

**Aktenzeichen: 8 AZR 418/96**

**Bundesarbeitsgericht 8. Senat**

**Urteil vom 14. Mai 1998**

**- 8 AZR 418/96 -**

**I. Arbeitsgericht  
Karlsruhe**

**Urteil vom 07. September 1995**

**- 3 Ca 177/95 -**

**II. Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg (Mannheim)**

**Urteil vom 26. März 1996**

**- 16 Sa 134/95 -**

---

**Für die Amtliche Sammlung: Nein**

**Für die Fachpresse : Nein**

**Für das Bundesarchiv : Nein**

---

**Entscheidungsstichwort:**

**Betriebsübergang - Neuvergabe eines Bewachungsauftrags**

**Gesetz:**

**BGB § 613 a**

**Leitsätze:**

**K e i n e**



**JLaw – Gesetze und Urteile**

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

**(mobile App)**



**JLaw – für Android**



**JLaw – für iOS**

8 AZR 418/96

16 Sa 134/95 Baden-Württemberg (Mannheim)

# Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
14. Mai 1998

## Urteil

Klapp,  
Amtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

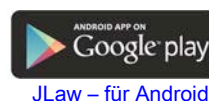
pp.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Mai 1998 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ascheid, die Richter Dr. Wittek und Dr. Mikosch sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Krause und Schmitzberger für Recht erkannt:



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 26. März 1996 - 16 Sa 134/95 - aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

### V o n R e c h t s   w e g e n !

#### T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen aufgrund eines Betriebs-  
(teil)übergangs ein Arbeitsverhältnis besteht.

Der 1945 geborene schwerbehinderte Kläger war seit 1982 als Wachmann bei dem Bewachungsunternehmen Objektschutzdienst S GmbH (Firma S ) beschäftigt. Er wurde im Forschungszentrum Karlsruhe GmbH, einer dem Atomgesetz unterfallenden kerntechnischen Anlage, eingesetzt und mit der Bewachung des Außenzauns sowie mit Tor- und Streifendienst betraut. Die Firma S setzte im Rahmen des mit dem Forschungszentrum abgeschlossenen Bewachungsvertrags insgesamt 36 Wachleute ein. Daneben nahmen 54 Mitarbeiter der Wachdienst R GmbH (Firma WRW) Bewachungsaufgaben im Forschungszentrum wahr. Im Jahre 1994 kündigte das Forschungszentrum die Bewachungsverträge mit den genannten Bewachungsunternehmen zum 30. November 1994. Gemäß der Neuausschreibung sollte ab dem 1. Dezember 1994 nur noch ein Bewachungsauftrag mit insgesamt reduziertem und geändertem Leistungsumfang vergeben werden. Danach waren im kontinuierlichen Wechselschichtdienst noch 11 Positionen zu besetzen. Dies ergab einschließlich der sog. Freischicht einen Be-



darf von 44 Wachleuten. Während einige objektbezogene Wachen und Streifen wegfielen, weil weniger Gebäude zu bewachen waren, kamen zwei Positionen „Alarmverstärkungstrupp mit Pkw“ und eine Position „Hundeführer“ neu hinzu. Für den Tagdienst ergab sich ein weiterer Bedarf von acht Mitarbeitern.

Um die Auftragsvergabe bemühten sich u.a. die Firma S , die Firma WRW und die Beklagte, die am 12. August 1994 die Genehmigung zur Bewachung von Anlagen mit atomrechtlichem Charakter erhalten hatte. Das Forschungszentrum teilte der Beklagten mit Schreiben vom 6. September 1994 mit, sie könne mit dem Zuschlag rechnen. Danach bewarben sich bei der Beklagten 31 bzw. 35 Arbeitnehmer der Firmen S und WRW. Die Beklagte erhielt den Auftrag endgültig am 10. Oktober 1994. Sie stellte u.a. 22 der bisher von der Firma S im Forschungszentrum eingesetzten 36 Wachleute ein, nicht aber den Kläger, der sich ebenfalls beworben hatte. Seit dem 1. Dezember 1994 führt die Beklagte die Bewachung des Forschungszentrums entsprechend der Neuausschreibung mit 52 Wachleuten durch. Sie bedient sich dabei in gleicher Weise wie die zuvor damit betrauten Bewachungsunternehmen der Räumlichkeiten, der Eingangspforten, der Funkgeräte, der Betriebsstoffe für die Kraftfahrzeuge, der Formulare, der Fahrräder, der Waffenschränke, des Waffentresors und der stationären Sicherungsanlagen des Forschungszentrums. Waffen, Munition, Kleidung (Uniformen), Hunde und Kraftfahrzeuge stellt sie selbst.

Nachdem die Firma S nach erteilter Zustimmung der Hauptfürsorgestelle das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 29. Dezember 1994 ordentlich zum 31. Januar 1995 gekündigt hatte, machte der Kläger am 17. Februar



1995 erfolglos den Übergang seines Arbeitsverhältnisses gegenüber der Beklagten geltend.

Mit der am 12. April 1995 erhobenen Klage hat der Kläger vorgetragen, es liege ein Betriebsübergang von der Firma S auf die Beklagte vor. Die Beklagte sei nicht nur in die Bewachungsfunktion eingetreten, sondern habe sich auch wesentliche sächliche und immaterielle Betriebsmittel zunutze gemacht. Sie habe die Kenntnisse, die Erfahrung und die Qualifikation der Mitarbeiter der Firma S genutzt und wäre ohne diese zur Übernahme des Bewachungsauftrags mangels eigener ausgebildeter, geprüfter und eingearbeiteter Objektschützer überhaupt nicht in der Lage gewesen. Alle vier Schichtführer der Beklagten seien früher Mitarbeiter der Firma S gewesen. Er, der Kläger, habe seine Bewerbung bei der Beklagten keinesfalls zurückgezogen und sei auch fortan leistungsbereit und -fähig gewesen. Von einer Verwirkung des Beschäftigungsanspruchs könne im Hinblick auf die erst zum 31. Januar 1995 erfolgte Kündigung keine Rede sein.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien seit dem 1. Dezember 1994 in ungekündigter Form auf der Grundlage des Arbeitsvertrages vom 2. November 1987 fortbestehe,
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger als Objektschützer im Forschungszentrum Karlsruhe auf der Grundlage des Arbeitsvertrages vom 2. November 1987 bei einem Lohn von mindestens 16,70 DM weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Ein Betriebsübergang liege nicht vor. Sächliche und immaterielle Betriebsmittel seien nicht übergegangen.

Der Ablauf der Bewachung sei von der Aufsichtsbehörde und von der Forschungs-



anstalt vorgegeben. Die Vertragsbedingungen mit dem Forschungszentrum hätten sich erheblich verändert. Sie, die Beklagte, sei bei der Annahme des Bewachungsauftrags nicht auf die Mitarbeiter der Firma S angewiesen gewesen. Angesichts von 42 externen und 13 hausinternen Bewerbungen und wegen der speziellen Ausbildung und Bereitstellung von Wachleuten durch ihre Tochtergesellschaft sei die Personalbeschaffung problemlos zu bewältigen gewesen. Ein Schichtführer besitze keine besondere Qualifikation, sondern kümmere sich lediglich zusätzlich um Einteilung und Einsatz der Mitarbeiter. Der Kläger habe seine Bewerbung Anfang November 1994 ohne Angabe von Gründen zurückgezogen und damit einem Übergang des Arbeitsverhältnisses konkludent widersprochen. Er sei auch danach nicht leistungsbereit und -fähig gewesen. Am 1. Dezember 1994 wäre er von der Beklagten durchaus noch eingestellt worden. Einen etwaigen Beschäftigungsanspruch habe er dann aber mangels rechtzeitiger Klagerhebung verwirkt.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision hält die Beklagte an ihrem Klagabweisungsantrag fest.

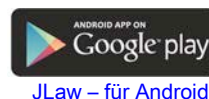
### Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 564 Abs. 1, § 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

I. Das Landesarbeitsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen ausgeführt:



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



Es bestehe eine Funktionsnachfolge der Beklagten in Bezug auf den Dienstleistungsbereich, in dem der Kläger eingesetzt worden sei. Das reiche aus, um den Übergang des Arbeitsverhältnisses anzunehmen. Ob und inwieweit die Funktionsübertragung mit der Übernahme von materiellen oder immateriellen Betriebsmitteln verbunden gewesen sei, sei unerheblich. Dasselbe gelte für die Frage, ob die Beklagte zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung einen Teil der eingearbeiteten und ausgebildeten Mitarbeiter des bisherigen Auftragnehmers benötigt habe. Der Betriebs(teil)übergang von den früher beauftragten Bewachungsunternehmen auf die Beklagte sei durch eine Kette von Rechtsgeschäften bewerkstelligt worden.

Da nach der Ansicht des Europäischen Gerichtshofs die Bewahrung der Identität der Einheit im Sinne der tatsächlichen Weiterführung der Geschäftstätigkeit einen Betriebsübergang indiziere, erscheine es zumindest geboten, bei der erforderlichen Gesamtwürdigung aller Umstände der Übernahme von Teilen der Belegschaft, dem Grad der Ähnlichkeit zwischen dem vor und nach dem Übergang wahrgenommenen Bewachungsauftrag und dem Zeitmoment deutlich größeres Gewicht beizumessen. Die Beklagte habe - aus welchen Gründen auch immer - 22 der 36 zuvor von der Firma S eingesetzten Arbeitnehmer ohne zeitliche Unterbrechung mit im wesentlichen gleichgelagerten Aufgaben im Bewachungsobjekt weiterbeschäftigt. Daß es sich dabei um Mitarbeiter handele, die nicht nur über den IHK-Abschluß „Geprüfte Werkschutzfachkraft“, sondern darüber hinaus über Erfahrungen vor Ort verfügten, verstärke die Bedeutung der Übernahme von mehr als 60 % des alten Bewachungspersonals. Dies gelte um so mehr, als die Beklagte erst am 12. August 1994 die Genehmigung erhalten habe, einen dem Atomgesetz unterfallenden Komplex zu sichern. Der spezielle Betriebszweck eines Kernforschungszentrums stelle an das



Wachpersonal erhöhte Anforderungen. Die Fachkenntnisse der übernommenen Mitarbeiter seien im Rahmen der Gesamtabwägung nicht zu unterschätzen, obwohl die Arbeitnehmer selbst nicht zum Betrieb im Sinne von § 613 a BGB gehörten.

Sollte der Kläger seine Bewerbung bei der Beklagten zurückgenommen haben, stelle das keinen Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses dar; denn es könne nicht ausgeschlossen werden, daß Beweggrund dafür lediglich die Erkenntnis des gesetzlichen Übergangs des Arbeitsverhältnisses gewesen sei. Eine Verwirkung des Beschäftigungsanspruchs komme nicht in Betracht, da die Firma S dem Kläger erst zum 31. Januar 1995 gekündigt und ihm für den Lauf der Kündigungsfrist Urlaub gewährt habe.

II. Diese Ausführungen sind nicht durchgehend rechtsfehlerfrei. Ob ein Betriebsübergang von der Firma S auf die Beklagte vorliegt, kann aufgrund der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts noch nicht abschließend beurteilt werden. Entsprechendes gilt für die möglicherweise entscheidungserheblichen Fragen, ob der Kläger einem etwaigen Übergang des Arbeitsverhältnisses widersprochen oder einen etwaigen Beschäftigungsanspruch verwirkt hat.

1. Der Senat hat die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs bei der Neugabe von Bewachungsaufträgen im einzelnen im Urteil vom 22. Januar 1998 (- 8 AZR 775/96 - zur Veröffentlichung vorgesehen, zu B I 1 der Gründe, m.w.N.; ebenso Beschluß vom 22. Januar 1998 - 8 ABR 83/96 -, n.v.) dargestellt. Danach gilt folgendes:

a) Ein Betriebsübergang setzt die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit voraus. Der Begriff Einheit bezieht sich danach auf eine organi-



sierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche den jeweiligen Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören als Teilaspekte der Gesamtwürdigung namentlich die Art des Unternehmens oder Betriebs, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit. Eine Einheit darf allerdings nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden. Die Identität der Einheit ergibt sich auch aus anderen Merkmalen, wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln.

b) Soweit in Branchen, in denen es im wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden sind, eine wirtschaftliche Einheit darstellt, kann eine solche Einheit ihre Identität über ihren Übergang hinaus bewahren, wenn der neue Unternehmensinhaber 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 der bloße Verlust eines Auftrags an einen Mitbewerber für sich genommen keinen Betriebsübergang dar. Das zuvor beauftragte Dienstleistungsunternehmen verliert zwar einen Kunden, besteht aber weiter, ohne daß einer seiner Betriebe oder Betriebsteile



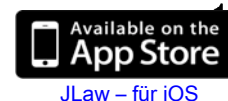
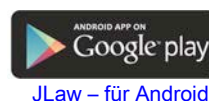
auf den neuen Auftragnehmer übertragen worden wäre. Ist zur Erfüllung des Auftrags die Nutzung von durch den Auftraggeber gestellten Arbeitsmitteln und Einrichtungen geboten, hat eine wertende Beurteilung zu erfolgen, ob diese dem Betrieb des Auftragnehmers als eigene Betriebsmittel zugeordnet werden können. Nur dann sind sie in die Gesamtabwägung, ob ein Betriebsübergang stattgefunden hat, einzubeziehen.

c) Einem Betrieb sind auch solche Gebäude, Maschinen, Werkzeuge oder Einrichtungsgegenstände als sächliche Betriebsmittel zuzurechnen, die nicht im Eigentum des Betriebsinhabers stehen, sondern die dieser aufgrund einer mit Dritten getroffenen Nutzungsvereinbarung zur Erfüllung seines Betriebszwecks einsetzen kann. Die Nutzungsvereinbarung kann als Pacht, Nießbrauch oder als untypischer Vertrag ausgestaltet sein. Wesentlich ist, daß dem Berechtigten Betriebsmittel zur eigenwirtschaftlichen Nutzung überlassen sind. Erbringt der Auftragnehmer dagegen nur eine (Dienst-)Leistung an fremden Geräten und Maschinen innerhalb fremder Räume, ohne daß ihm die Befugnis eingeräumt ist, über Art und Weise der Nutzung der Betriebsmittel in eigenwirtschaftlichem Interesse zu entscheiden, können ihm diese Betriebsmittel nicht als eigene zugerechnet werden.

d) Maßgebliches Unterscheidungskriterium für die Frage, ob im Eigentum des Auftraggebers stehende Arbeitsmittel Betriebsmittel des sie nutzenden Auftragnehmers sind, ist die Art der vom Auftragnehmer am Markt angebotenen Leistung. Da eine wertende Zuordnung vorzunehmen ist, ist eine typisierende Betrachtungsweise zulässig. Handelt es sich um eine Tätigkeit, für die regelmäßig Maschinen, Werkzeuge, sonstige Geräte oder Räume innerhalb eigener Verfügungsmacht und aufgrund eigener Kalkulation eingesetzt werden müssen, sind auch nur zur Nutzung überlas-



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



sene Arbeitsmittel dem Betrieb oder dem Betriebsteil des Auftragnehmers zuzurechnen. Ob diese Betriebsmittel für die Identität des Betriebes wesentlich sind, ist Gegenstand einer gesonderten Bewertung. Wird dagegen vom Auftragnehmer eine Leistung angeboten, die er an den jeweiligen Einrichtungen des Auftraggebers zu erbringen bereit ist, ohne daß er daraus einen zusätzlichen wirtschaftlichen Vorteil erzielen und ohne daß er typischerweise über Art und Umfang ihres Einsatzes bestimmen könnte, gehören diese Einrichtungen nicht zu den Betriebsmitteln des Auftragnehmers.

2. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts erfüllt allein eine Funktionsnachfolge nicht die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs im Sinne von § 613 a BGB (vgl. dazu nur den Vorlagebeschluß des erkennenden Senats vom 21. März 1996 - 8 AZR 156/95 - AP Nr. 10 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187). Diese Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist mit den europarechtlichen Vorgaben der Richtlinie 77/187 vereinbar. Dies hat der EuGH mit Urteil vom 11. März 1997 (- Rs C-13/95 - DB 1997, 628) bestätigt. Wie der EuGH unter Nr. 15 der Entscheidungsgründe ausführt, darf eine Einheit im Sinne der Richtlinie nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden. Für den Fall des Wechsels eines Reinigungsauftrages hat der EuGH unter Nr. 16 der Entscheidungsgründe ausdrücklich hinzugefügt, daß der bloße Verlust eines Auftrags an einen Mitbewerber für sich genommen keinen Übergang im Sinne der Richtlinie darstellt. Für Bewachungsaufträge gilt nichts anderes. Damit entspricht die Entscheidung des EuGH der im Vorlagebeschluß des Senats wiedergegebenen früheren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

3. Soweit das Landesarbeitsgericht auf die Bewahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit abstellt, sind die Ausführungen ebenfalls nicht rechtsfehlerfrei.



Die erheblichen Umstände werden nicht vollständig gewürdigt. Der Senat kann das nicht selbst nachholen, da das Landesarbeitsgericht keine abschließenden Feststellungen getroffen hat.

a) Das Landesarbeitsgericht hat zunächst die Einschränkung und Änderung der Bewachung im Forschungszentrum nicht hinreichend beachtet. Da nach der Neuausschreibung des Bewachungsauftrags statt insgesamt 90 nur noch 52 Wachleute einzusetzen waren, kommt ein vollständiger Betriebs(teil)übergang von beiden früher beauftragten Bewachungsunternehmen auf die Beklagte nicht in Betracht. Die Einschränkung der Tätigkeit auf ca. 58 % stellt eine erhebliche Änderung der wirtschaftlichen Tätigkeit dar. Es liegt - unabhängig von einer etwa erforderlichen Neuorganisation - schon aufgrund der stark reduzierten Arbeitsmenge nicht mehr im wesentlichen dieselbe oder eine ähnliche Arbeitsaufgabe vor. In diesem Zusammenhang ist unerheblich, ob die Bewachungsaufträge der Firmen S und WRW etwa gemeinsam eine abgrenzbare wirtschaftliche Einheit darstellten.

Der Kläger hat bisher nichts dafür vorgetragen, daß eine abgrenzbare Teileinheit des Bewachungsauftrags der Firma S auf die Beklagte übergegangen sei. Es erscheint immerhin nicht ganz ausgeschlossen, daß die Bewachung organisatorisch aufgegliedert war und der Kläger einer übergegangenen Teileinheit angehörte.

Das Landesarbeitsgericht wird vor allem aufklären müssen, ob etwa gerade die Teilaufgabe der Bewachung, die die Tätigkeit der Firma S im Forschungszentrum ausmachte, auf die Beklagte übergegangen ist. Ein Betriebsübergang von der Firma S auf die Beklagte kommt in Betracht, wenn die Beklagte nunmehr



im wesentlichen gerade die Tätigkeiten ausführt, die zuvor der Firma S übertragen waren (und nur geringfügig die früheren Bewachungstätigkeiten der Firma WRW). Darüber hinaus wird das Landesarbeitsgericht gegebenenfalls prüfen müssen, ob sich Charakter und Zielsetzung der Arbeitsaufgabe durch die neuen Positionen „Alarmverstärkungstrupp mit Pkw“ und „Hundeführer“ verändert haben. Eine Autofahrt zwecks Bewachung ist etwas anderes als eine Fußstreife.

b) Ist die Arbeitsaufgabe im wesentlichen erhalten geblieben, kommt es maßgeblich darauf an, ob die Beklagte die Hauptbelegschaft der Firma S übernommen hat. Auch das kann nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht abschließend beurteilt werden.

Handelt es sich um einfache Tätigkeiten, genügt die Einstellung von 22 der früher beschäftigten 36 Arbeitnehmer nicht, um die Wahrung der betreffenden Einheit annehmen zu können. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kommt jedoch eine verhältnismäßig qualifizierte und spezialisierte Tätigkeit in Betracht. Insbesondere kann es auf die Bedeutung der vier Schichtführer und etwaiger (weiterer) Führungskräfte ankommen. Es erscheint nicht ausgeschlossen, daß die 22 eingestellten Arbeitnehmer in diesem Sinne das „Gerüst“ der Belegschaft der Firma S in der Forschungsanlage darstellten und das wesentliche know how repräsentierten. Von Bedeutung kann auch die Rolle des Forschungszentrums bei Leitung und Organisation der Bewachung sein. All das wird vom Landesarbeitsgericht im einzelnen festzustellen und zu würdigen sein.

c) Die Beklagte hat nach dem Vortrag des Klägers im übrigen keine sächlichen oder immateriellen Betriebsmittel übernommen. Soweit sie unverändert die Räum-



lichkeiten, Eingangspforten, Funkgeräte, Betriebsstoffe, Formulare, Fahrräder, Behälter und stationären Sicherungsanlagen des Auftraggebers nutzt, handelt es sich nicht um Betriebsmittel der Beklagten für eine eigenwirtschaftliche Kalkulation (vgl. Senatsurteil vom 22. Januar 1998, aaO, zu B I 2 der Gründe). Die unveränderte Weiterverwendung dieser Arbeitsmittel betrifft lediglich den Grad der Ähnlichkeit der früheren und der jetzigen Tätigkeit einschließlich der Organisation der Arbeit. Die Sachmittel, die die Beklagte selbst organisiert, die den zusätzlichen Wert der Bewachungstätigkeit ausmachen und in die Kalkulation einfließen, hat die Beklagte nicht übernommen, sondern werden von ihr selbst gestellt. Davon zu unterscheiden sind, wie ausgeführt, etwaige spezielle Fähigkeiten der Arbeitnehmer, gerade mit den Arbeitsmitteln des Forschungszentrums umzugehen, was einen besonderen Wert im Rahmen der Belegschaft repräsentieren kann.

4. Sofern das Landesarbeitsgericht einen Betriebsübergang wieder bejaht, wird es erneut prüfen müssen, ob der Kläger dem Übergang des Arbeitsverhältnisses widersprochen hat. Die Begründung des Landesarbeitsgerichts hierzu ist nicht haltbar. Hat der Kläger seine Bewerbung bei der Beklagten zurückgenommen, so kann das auch dann einen Widerspruch darstellen, wenn Beweggrund lediglich die Erkenntnis des gesetzlichen Übergangs des Arbeitsverhältnisses gewesen sein sollte (was der Kläger bisher nicht einmal vorgetragen hat). Der Kläger hätte dann zumindest gleichzeitig auf den gesetzlichen Übergang hinweisen müssen. Entscheidend ist, ob die Beklagte davon ausgehen mußte, der Kläger wolle bei ihr nicht zu den bisherigen Bedingungen weiterarbeiten (vgl. nur Senatsurteil vom 21. November 1996 - 8 AZR 265/95 - nicht veröffentlicht, zu I der Gründe). Zwar kann die Übernahme der Hauptbelegschaft und damit ein Betriebsübergang auch ohne die Bewer-



bung von Arbeitnehmern und ohne das Verlangen nach einer Einstellung erfolgen. Die Rücknahme einer Bewerbung zeigt aber doch, daß der Arbeitnehmer nicht eingestellt werden und - zu den in Frage stehenden Bedingungen - bei dem Arbeitgeber nicht arbeiten will. Ein Widerspruch kann deshalb bei der Rücknahme einer Bewerbung regelmäßig dann angenommen werden, wenn die Beschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen in Rede steht oder jedenfalls möglich ist. Andererseits kann der Arbeitnehmer auch zu erkennen geben, er halte eine „Bewerbung“ für überflüssig, weil der Übergang des Arbeitsverhältnisses automatisch eintreten werde oder schon eingetreten sei. Das Landesarbeitsgericht wird deshalb in erster Linie prüfen müssen, welche Erklärungen die Parteien vor und im Zusammenhang mit einer etwaigen Rücknahme der Bewerbung abgegeben haben.

5. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann eine Verwirkung des Beschäftigungsanspruchs nicht verneint werden. Ob und wann die Firma S gekündigt hat, wie lange die Kündigungsfrist gedauert hat und ob der Kläger Urlaub hatte, ist im Gegensatz zur Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht ausschlaggebend. Entscheidend sind vielmehr die Umstände im Verhältnis zu der Beklagten, insbesondere wann der Betriebsübergang offenbar wurde. Ein Arbeitnehmer, der trotz Kenntnis des Betriebsübergangs längere Zeit bei dem bisherigen Arbeitgeber weiterarbeitet und den Übergang seines Arbeitsverhältnisses nicht geltend macht, verwirkt die Rechte aus dem Betriebsübergang, wenn der Übernehmer sich darauf einstellen durfte, eine entsprechende Geltendmachung werde nicht mehr erfolgen. Das Landesarbeitsgericht muß daher gegebenenfalls noch aufklären, wann der Kläger das Vorliegen eines Betriebsübergangs erkannt hat und ob die Geltendmachung am 17. Februar 1995 noch rechtzeitig war. Gerade in den Fällen, in denen



sich der Betriebsübergang durch Einstellung der Hauptbelegschaft vollzieht, muß sich der neue Auftragnehmer darauf einrichten können, welche Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis mit ihm fortsetzen wollen. Andererseits muß auch dem Arbeitnehmer einige Zeit dafür eingeräumt werden, die richtigen Schlüsse aus der Übernahme der Hauptbelegschaft zu ziehen und über seine Absichten Klarheit zu gewinnen. In diesem Zusammenhang kann auch eine etwaige Rücknahme der Bewerbung wieder Bedeutung erlangen.

Ascheid

Dr. Wittek

Mikosch

Dr. Krause

E. Schmitzberger



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



**[JLaw – Gesetze und Urteile](#)**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
**[\(mobile App\)](#)**



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)