

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 197/11

9 Sa 5/10

Landesarbeitsgericht

Rheinland-Pfalz

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
15. Dezember 2011

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. Dezember 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und

Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Brückmann und Dr. Hermann für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 20. August 2010 - 9 Sa 5/10 - wird insoweit als unzulässig verworfen, als der Kläger die Feststellung des Übergangs seines Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte begehrt (*Antrag Ziff. 1*), im Übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers infolge eines Betriebsübergangs auf die Beklagte übergegangen bzw. mit dieser fortzusetzen ist und ob die Beklagte dem Kläger Arbeitsvergütung zahlen muss. 1

Seit 1. September 2006 stand der Kläger aufgrund eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom 15. August 2006 in einem Arbeitsverhältnis zur A GmbH (*künftig: A*). Sein Bruttostundenlohn betrug zuletzt 6,92 Euro zuzüglich Nacht-, Sonntags- und Feiertagszuschläge. Außerdem hatten die Parteien am 1. Juli 2007 einen „Zusatzvertrag zum Arbeitsvertrag“ geschlossen, der sich auf die Tätigkeit als „Objektverantwortlicher“ bezog. 2

Ausweislich dieses Zusatzvertrages waren die „Aufgaben und Befugnisse des Objektverantwortlichen“ wie folgt geregelt: 3

„4. Aufgabenbereich und Befugnisse des Objektverantwortlichen

- Der Objektverantwortliche hat die Aufgabe, den täglichen Dienst in seinem Verantwortungsbereich entsprechend der operativen Lage vorzubereiten und die Dienstdurchführung durch Erstellung der Dienstpläne, Lageeinweisungen, Vorbereitung spezieller Einsatzaufgaben und gegebenenfalls notwendige

Kontrollmaßnahmen zu organisieren.

- Er informiert den Bereichsleiter Security/Objektschutz über alle besonderen Vorkommnisse während des Dienstgeschehens, insbesondere über solche, die in unmittelbarem Zusammenhang mit Weisungen, Wünschen oder weiteren Anmerkungen des Kunden stehen sowie über solche, die in Richtung der Sicherheitsmitarbeiter eine besondere disziplinarische oder fachliche Aufmerksamkeit erforderlich machen.
- Der Objektverantwortliche legt dem Bereichsleiter Security/Objektschutz die Dienst- und Urlaubsplanung monatlich vor und überwacht den 100%igen Besetzungsgrad aller Dienste in seinem Verantwortungsbereich.
- Der Objektverantwortliche meldet personelle sowie materielle Probleme bei deren Entstehung dem Bereichsleiter Security/Objektschutz und bereitet Lösungsvorschläge vor.
- Der Objektverantwortliche hält dienstlich notwendige geleistete Stunden, zum Beispiel aus durch den Kunden veranlassten Sonderdiensten, in einer gesonderten Tabelle nach und stellt diese sowie anderes zur Erfassung der Stundenleistung der Mitarbeiter fortlaufend geführtes Material dem Bereichsleiter Security/Objektschutz zur Verfügung.
- Der Objektverantwortliche organisiert die Erfassung aller für die Aufgabenerfüllung notwendigen Meldungen, insbesondere in einem Wachbuch, und stellt diese sicher.
- Verstöße gegen die Dienstanweisung oder eigene Weisungen meldet er dem Bereichsleiter Security/Objektschutz mündlich bzw. fernmündlich und auf dessen Anforderung schriftlich, so dass dieser hierdurch in zu ergreifenden disziplinarischen bzw. fachlichen Maßnahmen unterstützt wird.
- Der Objektverantwortliche kontrolliert fortlaufend das Arbeitsmaterial sowie für dieses vorgesehene Materialaus- und rückgabelisten und meldet defektes oder abhanden gekommenes Material unmittelbar dem Bereichsleiter Security/Objektschutz.
- Notwendige Verbrauchsmittel fordert er rechtzeitig an.“

Die Firma F, die in W und B Logistikzentren bzw. Lagerhallen unterhält, hatte mit A Überwachungsverträge für fünf Objekte geschlossen. Die A hatte den Objektschutz, Personenkontrollen, den Pfortendienst sowie Streifengänge durchzuführen. Für diese fünf Objekte setzte A insgesamt 28 Arbeitnehmer als Wachleute ein, von denen fünf als Objektverantwortliche beschäftigt wurden. 4

Der Kläger war zuletzt mit sechs Kollegen im Objekt „F I“ tätig. 5

Zur Durchführung von Personenkontrollen mittels sog. Scanner waren im Wachlokal PC, Drucker und Faxgerät vorhanden, derer sich A bediente. 6

Mit Schreiben vom 25. Februar 2009 kündigte A das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger aus betriebsbedingten Gründen „aufgrund der Aufgabe sämtlicher Bewachungsobjekte in W und Umgebung“ zum 31. März 2009. Der Kläger ging gegen diese Kündigung nicht gerichtlich vor. 7

Nach Beendigung der jeweiligen Überwachungsverträge zwischen A und der Firma F übernahm die Beklagte die Überwachung der entsprechenden Objekte. Im Zuge dessen bot sie Arbeitnehmern von A den Abschluss neuer Arbeitsverträge an, wobei streitig ist, ob allen Arbeitnehmern oder nur einigen solche Angebote unterbreitet wurden. Auch der Kläger erhielt vor dem 1. April 2009 ein entsprechendes Angebot, das einen Stundenlohn von 6,89 Euro brutto beinhaltete. Der Kläger lehnte dieses ab. 8

Die Beklagte verrichtete ihre Dienstleistungen seit dem 1. April 2009 - wie zuvor bereits A - im Schichtbetrieb mit unveränderter Schichtdauer. Zur Verwaltung und Dokumentation bedient sich die Beklagte im Wachlokal ua. des vorhandenen Kopierers und des Telefaxgerätes. Von den zuvor bei A beschäftigten 28 Arbeitnehmern sind nunmehr mindestens zehn bei der Beklagten tätig. Von diesen Arbeitnehmern war allein Frau AI zuvor Objektverantwortliche. Unter den von der Beklagten beschäftigten Arbeitnehmern sind vier der insgesamt sieben von A im Objekt „F I“ tätigen Arbeitnehmer. Der ehemalige Objektverantwortliche für dieses Objekt wird von der Beklagten nicht beschäftigt. 9

Mit Schreiben vom 11. Mai 2009 ließ der Kläger die Beklagte durch seinen Prozessbevollmächtigten auffordern, das Arbeitsverhältnis „zu den Bedin- 10

gungen des Arbeitsvertrages bei der Firma A vom 15.08.2006 und des Zusatzvertrages vom 01.07.2007 [Beginn 01.09.2006] zu den dortigen Bedingungen ab dem 01.04.2009 fortzusetzen“, weil ein Betriebsübergang zwischen der Beklagten und A stattgefunden habe. Dies lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 14. Mai 2009 ab.

Der Kläger behauptet, der sukzessiven Übernahme der Bewachungstätigkeiten durch die Beklagte müsse eine Absprache zwischen A und der Beklagten zugrunde liegen, weil eine Neuausschreibung der Aufträge durch F nicht stattgefunden habe. Alle zuvor bei A beschäftigten Arbeitnehmer hätten Angebote von der Beklagten zu deutlich schlechteren Arbeitsbedingungen erhalten. Die Beklagte beschäftige jetzt 14 ehemalige A-Arbeitnehmer. Durch die von der Beklagten unterbreiteten schlechteren Arbeitsbedingungen habe sie verhindert, dass noch mehr Arbeitnehmer Arbeitsverträge mit ihr abgeschlossen hätten. Deshalb könne sich die Beklagte nicht darauf berufen, einen wesentlichen Teil des Personals von A nicht übernommen zu haben. Vielmehr müsse bei einem Betriebsübergang der Wille der Beklagten genügen, den wesentlichen Teil der Arbeitnehmer zu übernehmen. Jedenfalls liege ein Betriebsteilübergang vor, weil die Beklagte von den sieben im selben Objekt wie der Kläger tätigen Arbeitnehmern vier Arbeitnehmer beschäftige. Auch setze die Beklagte - wie zuvor A - PC, Drucker und Faxgeräte ein, was auch identitätsprägend sei.

11

Weiter meint der Kläger, die Beklagte sei ihm für den Zeitraum 1. April bis 31. Juli 2009 zur Zahlung von Arbeitsvergütung abzüglich des erhaltenen Arbeitslosengeldes verpflichtet.

12

Der Kläger hat vor dem Landesarbeitsgericht beantragt

13

1. festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis mit der A GmbH, S, mit Wirkung zum 1. April 2009 auf die Beklagte übergegangen ist,
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn zu den Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 15. August 2006 und Zusatzvertrages zum Arbeitsvertrag vom 1. Juli 2007 zwischen ihm und der A GmbH seit dem 1. April 2009 zu beschäftigen und zu diesem Zeitpunkt bei der gesetzlichen Sozialversicherung anzumelden,
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.439,36 Euro

brutto abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangene 88,11 Euro netto nebst fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 1.439,36 Euro ab dem 1. Mai 2009 zu zahlen,

4. die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 176,04 Euro brutto nebst fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus ab dem 1. Mai 2009 zu zahlen,
5. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.615,40 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 1. Juni 2009 abzüglich durch die Agentur für Arbeit für Mai 2009 gezahltes Arbeitslosengeld in Höhe von 881,10 Euro zu zahlen,
6. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.615,40 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 1. Juli 2009 abzüglich durch die Agentur für Arbeit gezahltem Arbeitslosengeld in Höhe von 881,10 Euro zu zahlen,
7. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.670,76 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 1. August 2009 abzüglich durch die Agentur für Arbeit gezahltem Arbeitslosengeld in Höhe von 881,10 Euro zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

14

Sie behauptet, vertragliche Absprachen hätten allein zwischen ihr und der Firma F in der Weise bestanden, dass sie nach Auslaufen des A-Auftrages den Überwachungsauftrag erhalten habe. Die Vertragsbedingungen zwischen den einzelnen Arbeitnehmern und A seien ihr nicht bekannt gewesen. Überwiegend seien Personen eingestellt worden, die von sich aus zu ihr gekommen seien. Insgesamt beschäftige sie nur zehn ehemalige A-Mitarbeiter, also nach Zahl- und Sachkunde keinen wesentlichen Teil des früheren Personals von A. Der überwiegende Teil der Überwachungsarbeit werde mit Mitarbeitern verrichtet, welche nicht zuvor bei A beschäftigt gewesen seien. Die angewandte Arbeitsorganisation (*Schichtbetrieb, Schichtdauer*) werde durch die Firma F in den Auftragsunterlagen vorgegeben. Weitreichende Veränderungen seien

15

dadurch eingetreten, dass die Beklagte umfangreiche optische Überwachungsanlagen in den jeweiligen Objekten verbaut habe, welche sie nun zur Überwachung einsetze. Auch habe sie die für ihre Tätigkeit erforderlichen PC's neu angeschafft.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter und hat zuletzt beantragt

16

1. festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis mit A mit Wirkung zum 1. April 2009 auf die Beklagte übergegangen ist,
hilfsweise
festzustellen, dass zwischen den Parteien vom 1. April 2009 bis zum 2. September 2011 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat
und
vorsorglich
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers mit A bereits vor dem 1. April 2009 auf die Beklagte übergegangen ist
sowie
höchst hilfsweise,
die Beklagte zu verurteilen, eine Willenserklärung zur Wiedereinstellung des Klägers bei der Beklagten zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs abzugeben,
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.439,36 Euro brutto abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangene 88,11 Euro netto nebst fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 1.439,36 Euro ab dem 1. Mai 2009 zu zahlen,
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 176,04 Euro brutto nebst fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus ab dem 1. Mai 2009 zu zahlen,
4. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.615,40 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 1. Juni 2009 abzüglich durch die Agentur für Arbeit für Mai 2009 gezahltes Arbeitslosengeld in Höhe von 881,10 Euro zu zahlen,

5. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.615,40 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 1. Juli 2009 abzüglich durch die Agentur für Arbeit gezahltem Arbeitslosengeld in Höhe von 881,10 Euro zu zahlen,
6. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.670,76 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 1. August 2009 abzüglich durch die Agentur für Arbeit gezahltem Arbeitslosengeld in Höhe von 881,10 Euro zu zahlen.

Die Beklagte hat einer möglicherweise vorliegenden Klageerweiterung in der Revisionsinstanz nicht zugestimmt und im Übrigen die Zurückweisung der Revision beantragt. 17

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist zum Teil unzulässig und im Übrigen unbegründet. Ihm stehen mangels Vorliegens eines Betriebsübergangs von A auf die Beklagte gegen diese keine Ansprüche zu. 18

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine klageabweisende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: 19

Der Feststellungsantrag könne deshalb keinen Erfolg haben, weil der Kläger die Kündigung seines vormaligen Arbeitgebers nicht angegriffen habe. Die Kündigung gelte gemäß § 7 KSchG als rechtswirksam, so dass ab 1. April 2009 kein Arbeitsverhältnis mehr bestehe. Auch der (*ursprüngliche*) Antrag Ziff. 2 habe keinen Erfolg, da der Kläger keinen Wiedereinstellungsanspruch habe. Ein solcher setze einen Betriebsübergang voraus, an dem es aber fehle. Keinen ausreichenden Sachvortrag habe der Kläger zur behaupteten Übernahme von Überwachungsverträgen von A durch die Beklagte gehalten. Zwar könne bei Betrieben, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankomme, ein Übergang einer wirtschaftlichen Einheit unter Wahrung ihrer 20

Identität vorliegen, wenn nicht nur die betreffende Tätigkeit weitergeführt, sondern auch ein nach Zahl und Sachkunde wesentlicher Teil des Personals übernommen werde. Jedoch sei dazu auch auf die Struktur und Eigenart des Betriebs bzw. Betriebsteils abzustellen, um den nach Zahl und Sachkunde maßgeblichen Teil der Belegschaft zu bestimmen, der übernommen werden müsse, damit die wirtschaftliche Einheit als gewahrt anzusehen sei. Bei der vom Kläger behaupteten Weiterbeschäftigung von insgesamt 14 Arbeitnehmern, von denen nur eine Arbeitnehmerin Objektverantwortliche gewesen sei, fehle es an der Übernahme eines nach Zahl- und Sachkunde wesentlichen Teils der Belegschaft. Nur die Objektverantwortliche habe über spezielle Kenntnisse und Fertigkeiten verfügt. Die Aufgaben der nachgeordneten Wachkräfte seien nur einfache, schnell anlernbare Tätigkeiten gewesen. Selbst wenn es sich bei dem Objekt, in welchem der Kläger eingesetzt gewesen sei, um einen Betriebsteil gehandelt haben sollte, liege bei der Weiterbeschäftigung von vier von sieben Arbeitnehmern keine Übernahme eines nach Zahl- und Sachkunde wesentlichen Teils der Belegschaft vor, da der Objektverantwortliche dieses Objekts nicht übernommen worden sei. Darauf, ob die Beklagte zur Herbeiführung eines Betriebsübergangs die Gesamtheit der Arbeitnehmer habe übernehmen wollen, komme es nicht an, sondern darauf, ob ein solcher tatsächlich stattgefunden habe.

- B. Die Revision des Klägers ist nur teilweise zulässig. 21
- I. Die Revision ist gemäß § 72 Abs. 1 ArbGG statthaft, nachdem sie durch Beschluss des Senats vom 24. Februar 2011 zugelassen worden ist. Sie ist auch gemäß § 74 Abs. 1, § 72a Abs. 6 ArbGG fristgerecht eingelegt und begründet worden. 22
- II. Die Revision des Klägers ist unzulässig, soweit sie sich gegen die Zurückweisung der Berufung in Bezug auf seinen Feststellungsantrag (*ursprünglicher Antrag Ziffer 1*) richtet. Insoweit fehlt es an einer Revisionsbegründung. 23

1. Dieser vom Kläger in der Berufungsinstanz gestellte Feststellungsantrag ist als ein Antrag nach § 256 Abs. 1 ZPO, mit dem der Bestand eines Arbeitsverhältnisses des Klägers mit der Beklagten festgestellt werden soll, auszulegen. Zwar soll nach dem Wortlaut festgestellt werden, dass das mit A begründete Arbeitsverhältnis auf die Beklagte übergegangen ist. Jedoch geht es dem Kläger ausweislich der Klagebegründung nicht um die bloße Feststellung eines anspruchsbegründenden Elements, sondern um die Frage des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses. Daher ist der Antrag dahin gehend auszulegen, dass in erster Linie der Fortbestand des ursprünglich mit A bestehenden Arbeitsverhältnisses ab 1. April 2009 mit der Beklagten geklärt werden soll (*vgl. BAG 31. Januar 2008 - 8 AZR 2/07 - AP BGB § 613a Nr. 339*). 24

2. Nach § 72 Abs. 5 ArbGG, § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO muss die Revisionsbegründung die Angabe der Revisionsgründe enthalten. Hat das Revisionsgericht über mehrere selbständige Teilbegehren entschieden, hinsichtlich derer jeweils ein Teilurteil hätte ergehen dürfen, muss die Revision für jeden Teil des Klagebegehrens begründet werden. Fehlt es hinsichtlich eines Streitgegenstandes an einer Begründung, ist die Revision insoweit unzulässig. Ein einheitlicher Revisionsangriff genügt nur dann, wenn die Entscheidung über den nicht eigens behandelten Anspruch denotwendig von der ordnungsgemäß angegriffenen Entscheidung über den anderen Anspruch abhängt (*vgl. BAG 19. April 2005 - 9 AZR 184/04 - AP BErzGG § 15 Nr. 43 = EzA BErzGG § 15 Nr. 14*). 25

3. Der Kläger setzt sich in seiner Revisionsbegründung mit dem Urteil des Landesarbeitsgerichts nur insoweit ausreichend auseinander, als dieses einen Wiedereinstellungsanspruch des Klägers verneint hat. Keine Ausführungen enthält die Revisionsbegründung jedoch zur Berufungszurückweisung in Bezug auf den Feststellungsantrag. Das Landesarbeitsgericht hat hierzu gesondert ausgeführt, dass die von der vormaligen Arbeitgeberin des Klägers (A) ausgesprochene Kündigung vom 25. Februar 2009 mangels Erhebung einer Kündigungsschutzklage nach § 7 KSchG von Anfang an als rechtswirksam gilt. Der Feststellungsantrag könne daher keinen Erfolg haben, weil das Arbeitsverhält- 26

nis zum 31. März 2009 geendet habe. Insoweit durfte eine Auseinandersetzung mit dem Berufungsurteil in der Revisionsbegründung nicht unterbleiben. Bei dem Feststellungsantrag handelte es sich nämlich um einen anderen Streitgegenstand als bei den übrigen Klageanträgen.

4. Die vom Kläger in der Revisionsverhandlung „hilfsweise“ und „vorsorglich“ gestellten Feststellungsanträge erweisen sich als unzulässig. Wurde bezüglich des Hauptantrags keine zulässige Revision eingelegt, so führt die Unzulässigkeit der Revision zur Unzulässigkeit von für den Fall der Erfolglosigkeit des Hauptantrags erstmals im Revisionsverfahren gestellten Hilfsanträgen. 27

III. Im Übrigen ist die Revision zulässig. 28

1. Der Klageantrag (*ursprünglicher Antrag Ziff. 2*), mit dem der Kläger dem Wortlaut nach die Verurteilung der Beklagten erstrebt hat, ihn zu den Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 15. August 2006 und des Zusatzvertrages vom 1. Juli 2007 zwischen ihm und A seit dem 1. April 2009 zu beschäftigen und zu diesem Zeitpunkt bei der gesetzlichen Sozialversicherung anzumelden, bedarf der Auslegung. 29

Der Kläger hat geltend gemacht, sein Arbeitsverhältnis sei auf die Beklagte übergegangen bzw. die Beklagte müsse das mit A begründete Arbeitsverhältnis fortsetzen. Dazu hat der Kläger das Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 11. Mai 2009 vorgelegt, mit dem er ausdrücklich von der Beklagten verlangt hat, das Arbeitsverhältnis zu den Bedingungen der mit A getroffenen Vereinbarungen „fortzusetzen“. Sinn und Zweck des klägerischen Antrags ist es daher, sein Fortsetzungsverlangen, dh. sein im Schreiben vom 11. Mai 2009 niedergelegtes Angebot, klageweise durchzusetzen. Dafür spricht auch, dass der Kläger die Beschäftigung „seit dem 1. April 2009“ erstrebt, was schon naturgesetzlich nicht möglich ist. Daraus wird deutlich, dass es ihm letztlich um die Begründung eines Arbeitsverhältnisses ab diesem Zeitpunkt geht. Auch das zweite Element des Antrags - Anmeldung bei der gesetzlichen Sozialversicherung - spricht für diese Annahme. Damit bringt der Kläger zum Ausdruck, dass es nach seiner Vorstellung einer Neubegründung eines Arbeits- 30

verhältnisses bedarf. Der Antrag ist daher - entgegen seinem Wortlaut - nicht als Beschäftigungsantrag, sondern als Antrag zur Verurteilung der Beklagten zur Annahme seines Angebots auf Abschluss eines Arbeitsvertrages zu den Bedingungen des Arbeitsvertrages mit A auszulegen. Im Übrigen hat der Kläger dies auch durch das „höchst hilfsweise“ Stellen eines entsprechenden Antrags in der Revisionsverhandlung klargestellt, nachdem er seinen ursprünglichen Antrag auf Beschäftigung und Anmeldung bei der gesetzlichen Sozialversicherung nicht mehr gestellt hatte.

2. Insoweit genügt die Revisionsbegründung den gesetzlichen Anforderungen (§ 72 Abs. 5 ArbGG, § 551 Abs. 3 ZPO), weil sich der Kläger mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts insoweit auseinandergesetzt hat, als dieses einen Anspruch des Klägers gegen die Beklagte auf Wiedereinstellung deshalb verneint hatte, weil kein Betriebsübergang von A auf die Beklagte stattgefunden habe. 31

3. Das Bestehen der vom Kläger geltend gemachten Zahlungsansprüche hängt zwingend vom Erfolg seiner Klage auf Wiedereinstellung ab. Das Landesarbeitsgericht hat die Zahlungsklage wegen Fehlens eines solchen Wiedereinstellungsanspruches abgewiesen. Deshalb genügen die Ausführungen des Klägers in seiner Revisionsbegründung zur Fehlerhaftigkeit des Berufungsurteils bezüglich dessen Ausführungen zum Betriebsübergang und zum Wiedereinstellungsanspruch für eine ordnungsgemäße Begründung der Revision auch hinsichtlich der Leistungsklage. 32

C. Soweit die Revision des Klägers zulässig ist, ist sie nicht begründet. 33

Das Landesarbeitsgericht hat die Klage zu Recht vollumfänglich abgewiesen. 34

I. Der Klageantrag auf Abgabe einer Willenserklärung der Beklagten ist zulässig. Insbesondere ist er hinreichend iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO bestimmt. Im Wege der Auslegung des Antrags ergibt sich hinreichend der Inhalt des abzuschließenden Arbeitsvertrages. Für die Auslegung ist auch auf das Schreiben des klägerischen Prozessbevollmächtigten vom 11. Mai 2009 abzustellen. 35

Aus diesem ergibt sich, dass der Vertrag zu den Bedingungen und Besitzständen zustande kommen soll, die gemäß Arbeitsvertrag vom 15. August 2006 und Zusatzvertrag vom 1. Juli 2007 in dem ab dem 1. September 2006 begründeten und zum 31. März 2009 beendeten Arbeitsverhältnis mit A gegolten haben. Aus dem Schreiben und dem „höchst hilfsweisen“ Antrag in der Revisionsverhandlung ergibt sich in für die Auslegung des Antrags relevanter Weise auch, dass der Kläger den Abschluss des Arbeitsvertrages rückwirkend zum Zeitpunkt des behaupteten Betriebsübergangs am 1. April 2009 begehrt.

II. Die Klage ist insoweit jedoch nicht begründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Abgabe einer auf den Abschluss eines Arbeitsvertrages gerichteten Willenserklärung durch die Beklagte. Die Voraussetzungen eines Wiedereinstellungsanspruches gegen die Beklagte liegen nicht vor. 36

1. Ein Wiedereinstellungsanspruch, der seine Grundlage in § 611 BGB iVm. § 242 BGB findet (*vgl. BAG 25. Oktober 2007 - 8 AZR 989/06 - AP BGB § 613a Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 80*), setzt voraus, dass nach dem Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung sich während der Kündigungsfrist unvorhergesehen eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den gekündigten Arbeitnehmer ergibt (*vgl. BAG 25. September 2008 - 8 AZR 607/07 - AP BGB § 613a Nr. 355 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 98*). Entsteht die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit erst nach Ablauf der Kündigungsfrist, kommt nur ausnahmsweise ein Wiedereinstellungsanspruch in Betracht. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Betrieb oder Betriebsteil, dem der Arbeitnehmer zugeordnet war, gemäß § 613a BGB auf einen Betriebserwerber übergeht. Der Wiedereinstellungsanspruch richtet sich, wenn es während des Laufens der Kündigungsfrist zu einem Betriebsübergang kommt, gegen den Betriebserwerber. Gleiches gilt, wenn während des Laufs der Kündigungsfrist der Betriebsübergang zwar beschlossen, aber noch nicht vollzogen ist. In diesem Falle entsteht noch während des Bestandes des Arbeitsverhältnisses ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Wiedereinstellung, der ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs gemäß § 613a Abs. 1 BGB gegen den Erwerber gerichtet ist (*vgl. BAG 25. September 2008 - 8 AZR 607/07 - aaO*). 37

2. Ein Betriebsübergang auf die Beklagte hat nicht stattgefunden. 38

a) Ein Betriebsübergang iSv. § 613a BGB liegt vor, wenn ein neuer 39

Rechtsträger die wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität fortführt. Der Begriff wirtschaftliche Einheit bezieht sich auf eine organisatorische Gesamtheit von Personen und/oder Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Ob ein im Wesentlichen unveränderter Fortbestand der organisierten Gesamtheit „Betrieb“ bei einem 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 25. Juni 2009 - 8 AZR 258/08 - AP BGB § 613a Nr. 373 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 111*).

In Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann auch eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ist in diesem Falle anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch 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 bisherigen betrieblichen Tätigkeit durch einen anderen (*Funktionsnachfolge*) ebenso wenig 40

einen Betriebsübergang dar wie die reine Auftragsnachfolge (*st. Rspr., vgl. BAG 25. Juni 2009 - 8 AZR 258/08 - AP BGB § 613a Nr. 373 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 111*). Der bloße Verlust eines Auftrages an einen Mitbewerber stellt daher für sich genommen keinen Übergang im Sinne der Betriebsübergangsrichtlinie dar (*EuGH 11. März 1997 - C-13/95 - [Ayse Süzen] Slg. 1997, I-1259 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 14 = EzA BGB § 613a Nr. 145; BAG 28. Mai 2009 - 8 AZR 273/08 - AP BGB § 613a Nr. 370 = EzA KSchG § 17 Nr. 20*). In betriebsmittelgeprägten Betrieben kann ein Betriebsübergang auch ohne Übernahme von Personal vorliegen (*vgl. EuGH 20. November 2003 - C-340/01 - [Carlito Abler] Slg. 2003, I-14023 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 34 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 13; vgl. auch BAG 23. September 2010 - 8 AZR 567/09 - AP BGB § 613a Nr. 389 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 120*). Der Umstand, dass die von dem neuen Unternehmer übernommenen Betriebsmittel nicht seinem Vorgänger gehörten, sondern vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wurden, schließt den Betriebsübergang nicht aus. Auch ist im Fall einer Auftragsneuvergabe die Überlassung der Betriebsmittel zur eigenwirtschaftlichen Nutzung keine notwendige Voraussetzung für die Feststellung eines Betriebsübergangs vom ursprünglichen Auftragnehmer auf den neuen Auftragnehmer (*vgl. EuGH 15. Dezember 2005 - C-232/04 und C-233/04 - [Güney-Görres] Slg. 2005, I-11237 = AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 41; BAG 6. April 2006 - 8 AZR 222/04 - BAGE 117, 349 = AP BGB § 613a Nr. 299 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 49*). Sächliche Betriebsmittel sind im Rahmen einer Auftragsneuvergabe wesentlich, wenn bei wertender Betrachtungsweise ihr Einsatz den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs ausmacht (*st. Rspr., vgl. BAG 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - BAGE 121, 289 = AP BGB § 613a Nr. 320 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 64*). Kriterien hierfür können sein, dass die Betriebsmittel unverzichtbar zur auftragsgemäßen Verrichtung der Tätigkeiten sind (*vgl. BAG 15. Februar 2007 - 8 AZR 431/06 - aaO*), auf dem freien Markt nicht erhältlich sind oder ihr Gebrauch vom Auftraggeber zwingend vorgeschrieben ist (*vgl. BAG 13. Juni 2006 - 8 AZR 271/05 - AP BGB § 613a Nr. 305 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 53*).

Dem Übergang eines gesamten Betriebs steht der Übergang eines Betriebsteils gleich. Auch beim Erwerb eines Betriebsteils ist es erforderlich, dass die wirtschaftliche Einheit ihre Identität wahrt. Daher muss eine Teileinheit des Betriebs bereits beim früheren Betriebsinhaber die Qualität eines Betriebsteils gehabt haben (*vgl. BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 455/10 -*). 41

Maßgebliches Kriterium für den Übergang ist die tatsächliche Weiterführung oder Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit durch den neuen Inhaber. Daher genügt die bloße Fortführungsmöglichkeit nicht; entscheidend ist die tatsächliche Fortführung (*vgl. BAG 21. Februar 2008 - 8 AZR 77/07 - AP BGB § 613a Nr. 343*). 42

b) Nach den allgemeinen zivilprozessualen Regeln trägt der Arbeitnehmer, der den Wiedereinstellungsanspruch geltend macht, die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchbegründenden Tatsachen, zu denen auch das Vorliegen eines Betriebs- bzw. Betriebsteilübergangs gehört (*vgl. BAG 25. September 2008 - 8 AZR 607/07 - AP BGB § 613a Nr. 355 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 98*). 43

Unter Beachtung dieser Grundsätze hat das Landesarbeitsgericht das Vorliegen eines Betriebs- bzw. Betriebsteilübergangs auf die Beklagte zutreffend verneint. Die notwendigerweise vorzunehmende Gesamtwürdigung ergibt weder einen Übergang eines Betriebsteils von A auf die Beklagte noch den Übergang des ganzen Betriebs. Die Durchführung der Bewachung aller fünf Objekte der Firma F in W und Umgebung, einschließlich des Objekts „F I“, durch die Beklagte seit dem 1. April 2009 stellt eine bloße Auftragsnachfolge dar. 44

aa) Der Abschluss eines Bewachungsvertrages zwischen der Firma F und der Beklagten stellt selbst dann keinen Betriebs(teil-)übergang dar, wenn der der Beklagten erteilte Auftrag inhaltlich identisch zu dem zuvor A erteilten Auftrag sein sollte, was im Hinblick auf die von der Beklagten behaupteten und unbestritten gebliebenen umfangreichen Einbauten von optischen Überwachungseinrichtungen zweifelhaft sein könnte. Zwar kann auch die Übernahme von Kunden- und Lieferantenbeziehungen einen Betriebs- oder Betriebsteil- 45

übergang im Zusammenspiel mit weiteren Umständen begründen (vgl. BAG 14. August 2007 - 8 AZR 803/06 - AP BGB § 613a Nr. 326 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 75). Die bloße Auftragsnachfolge stellt aber weder einen Betriebsübergang iSv. § 613a BGB noch den Übergang einer wirtschaftlichen Einheit im Sinne der Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG dar (vgl. BAG 25. September 2008 - 8 AZR 607/07 - AP BGB § 613a Nr. 355 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 98).

Der Schutz der betroffenen Arbeitnehmer ist da geboten, wo die betriebliche Einheit fortbesteht. Die Neuvergabe eines Auftrages ist zunächst nur die Folge des Wettbewerbs auf einem freien Dienstleistungsmarkt. Der Übergang einer wirtschaftlichen Einheit setzt neben einer etwaigen Auftragsnachfolge die Feststellung zusätzlicher Umstände voraus, die in der Gesamtwürdigung die Annahme des Fortbestandes der wirtschaftlichen Einheit rechtfertigen. Eine Tätigkeit ist noch keine wirtschaftliche Einheit (vgl. BAG 14. August 2007 - 8 AZR 1043/06 - AP BGB § 613a Nr. 325 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 74). Dies gilt auch dann, wenn ein Dienstleistungsauftrag der für die Existenz des Betriebs unentbehrliche einzige Auftrag des Betriebs ist (vgl. BAG 28. Mai 2009 - 8 AZR 273/08 - AP BGB § 613a Nr. 370 = EzA KSchG § 17 Nr. 20). Der Übergang einer wirtschaftlichen Einheit setzt danach neben einer etwaigen Auftragsnachfolge die Feststellung zusätzlicher Umstände voraus, die in der Gesamtwürdigung die Annahme des Fortbestandes der wirtschaftlichen Einheit rechtfertigen. Allein der Umstand, dass die vom alten und neuen Auftragnehmer erbrachten Dienstleistungen ähnlich sind, erlaubt es nicht anzunehmen, der Übergang einer wirtschaftlichen Einheit liege vor (vgl. EuGH 20. Januar 2011 - C-463/09 - [CLECE] EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2001/23 Nr. 6; 10. Dezember 1998 - C-173/96 und C-247/96 - [Francisca Sánchez Hidalgo und Horst Ziemann] Slg. 1998, I-8237 = EzA BGB § 613a Nr. 172). Der Grad der Ähnlichkeit der erbrachten Dienstleistungen erlangt als Kriterium, welches für die Annahme eines Betriebsübergangs spricht allerdings dann Bedeutung, wenn die Art und Weise der Tätigkeit von den Auftragnehmern beeinflusst werden kann, also Ausdruck der von den Auftragnehmern geschaffenen Arbeitsorganisation ist und die durchgeführte Tätigkeit nicht maßgeblich

46

auf den Vorgaben des Auftrages beruht, dh. sie sich im Wesentlichen als die aufgrund des Dienstleistungsvertrages geschuldete Tätigkeit darstellt (vgl. BAG 25. September 2008 - 8 AZR 607/07 - AP BGB § 613a Nr. 355 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 98).

Unbehelflich ist zunächst der Vortrag des Klägers, die Beklagte sei „in die Aufträge eingetreten, ohne jegliche Neuausschreibung“. Die Firma F konnte als privates Unternehmen jederzeit Bewachungsaufträge anhand der von ihr für maßgeblich erachteten Kriterien vergeben. Dass die Beklagte - ebenso wie die vorherige Auftragnehmerin A - im Schichtbetrieb mit gleicher Schichtdauer wie bei A dieselben Objekte der Firma F, insbesondere auch das Objekt „F I“, bewacht, kann ohne das Hinzutreten weiterer Umstände einen Betriebsübergang nicht begründen. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten beruht dies auf dem von der Firma F erteilten Auftrag, nicht aber auch einer eigenen Organisationsentscheidung der Beklagten. Daher kann letztlich dahinstehen, ob bzw. inwieweit eine erhebliche Änderung der Arbeitsorganisation dadurch eingetreten ist, dass die Beklagte nach ihrem Vortrag in größerem Umfang optische Überwachungsanlagen in den Objekten der Firma F verbaut hat und diese zur Erfüllung des Überwachungsauftrages einsetzt.

47

bb) Die Vergabe des Bewachungsauftrages bzw. der Bewachungsaufträge für das Objekt F „F I“ bzw. für alle fünf Objekte der Firma F im Raum W und B ging auch nicht mit dem Übergang einer wirtschaftlichen Einheit unter Wahrung ihrer Identität von A auf die Beklagte einher.

48

Das Vorbringen des Klägers lässt zunächst nicht den Schluss zu, dass die weiter genutzten materiellen Betriebsmittel (Wachlokal, PC, Drucker, Telefaxgeräte) identitätsprägend sind.

49

Zwar steht allein der Umstand, dass diese Betriebsmittel nicht der Vorgängerin - A - gehört hatten, sondern von der Firma F der Beklagten zur Verfügung gestellt wurden, der Annahme eines Betriebsübergangs nicht entgegen. Denn im Falle einer Auftragsneuvergabe ist die Überlassung der Betriebsmittel zur eigenwirtschaftlichen Nutzung keine notwendige Voraussetzung für die Feststellung eines Betriebsübergangs vom ursprünglichen Auftragnehmer auf

50

den neuen Auftragnehmer (*vgl. oben*). Jedoch handelt es sich bei den von der Beklagten weiterhin genutzten sächlichen Betriebsmitteln nicht um wesentliche, die Identität der Einheit prägende Betriebsmittel.

Sächliche Betriebsmittel sind im Rahmen einer Auftragsneuvergabe dann wesentlich, wenn bei wertender Betrachtungsweise ihr Einsatz den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs ausmacht und sie somit unverzichtbar zur auftragsgemäßen Verrichtung der Tätigkeiten sind (*vgl. BAG 14. August 2007 - 8 AZR 1043/06 - AP BGB § 613a Nr. 325 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 74*). Den Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs bilden sächliche Betriebsmittel aber nicht schon dann, wenn sie zur Erbringung der Dienstleistung erforderlich sind (*vgl. BAG 25. September 2008 - 8 AZR 607/07 - AP BGB § 613a Nr. 355 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 98*). Das Landesarbeitsgericht hat daher den weiterhin genutzten Betriebsmitteln zu Recht keine wesentliche Bedeutung beigemessen, da diese bloße Hilfsmittel zur Erbringung der eigentlichen Bewachungsleistungen sind. Die Nutzung eines Wachlokals mag im Hinblick auf die Bewachung der Objekte der Firma F im Schichtbetrieb notwendig sein, jedoch dient ein Wachlokal nicht unmittelbar der Sicherung und Bewachung des zu überwachenden Objekts. Das Wachlokal hat als Hilfsmittel allein dienende Funktion. Dies gilt auch für die im Wachlokal vorgehaltene Ausrüstung. Diese Geräte dienen als Hilfsmittel insbesondere der Dokumentation der eigentlichen Überwachungstätigkeit, prägen aber nicht deren Charakter. So werden die ein- bzw. ausfahrenden Fahrzeuge kontrolliert und anschließend wird mittels der Hilfsmittel eine Dokumentation erstellt. Die Wachleute laufen Streifen, kontrollieren die in die Objekte eintretenden bzw. die diese verlassenden Personen. Prägend für diese Tätigkeit ist dabei die Achtsamkeit der Wachleute an der Pforte, im Objekt bzw. auf Streifengängen und deren Bereitschaft bzw. Fähigkeit, im Bedarfsfalle einzugreifen. Aus dem Vortrag des Klägers ergibt sich im Übrigen auch nicht, dass außerhalb des reinen Pfortendienstes, dh. außerhalb des Wachlokals, überhaupt Hilfsmittel zum Einsatz kommen, die zuvor von A genutzt wurden und nunmehr auch von der Beklagten eingesetzt werden. Dies gilt insbesondere auch für die Streifengänge. Bei den vom Kläger als sächliche Betriebsmittel

51

genannten Geräten handelt es sich allein um solche, die stationär im Wachlokal vorgehalten werden. Die Tätigkeit dort macht aber ohnehin nur einen Teil der im Rahmen des Auftrages zu verrichtenden Tätigkeiten aus. Nach dem vom Kläger unbestrittenen Vortrag sind optische Überwachungseinrichtungen - unabhängig davon, dass es sich hierbei auch um Hilfsmittel handelt - erst von der Beklagten im Objekt verbaut worden, dh., diese waren noch nicht zur Zeit der Auftragsdurchführung durch A vorhanden und wurden daher auch nicht vom Kläger und dessen Kollegen genutzt.

Auch wenn zugunsten des Klägers unterstellt wird, die Gesamtheit der von A im Objekt „F I“ eingesetzten Mitarbeiter habe eine identifizierbare wirtschaftliche und organisatorische Teileinheit, dh. einen Betriebsteil, gebildet und die Beklagte beschäftige jetzt insgesamt nicht nur zehn, sondern 14 zuvor von A eingesetzte Mitarbeiter, lässt sich eine Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit nicht feststellen.

52

Zwar kann in Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, auch eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ist in solchen Fällen dann anzunehmen, wenn der neue Auftragnehmer nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, welches sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hatte (*vgl. BAG 23. September 2010 - 8 AZR 567/09 - AP BGB § 613a Nr. 389 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 120*). In Branchen, die durch einen objektbezogenen Personaleinsatz mit untergeordneter Bedeutung von sächlichen Betriebsmitteln geprägt sind, genügt dies, um die Identität der wirtschaftlichen Einheit fortzuführen. Von der Struktur des Betriebs oder Betriebsteils hängt es dann ab, welcher nach Zahl und Sachkunde zu bestimmende Teil der Belegschaft übernommen werden muss, um die Rechtsfolgen des § 613a BGB auszulösen. Werden Arbeitnehmer mit einer geringeren Qualifikation beschäftigt, muss eine größere Anzahl von ihnen weiterbeschäftigt werden, um auf einen Fortbestand der vom Konkurrenten geschaffenen Arbeitsorganisation schließen zu können, als wenn der Betrieb stärker durch

53

Spezialwissen und Qualifikation der Arbeitnehmer geprägt ist. Dann kann neben anderen Kriterien ausreichen, dass wegen ihrer Sachkunde wesentliche Teile der Belegschaft übernommen werden (*st. Rspr., vgl. BAG 25. September 2008 - 8 AZR 607/07 - AP BGB § 613a Nr. 355 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 98*). Entscheidend ist, ob der weiterbeschäftigte Belegschaftsteil insbesondere aufgrund seiner Sachkunde, seiner Organisationsstruktur und nicht zuletzt auch seiner relativen Größe im Grundsatz funktionsfähig bleibt (*vgl. Hartmann EuZA 2011, 329, 335*).

Von diesen Grundsätzen ist auch das Landesarbeitsgericht ausgegangen und ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt, dass weder die Beschäftigung von vier der sieben zuvor im Objekt „F I“ von A eingesetzten Wachleuten noch die Beschäftigung von 14 von zuvor insgesamt 28 beschäftigten Arbeitnehmern auf die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit schließen lässt. Hierbei hat das Landesarbeitsgericht zutreffend maßgeblich darauf abgestellt, dass es sich bei der Tätigkeit der Wachleute um eine einfache, leicht erlernbare Tätigkeit handelt und der zuvor im Objekt „F I“ beschäftigte Objektverantwortliche nicht für die Beklagte tätig ist bzw. bezogen auf alle Objekte nur eine Arbeitnehmerin zuvor als Objektverantwortliche tätig war.

54

Die Frage, welchen Anteil der Belegschaft der neue Auftragnehmer beschäftigen muss, damit bei gering qualifizierten Tätigkeiten von der Übernahme eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des Personals gesprochen werden kann, war bereits mehrfach Gegenstand von Entscheidungen des Senats. Dieser hat bei Reinigungsarbeiten die Beschäftigung von 60 % (*vgl. BAG 24. Mai 2005 - 8 AZR 333/04 - EzA BGB 2002 § 613a Nr. 37*) oder von zwei Dritteln von zuvor beim alten Auftragnehmer beschäftigten Reinigungskräften nicht als ausreichend angesehen, um eine Identitätswahrung anzunehmen (*vgl. BAG 19. März 1998 - 8 AZR 737/96 - Rn. 24*). Bei der Neuvergabe eines Bewachungsauftrages wurde die Schwelle zur Identitätswahrung bei einem Anteil von etwa 61 % (22 von 36) weiterbeschäftigten einfachen Wachleuten als nicht überschritten betrachtet (*vgl. BAG 14. Mai 1998 - 8 AZR 418/96 - NZA 1999, 483*). Bei einfachen Tätigkeiten im Rahmen eines Hol- und Bringdienstes reichte die Weiterbeschäftigung von 75 % der ehemaligen Beschäftigten nicht

55

aus, um die Übernahme der Hauptbelegschaft und das Vorliegen eines Betriebsübergangs zu bejahen, zumal keine Bewahrung der früheren Arbeitsorganisation damit einherging (vgl. BAG 10. Dezember 1998 - 8 AZR 676/97 - AP BGB § 613a Nr. 187 = EzA BGB § 613a Nr. 174). Der Senat hat es bei Reinigungsarbeiten hingegen für eine Identitätswahrung genügen lassen, dass etwas über 85 % der früheren Arbeitnehmer in ihren angestammten Funktionen und die einzige Vorarbeiterin weiterbeschäftigt wurden (vgl. BAG 11. Dezember 1997 - 8 AZR 729/96 - BAGE 87, 303 = AP BGB § 613a Nr. 172 = EzA BGB § 613a Nr. 159). Dies zeigt, dass die Kriterien Zahl und Sachkunde des weiterbeschäftigten Personals nicht beziehungslos nebeneinanderstehen, sondern sich wechselseitig beeinflussen. Die Beschäftigung von vier von sieben, dh., von etwa 57 % der im Objekt „F I“ eingesetzten Wachleute, ist daher kein Anknüpfungspunkt, um von einer Identitätswahrung auszugehen. Die Tätigkeit der „einfachen“ Wachleute stellt nur geringe Qualifikationsanforderungen, die innerhalb einer kurzen Anlernzeit erworben werden können. Auch der Kläger behauptet nichts Gegenteiliges. Dass die Objektverantwortlichen angesichts ihrer Aufgaben - sie melden zum Beispiel Probleme dem Bereichsleiter und bereiten selbst Lösungsvorschläge vor, organisieren alle für die Aufgabenerfüllung notwendigen Meldungen oder melden Verstöße gegen Dienstanweisungen oder eigene Anweisungen an den Bereichsleiter - innerhalb der Belegschaft und der geschaffenen Organisationsstruktur wesentliches Erfahrungswissen repräsentieren, kann zugunsten des Klägers unterstellt werden. Gleichwohl liegt keine Identitätswahrung vor, weil kein Objektverantwortlicher von der Beklagten beschäftigt wird, der zuvor für das Objekt „F I“ verantwortlich war, also der nach Zahl und Sachkunde wesentliche Teil der Belegschaft bzgl. des Objekts gerade nicht weiterbesteht. A hatte zur Erfüllung der von der Firma F übertragenen Aufgaben eine Organisationsstruktur geschaffen, die für jedes Objekt einen Objektverantwortlichen mit besonderen Aufgaben vorsah. Bezogen auf das Objekt „F I“, hat sich die Beklagte durch die bloße Beschäftigung von vier Wachleuten jedoch diese betriebliche Organisation nicht zu eigen gemacht. Dh., die Beklagte profitiert nicht von der Weiternutzung einer von A geschaffenen Betriebsorganisation (vgl. auch Generalanwältin Trstenjak Schlussanträge

26. Oktober 2010 EuGH - C-463/09 - [CLECE] Rn. 68; Hartmann EuZA 2011, 329, 336 f.). Gleiches gilt auch, wenn alle fünf Objekte als Bezugsobjekt für die Frage des Betriebsteilübergangs gewählt werden. In diesem Fall arbeiten selbst nach dem Vortrag des Klägers nur 50 % (14 von 28) aller zuvor bei A Beschäftigten bei der Beklagten, wobei nur eine Objektverantwortliche, also 20 % der qualifizierteren Mitarbeiter nun ihre Tätigkeit bei der Beklagten verrichtet. Es kann angesichts dieser Zahlenverhältnisse nicht davon gesprochen werden, die Beklagte habe das identitätsprägende „Gerüst“ der Belegschaft deshalb übernommen. A hatte zur Bewachung von fünf Objekten eine Struktur geschaffen, die für jedes Objekt einen mit besonderen Aufgaben betreuten Objektverantwortlichen und insgesamt weitere 23 Wachleute vorsah. Diese Betriebsorganisation wird nicht weitergenutzt, wenn lediglich 14 Wachleute (50 % aller Arbeitnehmer) und nur eine einzige Objektverantwortliche (20 % des qualifizierten Personals) zur Überwachung derselben fünf Objekte durch den neuen Auftragnehmer beschäftigt werden. Die geschaffene Organisation des Bewachungsbetriebs für fünf Objekte lässt sich mit diesen Mitarbeitern nicht aufrechterhalten.

cc) Entgegen der Auffassung des Klägers führt auch nicht zu einem anderen Ergebnis, dass er und andere Arbeitnehmer von der Beklagten ein Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages erhalten hatten, das sie nicht angenommen haben. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht diesen Umstand bei der Prüfung, ob ein Betriebsübergang vorliegt, nicht berücksichtigt. 56

Zwar hatte der Europäische Gerichtshof in seinem noch zur Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 ergangenen Urteil vom 14. April 1994 (- C-392/92 - [Christel Schmidt] Slg. 1994, I-1311 = AP BGB § 613a Nr. 106 = EzA BGB § 613a Nr. 114) einen Betriebsübergang in einem Fall angenommen, in dem die einzige Arbeitnehmerin vom neu beauftragten Unternehmen ein erfolgloses Angebot zur Weiterbeschäftigung erhalten hatte. Jedoch hat der EuGH, beginnend mit seinem Urteil vom 11. März 1997 (- C-13/95 - [Ayse Süzen] Slg. 1997, I-1259 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 14 = EzA BGB § 613a Nr. 145), diese Rechtsprechung modifiziert. Der EuGH stellt bei einer Auftragsnachfolge nunmehr bei betriebsmittelarmen 57

Betrieben auf die tatsächliche Übernahme eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des Personals (vgl. *Lorenz ZIP 1997, 531, 533*), dh. auf die tatsächliche Identitätswahrung ab (vgl. zuletzt *EuGH 20. Januar 2011 - C-463/09 - [CLECE] EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2001/23 Nr. 6*). Auch nach Art. 1 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001, welche an die Stelle der Richtlinie 77/187/EWG getreten ist, „gilt als Übergang im Sinne dieser Richtlinie der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“. Die Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG stellt damit selbst auf das Erfordernis einer Identitätswahrung ab (vgl. *BAG 14. August 2007 - 8 AZR 1043/06 - AP BGB § 613a Nr. 325 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 74; Dreher in Bernsau/Dreher/Hauck Betriebsübergang 3. Aufl. § 613a BGB Rn. 90*). Kommt es nicht zur Weiterbeschäftigung des für die Identitätswahrung relevanten Anteils der Arbeitnehmer, so nutzt der Auftragsnachfolger gerade nicht die vom alten Auftragnehmer in der personellen Verbundenheit geschaffene Organisationsstruktur (vgl. auch *Generalanwältin Trstenjak Schlussanträge 26. Oktober 2010 EuGH - C-463/09 - [CLECE] Rn. 68; Hartmann EuZA 2011, 329, 336*). Die Identitätswahrung ist dann gerade misslungen. Wird das Angebot, mit derselben Tätigkeit wie zuvor zum Nachfolger zu wechseln, von den Beschäftigten des Vorgängers - oder einer identitätswahrenden Anzahl von ihnen - abgelehnt, liegt kein Betriebsübergang vor (vgl. *Schlachter FS Däubler S. 180, 186; Moll RdA 1999, 233, 238; Müller-Glöge NZA 1999, 449, 453: bloße Einstellungsangebote reichen nicht aus*). Die fehlende Bereitschaft des relevanten Anteils der Beschäftigten, die Arbeitsbedingungen beim Nachfolger zu akzeptieren, bringt zwar somit auch die verbliebenen, gegebenenfalls selbst wechselbereiten Arbeitnehmer um die Chance eines Betriebsübergangs, jedoch ist dies gerade die Konsequenz des Erfordernisses der Identitätswahrung. Eine richterliche Kontrolle, die die Entscheidung der wechselunwilligen Belegschaftsmitglieder im Interesse ihrer Kollegen an das Vorliegen „sachlicher Gründe“ bindet, findet ebenso wenig statt (vgl. *Schlachter FS Däubler aaO*) wie eine richterliche Kontrolle der vom Nachfolger angebotenen Arbeitsbedingun-

gen. Der Nachfolger bzw. der relevante Anteil der Beschäftigten haben es insoweit „in der Hand“, einen Betriebsübergang herbeizuführen oder nicht. Damit wird aber § 613a BGB nicht umgangen, sondern seine Voraussetzungen auf der Tatbestandsseite treten nicht ein. Ebenso wie es dem Übernehmer freisteht, ob er materielle und/oder immaterielle Betriebsmittel des Veräußerers übernimmt und damit einen Betriebsübergang auslöst, steht es dem Auftragsnachfolger frei, ob er die nach Zahl und Sachkunde für eine Identitätswahrung „kritische Masse“ der Belegschaft des früheren Auftragnehmers durch Abschluss von Arbeitsverträgen willentlich weiterbeschäftigt oder nicht (*vgl. BAG 13. November 1997 - 8 AZR 295/95 - BAGE 87, 115 = AP BGB § 613a Nr. 169 = EzA BGB § 613a Nr. 154*). Genauso ist es Sache der einzelnen Arbeitnehmer, ob sie mit dem Auftrags- oder Funktionsnachfolger Arbeitsverträge schließen. Weder § 613a BGB noch die Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG sehen eine von der Tatbestandsvoraussetzung der Identitätswahrung losgelöste, unbedingte Verpflichtung des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung des bisherigen Personals vor. Vielmehr kann sich der neue Auftragnehmer gerade entscheiden, ob er unter Inkaufnahme der Rechtsfolgen des § 613a BGB eine mit dem Personal verknüpfte Betriebsorganisation weiternutzt und hieraus Vorteile zieht oder hierauf verzichtet (*vgl. Generalanwältin Trstenjak Schlussanträge 26. Oktober 2010 EuGH - C-463/09 - [CLECE] Rn. 65*).

Daher geht auch der Hinweis des Klägers auf die Entscheidung des Senats vom 19. März 2009 (- 8 AZR 722/07 - BAGE 130, 90 = AP BGB § 613a Nr. 369 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 108) fehl, wonach ein Erlassvertrag nach § 134 BGB nichtig ist, der abgeschlossen wird, um die zwingenden Rechtsfolgen des § 613a Abs. 1 BGB zu umgehen. § 613a BGB findet im Streitfall schlicht keine Anwendung. Wird in Fällen, in denen es für einen Betriebsübergang auf die Übernahme des wesentlichen Teils der Belegschaft ankommt, die „kritische Masse“ nicht überschritten, so fehlt jeder Ansatzpunkt, der die Anwendung der weitreichenden Rechtsfolgen des § 613a BGB rechtfertigen könnte (*vgl. ErfK/Preis 12. Aufl. § 613a BGB Rn. 39; Moll RdA 1999, 233, 238*).

58

III. Mangels eines Wiedereinstellungsanspruches des Klägers und damit 59
wegen des Nichtzustandekommens eines Arbeitsverhältnisses zwischen den
Parteien besteht kein Anspruch des Klägers auf Zahlung des ihm entgangenen
Entgelts im Zeitraum April bis Juli 2009, so dass auch seine Zahlungsklage
unbegründet ist.

D. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 60

Hauck

Böck

Breinlinger

Brückmann

Dr. Hermann