbstständigkeit bei dem Erwerber bewahre, sofern nur die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehalten werde. Dies sei im vorliegenden Falle erfolgt. An der Nutzung habe sich nichts geändert, außer, dass die Beklagte nicht mehr Mieterin, sondern Eigentümerin geworden sei und die selbstgenutzten Räumlichkeiten zusätzlich zu verwalten habe. Die Beklagte habe offenbar auch die Möglichkeit gehabt, den Kläger in ihrem Eigenbetrieb Kommunales Gebäudemanagement einzugliedern. 15

B. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 16

I. Die zulässige Feststellungsklage ist nicht begründet. Das Arbeitsverhältnis des Klägers ist nicht im Wege eines Betriebsübergangs (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB) von der A KG auf die Beklagte übergegangen. 17

1. Ein Betriebsübergang iSv. § 613a BGB liegt vor, wenn ein neuer Rechtsträger die wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführt. Der Begriff wirtschaftliche Einheit bezieht sich auf eine auf Dauer angelegte organisatorische Gesamtheit von Personen und/oder Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Ob ein im Wesentlichen unveränderter Fortbestand der organisierten Gesamtheit „Betrieb“ bei einem 18

neuen Inhaber anzunehmen ist, richtet sich nach den Umständen des konkreten Einzelfalles. Als Teilaspekte der Gesamtwürdigung zählen insbesondere die Art des betreffenden Betriebs, der Übergang materieller Betriebsmittel wie beweglicher Güter und Gebäude, der Wert immaterieller Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der Übergang von Kundschaft und Lieferantenbeziehungen, der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer Unterbrechung dieser Tätigkeit. Die Identität der Einheit kann sich auch aus anderen Merkmalen ergeben, wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und ggf. den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- oder Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu (*st. Rspr., vgl. BAG 15. Dezember 2011 - 8 AZR 197/11 - Rn. 39, EzA BGB 2002 § 613a Nr. 130*).

In Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann auch eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden sind, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ist in diesem Falle anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hatte. Hingegen stellt die bloße Fortführung der Tätigkeit durch einen anderen (*Funktionsnachfolge*) ebenso wenig einen Betriebsübergang dar wie die reine Auftragsnachfolge (*BAG 15. Dezember 2011 - 8 AZR 197/11 - Rn. 40, EzA BGB 2002 § 613a Nr. 130*). Eine Einheit darf nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden (*EuGH 20. Januar 2011 - C-463/09 - [CLECE] Rn. 41, Slg. 2011, I-95 = AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 8 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2001/23 Nr. 6*).

19

Wesentliche Änderungen in der Organisation, der Struktur oder im Konzept der betrieblichen Tätigkeit können einer Identitätswahrung entgegenstehen (*vgl. BAG 10. Mai 2012 - 8 AZR 434/11 - Rn. 26, NZA 2012, 1161; 22. Januar*

20

2009 - 8 AZR 158/07 - Rn. 24, AP BGB § 613a Nr. 367 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 107; 4. Mai 2006 - 8 AZR 299/05 - Rn. 34, BAGE 118, 168 = AP BGB § 613a Nr. 304 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 51). Ein Betriebsübergang scheidet auch aus, wenn die funktionelle Verknüpfung der Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung zwischen den Produktionsfaktoren beim anderen Unternehmer verloren geht. Bei einer Eingliederung der übertragenen Einheit in die Struktur des Erwerbers fällt der Zusammenhang dieser funktionellen Verknüpfung der Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung zwischen den für einen Betriebsübergang maßgeblichen Faktoren nicht zwangsläufig weg. Die Beibehaltung der „organisatorischen Selbständigkeit“ ist nicht erforderlich, wohl aber die Beibehaltung des Funktions- und Zweckzusammenhangs zwischen den verschiedenen übertragenen Faktoren, der es dem Erwerber erlaubt, diese Faktoren, auch wenn sie in eine neue, andere Organisationsstruktur eingegliedert werden, zur Verfolgung derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit zu nutzen (vgl. EuGH 12. Februar 2009 - C-466/07 - [Klarenberg] Rn. 48, Slg. 2009, I-803 = AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 4 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2001/23 Nr. 2).

Die von einem Erwerber übernommene organisierte Gesamtheit von Personen und/oder Sachen muss bereits beim Veräußerer eine abgrenzbare wirtschaftliche Einheit dargestellt und damit die Qualität eines Betriebs oder Betriebsteils gehabt haben, um die Voraussetzung des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllen zu können (BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 455/10 - Rn. 37, AP BGB § 613a Nr. 415 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 129; 7. April 2011 - 8 AZR 730/09 - Rn. 16, AP BGB § 613a Nr. 406 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 124).

Im Rahmen des § 613a BGB gelten die allgemeinen Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast. Nimmt der Arbeitnehmer den vermeintlichen Betriebsübernehmer in Anspruch, muss er die Voraussetzungen eines Betriebs(teil)übergangs sowie ggf. seiner organisatorischen Zuordnung zum übergegangenen Betriebsteil darlegen und beweisen (BAG 10. Mai 2012 - 8 AZR 434/11 - Rn. 28, NZA 2012, 1161).

2. Nach diesen Grundsätzen hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerhaft einen Betriebsübergang auf die Beklagte bejaht. 23

a) Die Annahme eines Betriebsübergangs scheitert allerdings noch nicht daran, dass bei der A KG keine übergangsfähige selbstständige wirtschaftliche Einheit vorgelegen hat. Die A KG unterhielt mit der Verwaltung der Liegenschaft in der J in M einen Betrieb. 24

Unter einem Betrieb versteht die Rechtsprechung eine organisatorische Einheit, innerhalb derer der Inhaber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe technischer und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt (*BAG 10. November 2011 - 8 AZR 546/10 - Rn. 26, NZA 2012, 509*). Diese Voraussetzungen lagen bei der Verwaltung des Anwesens vor. Auch die Verwaltung eines fremdgenutzten Mietshauses mit mehreren Wohnanlagen kann einen Betrieb darstellen. Der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit ist grundsätzlich weit zu verstehen. Der arbeitstechnische Zweck besteht hier darin, ein fremdgenutztes Mietshaus in einem sachgemäßen Zustand zu erhalten, um die Substanz des Vermögensgutes zu bewahren und die aus der Vermietung fließenden Einkünfte sicherzustellen (*vgl. BAG 18. März 1999 - 8 AZR 196/98 - zu B II 1 der Gründe, AP BGB § 613a Nr. 190 = EzA BGB § 613a Nr. 178; 16. Oktober 1987 - 7 AZR 519/86 - zu II 2 a der Gründe, AP BGB § 613a Nr. 69 = EzA BGB § 613a Nr. 66*). Zu diesem Zweck setzte die A KG den Kläger als Leiter der Hausverwaltung und einen Hausmeister ein. 25

b) Der von der A KG unterhaltene Betrieb, dh. die Hausverwaltung, ist nicht auf die Beklagte übergegangen. 26

aa) Bei der Verwaltung der veräußerten Immobilie handelte es sich um einen betriebsmittelarmen Betrieb. 27

Bei einer Hausverwaltung stellt bei wertender Betrachtungsweise das Grundstück nicht den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs dar. Es ist kein Betriebsmittel der Hausverwaltung, sondern Objekt der Verwaltung (*BAG 18. März 1999 - 8 AZR 196/98 - zu B II 2 c der Gründe, AP BGB § 613a Nr. 190 = EzA BGB § 613a Nr. 178*). 28



Betriebsmittel sind vielmehr die für die kaufmännische Sachbearbeitertätigkeit notwendigen Mittel wie Büro, EDV-Ausstattung sowie die im Rahmen der technischen Sachbearbeitung erforderlichen Arbeitsgeräte. In ähnlicher Weise hat der Senat für andere Arten von Dienstleistungen bereits entschieden. So hat er bspw. hinsichtlich der Betreuung von technischen Anlagen durch ein Facility-Management angenommen, die Anlagen stellen auch bei wertender Betrachtung keine sachlichen Betriebsmittel für die erbrachten Tätigkeiten dar (*BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 158/07 - Rn. 25, AP BGB § 613a Nr. 367 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 107*). Gleiches hat er letztlich auch für einen Wechsel eines Bewachungsauftrags bei einem Truppenübungsplatz entschieden (*BAG 25. September 2008 - 8 AZR 607/07 - Rn. 49, AP BGB § 613a Nr. 355 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 98*).

Es ist auch nicht entscheidend, dass die Hausverwaltung allein dem einzigen Grundstück der A KG dienen sollte und dieses für die Verwaltungstätigkeit deshalb unverzichtbar war. Die Tätigkeit eines Hausverwalters als solche ist nicht notwendigerweise nur auf ein bestimmtes Grundstück festgelegt. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Arbeitsaufwand im Verhältnis zum Wert des Anlageobjekts, also der Immobilie, wirtschaftlich bedeutend oder unbedeutend ist. Vielmehr ist allein der Betrieb der Hausverwaltung zu betrachten. Einen anderen Betrieb hat die A KG nicht unterhalten.

29

Die Tätigkeit der Hausverwaltung stellt eine Dienstleistung dar, bei der es vor allem auf die menschliche Arbeitskraft ankommt (*vgl. BAG 18. März 1999 - 8 AZR 196/98 - zu B II 2 b der Gründe, AP BGB § 613a Nr. 190 = EzA BGB § 613a Nr. 178; 23. September 1999 - 8 AZR 750/98 - zu 4 b der Gründe: Übergang des Grundstücks eines Jugendwohnheims*). Die Beklagte hat aber keine Arbeitnehmer übernommen. Dem vormals bei der A KG neben dem Kläger angestellten Hausmeister wurde ebenso wie dem Kläger kein neuer Arbeitsvertrag angeboten.

30

bb) Gegen das Vorliegen eines Betriebsübergangs spricht des Weiteren, dass der Betriebszweck nicht gleich geblieben ist. Die Beklagte nutzt die Immobilie weit überwiegend als Eigentümerin selbst. Die von der A KG (*auch*) betrie-

31

bene gewerbliche Hausverwaltung, die auf eine vermietete Immobilie bezogen war, unterscheidet sich von einer Verwaltung, die eine vom Eigentümer selbst genutzte Immobilie zum Gegenstand hat. Mit anderen Worten: Was immer die A KG gemacht hat, die Beklagte macht dies nicht.

Die A KG war eine auf Gewinnerzielung gerichtete Vermögensverwaltungsgesellschaft. Eine Vermögensverwaltungsgesellschaft verwaltet entweder fremdes Vermögen oder verwaltet eigenes Vermögen, welches ihr - zumeist durch Investoren - treuhänderisch überlassen wurde. Sie wird gewerblich tätig, weil sie auf Dauer darauf abzielt, Gewinn zu erzielen. Dies setzt notwendigerweise die Vermietung der Immobilie voraus. Zu diesem Zwecke unterhielt die A KG eine kaufmännische und technische Verwaltung. Vor diesem Hintergrund kann als Betriebszweck der Hausverwaltung nicht nur die Instandhaltung der Immobilie gesehen werden. Dieser Zweck bleibt regelmäßig auch dann erhalten, wenn die Immobilie an einen neuen Eigentümer veräußert wird, der die Anlage selbst nutzt. Dieser wird idR im eigenen Interesse die notwendigen Instandhaltungsmaßnahmen durchführen. Der Gewinnerzielungszweck durch Vermietung, der für die A KG von zentraler Bedeutung war, ist bei der Beklagten jedoch entfallen.

32

Bei der Vermietung handelt es sich auch nicht nur um eine unternehmerische Zielsetzung, sondern um einen Teil des arbeitstechnischen Betriebszwecks, denn Teil der Hausverwaltung ist bei einer Fremdvermietung des Objekts auch die Betreuung der Mieter. Dies hat sich auch wesentlich in der Tätigkeit des Klägers niedergeschlagen. Gemäß dem Leistungsverzeichnis zu seinem Arbeitsvertrag waren die Überwachung der Einhaltung der Mietverträge und der Durchführung der Schönheitsreparaturen sowie die laufende Information und Abstimmung mit den von Baumaßnahmen betroffenen Mietern Gegenstand seiner Aufgaben. Dieser Aufgabenbereich entfällt hier, weil die Beklagte die Immobilie überwiegend selbst nutzt. Diese dient nunmehr vornehmlich der öffentlichen Verwaltung und damit einem anders gelagerten Zweck.

33

Daran ändert auch nichts, dass die Beklagte zu einem geringen Teil bestehende Mietverhältnisse aufrecht erhalten will. Nach dem nicht bestrittenen

34

und damit als unstreitig zu behandelnden Vortrag der Beklagten nutzte sie bereits vor dem Eigentumswechsel ca. 82 % der Nutzflächen als Mieterin selbst. Zu der Aufrechterhaltung der übrigen Mietverhältnisse war sie nach § 566 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes verpflichtet. Damit stand für die Beklagte weit überwiegend die eigenwirtschaftliche Nutzung des erworbenen Grundstücks im Vordergrund.

Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts ist eine andere Sichtweise nicht aufgrund der Entscheidung des EuGH vom 12. Februar 2009 - C-466/07 - [Klarenberg] (*Slg. 2009, I-803 = AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 4 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2001/23 Nr. 2*) geboten. In dieser hat der EuGH klargestellt, dass es für die Annahme eines Übergangs iSd. Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 nicht schädlich ist, wenn die Organisation der wirtschaftlichen Einheit nicht beibehalten wird. Vielmehr komme die Annahme eines Betriebsübergangs auch dann in Frage, wenn die funktionelle Verknüpfung der übertragenen Produktionsfaktoren es dem Übernehmer erlaube, diese auch nach Eingliederung in eine neue, andere Organisationsstruktur weiter zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen.

35

Dies ist nicht dahin gehend zu verstehen, dass ein Betriebsübergang stets dann zu bejahen ist, wenn nach einer Übertragung materieller und immaterieller Produktionsfaktoren auf einen Erwerber dieser die Möglichkeit besitzt, den Betrieb unverändert fortzuführen, dies aber nicht tut. Denn entscheidendes Kriterium für den Betriebsübergang ist die tatsächliche Weiterführung der Geschäftstätigkeit, die bloße Möglichkeit allein, den Betrieb unverändert fortzuführen zu können, reicht für die Annahme eines Betriebsübergangs nicht aus (*st. Rspr., vgl. 17. Dezember 2009 - 8 AZR 1019/08 - Rn. 20, AP BGB § 613a Nr. 383 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 117*). Dies entspricht auch der Rechtsprechung des EuGH, die auf die tatsächliche Fortführung des Betriebs und nicht nur auf die Möglichkeit hierzu abstellt (*vgl. EuGH 20. November 2003 - C-340/01 - [Carlito Abler] Rn. 29, Slg. 2003, I-14023 = AP EWG-Richtlinie 77/187 Nr. 34 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 13*). Vor diesem Hintergrund kommt es nicht darauf an, dass die Beklagte die Möglichkeit gehabt hätte, die Immo-

36

lie überwiegend für eine Vermietung und damit zur Gewinnerzielung zu nutzen. Maßgeblich ist vielmehr, dass sie in tatsächlicher Hinsicht die Art der Nutzung gänzlich verändert hat.

cc) Gegen die Annahme eines Betriebsübergangs spricht auch, dass sich die Organisationsstruktur, innerhalb derer die Hausmeisterdienste erbracht werden, geändert hat. Die technische Instandhaltung wird bei der Beklagten durch den Eigenbetrieb Kommunales Gebäudemanagement wahrgenommen. Nach dem unstreitig gebliebenen Vortrag der Beklagten obliegt diesem Eigenbetrieb die Betreuung sämtlicher von der Beklagten idR selbst genutzter Immobilien. Damit hat sich die Organisation des Hausmeisterdienstes hinsichtlich der übernommenen Immobilie wesentlich geändert. Eine feste Zuordnung einer bestimmten Person zu der Immobilie - wie dies beim Kläger zuvor der Fall war - ist nicht mehr notwendig vorgegeben, und es kann auf das Know-how aus der Betreuung anderer Objekte zurückgegriffen werden. Letztlich wird nur die Funktion der Hausmeisterdienste bei der Beklagten weiterhin ausgeführt, vorhandene betriebliche Organisationsstrukturen wurden nicht übernommen (*vgl. auch BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 158/07 - Rn. 24, AP BGB § 613a Nr. 367 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 107 zu dem insoweit vergleichbaren Fall, dass ein Betriebsübergang verneint wurde, nachdem die technische Betreuung von Heizungsanlagen von einer weitaus größeren Firma des Gebäudemanagements wahrgenommen wurde*).

37

dd) Die Beklagte hat auch nicht die Kunden der Grundstücksveräußerin, der A KG, übernommen. Die Beklagte nutzt die Immobilie weit überwiegend als Eigentümerin und nicht mehr als Mieterin; sie hat sich nicht selbst als „Kunden“ übernommen.

38

II. Über den ursprünglich hilfsweise gestellten Beschäftigungsantrag des Klägers war nicht zu entscheiden. Bei sachgerechter Auslegung der Klageschrift ist dieser Antrag als unechter Hilfsantrag zu verstehen, der nur für den Fall gestellt werden sollte, dass der Kläger mit seinem Feststellungsantrag gegenüber der Beklagten in der Hauptsache obsiegt. Denn nur bei Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten macht der Beschäftigungsantrag

39

einen Sinn. Dies hat das Arbeitsgericht verkannt und den Beschäftigungsantrag nicht verbeschieden, obwohl es dem Feststellungsantrag stattgegeben hat. Dem Kläger wäre es möglich gewesen, hiergegen Urteilsergänzung nach § 321 ZPO zu beantragen. Da er dies nicht innerhalb der Antragsfrist des § 321 Abs. 2 ZPO getan hat, ist die Rechtshängigkeit seines Hilfsantrags entfallen (*BAG 21. August 2012 - 3 ABR 20/10 - Rn. 20, BetrAV 2013, 63*).

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

40

Hauck

Böck

Breinlinger

F. Avenarius

Andreas Henniger