

## Betriebsübergang: Von den Betriebsmitteln zur wirtschaftlichen Einheit



*Von Outsourcing sind mittlerweile alle Branchen mehr oder weniger stark betroffen. In jedem Einzelfall ist anhand der Rechtsprechung zu prüfen, ob ein Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB mit dem sich daraus ergebenden Arbeitnehmerschutz vorliegt.*

**E**ine Welle von Fusionen erfaßt gegenwärtig alle Branchen die häufig gleichzeitig mit Ausgliederungen verbunden sind. Mit diesen Umstrukturierungen wollen sich die Unternehmen im Wettbewerb neu positionieren. Sie sind für Arbeitnehmer regelmäßig mit Betriebsübergängen verbunden. Dem § 613a BGB und seiner Auslegung kommt deshalb eine große Bedeutung zu. Gerade in den letzten Jahren gab es bedeutsame Veränderungen. Der vorliegende Beitrag erläutert die mittlerweile umfangreiche Rechtsprechung des BAG zur Problematik.

### 1. Christel Schmidt-Entscheidung

Die „Christel Schmidt-Entscheidung“ des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) hat in der Fachöffentlichkeit eine beispiellose Diskussion über Inhalt und Grenzen der Arbeitnehmerrechte bei Betriebsübergängen ausgelöst. In diesem Fall ging es um das Outsourcen des Reinigungsdienstes. Eine Sparkasse hatte ihre einzige Reinigungskraft einer Filiale gekündigt, nachdem sie die Reinigungsarbeiten ihrer Filiale einem Reinigungsunternehmen übertragen hatte. Dieses Unternehmen war bereit, die Reinigungskraft weiter zu beschäftigen — allerdings zu veränderten Vertragsbedingungen. Dies lehnte sie ab und erhob gegen die darauf ausgespro-

chene Kündigung Klage, die zunächst abgewiesen wurde. Das Landesarbeitsgericht rief den EuGH an. Nach dessen Ansicht fiel die Kündigung in den Schutzbereich der entsprechenden Europäischen Richtlinie zur Übertragung von Unternehmen. Die Wahrung der Identität liege immer dann vor, wenn dieselbe oder gleichartige Geschäftstätigkeit vom neuen Inhaber tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen würde (EuGH 14. 4. 1994, DB 1994, 1370). Zur Begründung stellte der EuGH auf den Begriff der **wirtschaftlichen Einheit** ab und maß der **Übernahme von Betriebsmitteln kein entscheidendes Gewicht** bei. Die Identität einer wirtschaftlichen Einheit beziehe sich seiner Meinung nach aus **verschiedenen Merkmalen** wie z. B. dem Personal, ihren Führungskräften, der Arbeitsorganisation und ihren Betriebsmitteln. Auch der Übernahmewille des neuen Inhabers sei zu berücksichtigen, der im Christel Schmidt-Fall in der Weise vorlag, daß das Reinigungsunternehmen die Putzfrau weiterbeschäftigen wollte, allerdings zu wesentlich schlechteren Konditionen. Keines der aufgeführten Merkmale sei allein entscheidend, sondern es müsse nach Ansicht des EuGH eine „Gesamtbetrachtung“ angestellt werden, die alle Umstände des Einzelfalles einbezieht.

Diese Kriterien sind überhaupt nicht neu, sondern entsprechen der langjährigen Rechtsprechung des EuGH, die allerdings von deutschen Gerichten lange Zeit nicht aufmerksam wahrgenommen wurden. Eine Auseinandersetzung mit ihnen fand bis zu der Christel Schmidt-Entscheidung nicht statt. In seiner weiteren Rechtsprechung hielt der EuGH an dem Begriff der wirtschaftlichen Einheit fest (vgl. zuletzt Ayse Sützen-Entscheidung, EuGH 11. 3. 1997, DB 1997, 628).

Nach der alten Rechtsprechung des BAG hätte Christel Schmidt voraussichtlich keine Chance gehabt. Danach hätte die Übernahme des Reinigungsauftrags durch das Reinigungsunternehmen lediglich als

eine Funktionsnachfolge gegolten, auf die das BAG § 613 a BGB nie angewandt hat. Bei einer derartigen Funktionsnachfolge handelt es sich um einen Übergang ohne jegliches immaterielle oder materielle Betriebsmittel, die das BAG stets für die Anwendung des § 613 a BGB vorausgesetzt hat. Outsourcende Unternehmen nutzten diese **Lücke** in der Rechtsprechung weidlich. Dies erklärt die helle Empörung, die die Christel Schmidt-Entscheidung vom 14. 4. 1994 auf Arbeitgeberseite auslöste.

## 2. Politische Schritte zur Novellierung der Europäischen Richtlinie

Auf Initiative der Bundesrepublik Deutschland schlug die Europäische Kommission vor, die dem § 613 a BGB zugrunde liegende Europäische Richtlinie in der Weise zu ändern, daß der alleinige Übergang der Tätigkeit eines Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteils nicht als Betriebsübergang anzusehen sei. Dieser Vorschlag scheiterte jedoch am Widerstand des Europäischen Parlaments. Geblieben sind lediglich Leitkriterien zur Anwendung der sogenannten Betriebsübergangs-Richtlinie (77/187/EWG), die die Rechtsprechung des EuGH in einem „Memorandum der Kommission zu den erworbenen Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen“ zusammenfaßte. Es entwickelte allerdings für die Funktionsnachfolge keine neuen Lösungsansätze. Damit war der Versuch der deutschen Seite gescheitert, durch Änderung der Europäischen Richtlinie der Rechtsprechung des EuGH den Boden zu entziehen (vgl. im einzelnen Bauer, DB 1994, 1982; Hanau, ZIP 1994, 1568; Blomeyer/Huep, Anm. zu EZA § 613 a BGB Nr. 145).

## 3. Die Ayse Sützen-Entscheidung des EuGH

Die Bemühungen von deutscher Seite zur Begrenzung des Anwendungsbereichs der

Europäischen Richtlinie erwiesen sich jedoch auf einem anderen Weg als letztlich erfolgreich. Nach veränderter Zusammensetzung der Spruchkammer des **EuGH** traf er die langersehnte Entscheidung, daß die **bloße Funktionsnachfolge nicht** in den Geltungsbereich der Richtlinie falle. Er hielt zwar an dem **Begriff der wirtschaftlichen Einheit fest** und führte insofern die bisherige Rechtsprechung kontinuierlich fort. Allerdings sollte dies nicht für bloße Tätigkeiten gelten, die nicht als eine wirtschaftliche Einheit im Sinne der Richtlinie verstanden werden dürften. Für den Wechsel eines Reinigungsauftrags ergänzte das Gericht, daß der **bloße Verlust eines Auftrags** an einen Mitbewerber für sich genommen **keinen Übergang** im Sinne der Richtlinie darstelle (EuGH 11. 3. 1997, DB 1997, 628 Ziff. 15 und 16).

Zugrunde lag der Fall, daß ein Auftrag gekündigt wird und eine Neuvergabe an ein anderes Unternehmen erfolgte. Nachdem eine Schule den Auftrag gekündigt hatte, entließ das Reinigungsunternehmen die Klägerin sowie sieben weitere in der Schule eingesetzte Mitarbeiter. Anschließend erteilte die Schule den Auftrag einem anderen Unternehmen, das alle Reinigungskräfte, deren Arbeitsverhältnis durch die alte Firma gekündigt worden war, übernahm — mit Ausnahme einer Putzfrau, nämlich Ayse Sützen.

Der **EuGH bestätigte seine bisherige Rechtsprechung**, wonach es für einen **Übergang** im Sinne der Richtlinie **entscheidend** sei, ob die **Identität** des betreffenden Betriebs bzw. Betriebsteils **gewahrt** bleibe. Dies sei zu bejahen, wenn der Betrieb tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird. Dem Fehlen einer vertraglichen Beziehung zwischen Veräußerer und Erwerber komme keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Zu den Umständen, die bei der Feststellung eines **Übergangs** im Sinne der Richtlinie zu berücksichtigen seien, gehöre außer dem Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor

und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und der Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebs u. a. auch die Übernahme oder Nichtübernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Unternehmensinhaber.

Damit hat der EuGH noch einmal die zahlreichen **Kriterien** seiner bisherigen Rechtsprechung bestätigt, die für die **Identität der wirtschaftlichen Einheit** eines Betriebes sprechen:

- die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes,
- der Übergang oder Nichtübergang der materiellen Aktiva wie Gebäude oder bewegliche Güter,
- der Wert der immateriellen Aktiva zum Zeitpunkt des Übergangs,
- die Übernahme oder Nichtübernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber,
- der Übergang oder Nichtübergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen der vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit,
- die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit.

Allerdings machte es eine entscheidende Ausnahme für bloße Tätigkeiten und erklärte weiterhin, daß der Verlust eines Auftrags an einen Mitbewerber für sich genommen keinen Übergang darstelle.

## 4. Die Anwendung der Rechtsprechung des EuGH durch das BAG

Schon gut ein Monat nach der Ayse Sützen-Entscheidung übernahm das BAG die bisherige Rechtsprechung.

### 4.1 Systemprogrammierung kein Betriebsteil

Soweit ersichtlich übernahm das BAG erstmals in seiner Entscheidung vom **24. 4. 1997** die Rechtsprechung des EuGH zur wirtschaftlichen Einheit und verneinte die Frage, ob Systemprogrammierung ein Betriebsteil darstellte (CR 1997, 548). In der Entscheidung heißt es:

*„Wie der EuGH im Urteil vom 11. 3. 1997 (NZA 1997, 433.f.) ausgeführt hat, setzt die Anwendung der Richtlinie voraus, daß es um den Übergang einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit geht, deren Tätigkeit nicht auf die Ausführungen des bestimmten Vorhabens beschränkt ist. Der Begriff Einheit bezieht sich dabei auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden **Tatsachen berücksichtigt** werden. Dazu gehören namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel, wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Gesamtbelegschaft durch den neuen Inhaber, 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. Diese Umstände sind jedoch nur Teilaspekte der vorzunehmenden **Gesamtbewertung** und dürfen deshalb nicht isoliert betrachtet werden. Allein der Umstand, daß die von dem alten und dem neuen Auftragnehmer erbrachten Dienstleistungen ähnlich sind, erlaubt nicht den Schluß, daß der Übergang einer wirtschaftlichen Einheit vorliege. Eine Einheit darf nämlich nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden. Ihre Identität ergibt sich auch aus*

*anderen Merkmalen, wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Arbeitsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln (EuGH, a. a. O., Ziff. 13—15)“.*

### 4.2 Übernahme des Personals ist anderen Kriterien gleichwertig

In der Entscheidung vom **22. 5. 1997** (BB 1997, 2110) ging es um die **Abgrenzung zwischen Betriebsstillegung und Betriebsübergang**. Nach Ansicht des BAG sei bei der Prüfung, ob eine wirtschaftliche Einheit im Sinne der EuGH-Rechtsprechung oder ein Betrieb im Sinne des § 613a BGB übergegangen sei, die Dauer einer eventuellen Unterbrechung der betrieblichen Tätigkeit zu berücksichtigen. Im Bekleidungs Einzelhandel sei jedenfalls eine neun Monate währende tatsächliche Einstellung jeder Verkaufstätigkeit eine wirtschaftlich erhebliche Zeitspanne, die der Annahme eines Betriebsübergangs entgegenstehe. In Branchen, in denen es im wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankomme, könne eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch ihre gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. In diesen Fällen komme der Übernahme des Personals ein gleichwertiger Rang neben den anderen möglichen Kriterien zur Annahme eines Betriebsübergangs zu. Insofern schließe sich der nunmehr zuständige 8. Senat der Rechtsprechung des EuGH an.

### 4.3 Übertragung von kommunalen Verwaltungsaufgaben auf eine Verwaltungsgemeinschaft für 11 Gemeinden

Die für den Betriebsübergang entwickelten Grundsätze finden nach der Rechtsprechung des BAG grundsätzlich auch auf die öffentliche Verwaltung Anwendung.

Bereits in der Entscheidung vom 7. 9. 1995 (NZA 1996, 424) gelangte das BAG zu dem Ergebnis, daß § 613 a BGB auf die öffentliche Verwaltung Anwendung findet. „Ein Rechtsgeschäft könne auch eine öffentlich-rechtliche Verwaltungsvereinbarung sein. § 613 a BGB verlange keine privatrechtliche Willensäußerung. Lediglich der auf Gesetz oder sonstigem Hoheitsakt beruhende Übergang, insbesondere in den Fällen der sogenannten Gesamtrechtsnachfolge, falle nicht unter § 613 a BGB.“

In der Entscheidung vom 26. 6. 1997 (PersR 1998, 76) ging es um die Übertragung der Verwaltungsaufgaben einer Gemeinde auf eine kommunale Verwaltungsgemeinschaft für 11 Gemeinden. Nach Ansicht des Gerichts setze ein Betriebsübergang im Sinne des § 613 a BGB die Wahrung der Identität der betreffenden Einheit voraus. Der Begriff „Einheit“ beziehe sich auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Er dürfe nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden. Ihre Identität ergebe sich auch aus anderen Merkmalen, wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln.

Bei der Übertragung einer öffentlichen Verwaltung komme der vorhandenen Organisation große Bedeutung zu. Eine „Wahrung der Identität“ der Verwaltung liege bei Fortführung der Aufgaben innerhalb einer gänzlich andersartigen Arbeitsorganisation der übernehmenden Verwaltung nicht vor.

#### 4.4 Neuverpachtung einer Gaststätte

In der Entscheidung vom 11. 9. 1997 (DB 1997, 2540) verneinte das BAG einen Betriebsübergang bei der Neuverpachtung einer Gaststätte.

Die Identität der wirtschaftlichen Einheit könne sich aus ihrer Arbeitsorganisation und ihren Arbeitsmethoden ergeben. Bei einer Gaststätte hänge die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit auch von ihrem kundenorientierten Leistungsangebot sowie der Übernahme der Führungskräfte oder des sonstigen Personals, insbesondere der Hauptbelegschaft ab. Eine Einheit oder Teileinheit sei nicht als eine bloße Betätigungsmöglichkeit zu verstehen. Die Wahrung der Identität der Einheit liege bei Fehlen der sonstigen Voraussetzungen **nicht** schon deshalb vor, weil **einzelne Arbeitnehmer ihre aus dem alten Arbeitsverhältnis geschuldete Arbeitsleistung auch beim neuen Betriebsinhaber erbringen könnten.**

Zugrunde lag ein Fall, bei dem ein Hotel und Gaststättenbetrieb, der durch guthürgerliche deutsche Küche und einer 80jährigen Tradition geprägt war, im Mai 1994 Konkursverfahren anmelden mußte, allen Arbeitnehmer kündigte und zum 1. 8. 1994 ein anderer Betreiber die Räumlichkeiten anmietete. Er führte das Hotel direkt weiter und die Gaststätte wurde nach Umbaumaßnahmen am 20. 10. 1994 unter anderem Namen eröffnet. Arabische Speisen, Musik sowie Gäste prägten die Atmosphäre unter dem Motto „Essen wie aus 1001 Nacht“. Das alte Mobiliar übernahm der neue Inhaber nur teilweise, die Kegelbahn wurde von denselben Vereinen wie vorher genutzt (vgl. die Darstellung des Sachverhalts in EWIR § 613 a BGB 3/98, 163, Junker/Schnelle).

#### 4.5 Keine Betriebsstilübernahme bei funktionsunfähigem Teil

Bei der Entscheidung des BAG vom 13. 11. 1997 (DB 1998, 372 ff.) ging es um die Frage, ob eine teilweise Übernahme einzelner Mittel und Tätigkeiten einen Betriebsübergang darstellen könne. Das Gericht ging davon aus, daß der neue

Inhaber weder Grundstück, Produktionsräume, Patente, Fahrzeuge, Maschinen oder Führungskräfte des Betriebes übernommen habe. Lediglich einzelne Mitarbeiter aus dem Servicebereich hätten bei dem neuen Inhaber weitergearbeitet, und dabei hätte es sich um weniger als ein Viertel der Gesamtbelegschaft der alten Firma gehandelt.

Die neue Inhaberin habe mit den übernommenen immateriellen und materiellen Betriebsmitteln sowie der Teilbelegschaft nicht die Identität des Betriebs bewahrt, sondern aus dem Gesamtbetrieb einen Betriebsteil „Service-Bereich“ übertragen. **Wenn nicht der gesamte Betrieb, sondern nur ein Betriebsteil übernommen werde, müsse der Arbeitnehmer dem übertragenen Betriebsteil angehören,** damit sein Arbeitsverhältnis gemäß § 613 a BGB auf den Erwerber übergehe. Es genüge hierfür nicht, daß der Arbeitnehmer, ohne dem übertragenen Betriebsteil anzugehören, als Beschäftigter einer nicht übertragenen Abteilung Tätigkeiten für den übertragenen Betriebsteil verrichte. Demzufolge seien allein die Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten im Servicebereich auf den neuen Inhaber übergegangen.

#### 4.6 Übernahme der Gesamtheit von Arbeitnehmern im Reinigungsgewerbe bei der Neuaufgabe eines Auftrags

Die Entscheidung des BAG vom 13. 11. 1997 (DB 1998, 318) behandelt die Wirksamkeit der Kündigung einer Arbeitnehmerin durch ein Reinigungsunternehmen, das einen Auftrag verloren hatte. Das Nachfolgeunternehmen übernahm von den insgesamt 87 Reinigungskräften 75 (unter ihnen die Klägerin), die sie sämtlich in den alten Positionen einsetzte. Das BAG hielt die Kündigung des ursprünglichen Unternehmens für wirksam und stellte die Willensentscheidung des Be-

etriebsübernehmers in den Mittelpunkt seiner Begründung. Nach Ansicht des Gerichts könne das bisherige Unternehmen bei fehlender anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeit wirksam betriebsbedingt kündigen, wenn keine greifbaren Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der neue Auftragnehmer kraft eigenen Willensentchlusses eine **organisierte Gesamtheit von Arbeitnehmern** übernehmen werde. Komme es nach Zugang der Kündigung zu einem Betriebsübergang, dann stünde den gekündigten Arbeitnehmern nur das Recht zu, von dem neuen Inhaber zu unveränderten Arbeitsbedingungen und unter Wahrung ihres Besitzstandes eingestellt zu werden.

## 4.7 Neuvergabe eines Cateringvertrages

In der Entscheidung vom 11. 12. 1997 ging es um die Neuvergabe eines Cateringauftrages (ZIP 1998, 663). Das Gericht rechnet einem **Betrieb im Sinne von § 613 a BGB auch solche Gebäude, Maschinen, Werkzeuge und Einrichtungsgegenstände als sachliche Betriebsmittel** zu, die **nicht im Eigentum des Betriebsinhabers stehen**, sondern die dieser aufgrund einer mit Dritten getroffenen Nutzungsvereinbarung zur Erfüllung eines **Betriebszwecks** einsetzen kann. Sie kann als Pacht, Nießbrauch oder als untypischer Vertrag ausgestaltet sein. Wesentlich sei, daß dem Berechtigten Betriebsmittel zur eigenwirtschaftlichen Nutzung überlassen sind. Erbringe ein Auftraggeber dagegen nur eine Dienstleistung an fremden Geräten und Maschinen innerhalb fremder Räume, ohne daß ihm die Befugnis eingeräumt sei, über Art und Weise der Nutzung der Betriebsmittel in eigenwirtschaftlichem Interesse zu entscheiden, so könnten ihm diese Betriebsmittel nicht als eigene zugerechnet werden.

Bei der beklagten Firma handelte es sich um ein bundesweit tätiges Cateringunter-

nehmen, bei dem die Klägerin seit 1986 beschäftigt war. Der Bewirtschaftungsvertrag umfaßte die Führung des Betriebsrestaurants, Zubereitung und Ausgabe der Zwischenverpflegung, die Beschickung der vorhandenen Automaten sowie die Abwicklung des Gästeservices und die Ausgestaltung von Sonderveranstaltungen. Das Cateringunternehmen setzte eine Assistentin des Betriebsleiters, zwei Köchinnen und fünf Küchenhilfen ein. Die Stelle der Betriebsleiterin nahm die Klägerin wahr.

Das Cateringunternehmen kündigte den Bewirtschaftungsvertrag. Im Rahmen der Neuausschreibung wurde das Nachfolgeunternehmen mit der Versorgung mit Speisen und Getränken in den Gebäuden beauftragt.

Das BAG verneinte das Vorliegen eines Betriebsübergangs, weil die Nachfolgefirma kein Substrat übernommen habe. Die Nachfolgefirma führe den Bewirtschaftungsauftrag mit eigenem Personal durch und hätte keinen bei dem früheren Cateringunternehmen beschäftigten Mitarbeiter eingestellt. Sei habe auf die Kenntnisse eines oder mehrerer Know how-Träger der ersten Firma verzichtet. Außerdem sei die Nachfolgefirma in keine Kundenbeziehungen eingetreten. Das neubegründete Auftragsverhältnis sei keine für einen Betriebsübergang erhebliche Kundenbeziehung, denn es handle sich um eine Funktionsnachfolge im Auftragsverhältnis, das nicht die Rechtsfolgen des § 613 a BGB auslöse.

## 4.8 Neuvergabe eines Reinigungsauftrags ohne Übernahme sachlicher Betriebsmittel bei Weiterbeschäftigung eines wesentlichen Teils der Arbeitnehmer

In der Entscheidung vom 11. 12. 1997 (ZIP 1998, 666) bejahte das BAG das Vor-

liegen eines Betriebsübergangs. Maßgebend hierfür war, daß das Nachfolgeunternehmen eines Reinigungsauftrags 60 der in dem Objekt bislang beschäftigten 70 Arbeitnehmer einschließlich der Vorarbeiterin übernahm. Nach Ansicht des Gerichts setzte die Nachfolgefirma

*„insgesamt 70 Arbeitnehmer ein, die durch eine Vorarbeiterin angeleitet wurden und denen einzeln oder in kleinen Gruppen bestimmte Reinigungsreviere zugewiesen waren. Die Beklagte zu 2) hatte so eine objektbezogene Arbeitsorganisation geschaffen, die von anderen unterscheidbar war. Die organisierte Einheit wurde im wesentlichen durch die Belegschaft und den einzelnen Arbeitnehmern zugewiesenen Teilaufgaben charakterisiert. Die Arbeitsaufgabe war ihrer Natur nach auf Dauer angelegt. Sie wurde von der Auftraggeberin vorgegeben, die einen sich ständig wiederholenden Reinigungsbedarf hat. Sächliche Betriebsmittel wie Reinigungsgeräte und Verbrauchsstoffe hatten demgegenüber nur geringe Bedeutung. ... Der fortgesetzten Beschäftigung der Belegschaft kommt ein gleichwertiger Rang neben anderen möglichen Kriterien für einen Betriebsübergang zu. Beschäftigt der neue Auftragnehmer einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil der Belegschaft in den bisherigen Funktionen weiter, übernimmt er eine organisierte Gesamtheit von Arbeitnehmern. Das genügt in Branchen, die durch einen objektbezogenen Personaleinsatz mit untergeordneter Bedeutung von Betriebsmitteln geprägt sind, um die Identität der wirtschaftlichen Einheit fortzuführen. Für einen Betriebs- oder Betriebsteilübergang ist dann kein Eintritt in Kundenbeziehungen zum Auftraggeber notwendig. Die Voraussetzung des § 613 a BGB können auch bei einem Auftragswechsel in einer Konkurrenzsituation erfüllt sein. ... Solche Tätigkeitsbereiche sind geprägt*

*von ihrer Arbeitsorganisation, der sich daraus ergebenden Aufgabenzuweisung an den einzelnen Arbeitnehmer und dem in der Organisationsstruktur verkörperten Erfahrungswissen. Die Identität einer solchen wirtschaftlichen Einheit wird gewahrt, wenn der neue Auftragnehmer die Arbeitnehmer an ihrem alten Arbeitsplatz mit unveränderten Aufgaben weiterbeschäftigt. Er hat dann eine bestehende Arbeitsorganisation übernommen und keine neue aufgebaut. Es hängt von der Struktur eines Betriebs oder Betriebsteils ab, welcher nach Zahl und Sachkunde zu bestimmenden Teil der Belegschaft übernommen werden muß, um die Rechtsfolgen des § 613 a BGB auszulösen. Haben die Arbeitnehmer einen geringen Qualifikationsgrad, muß eine hohe Anzahl von ihnen weiterbeschäftigt werden, um auf einen Fortbestand der vom Konkurrenten geschaffenen Arbeitsorganisation schließen zu können. Ist ein Betrieb stärker durch das Spezialwissen und die Qualifikation der Arbeitnehmer geprägt, kann neben anderen Kriterien ausreichen, daß wegen ihrer Sachkunde wesentliche Teile der Belegschaft übernommen werden. ...“*

#### 4.9 Fremdvergabe von Kundendienstleistungen

Die Entscheidung des BAG vom 22. 1. 1998 (BB 1998, 1162) behandelt das erstmalige Outsourcen einer Dienstleistung an eine Konzerntochter. Das Kaufhaus einer 19 weitere Häuser umfassenden Kette wollte den technischen **Kundendienst nicht mehr selbst, sondern von einer Konzerntochter** durchführen lassen. Es kündigte den Arbeitsvertrag eines Substituten „wegen Schließung“, obwohl die Konzerntochter die Reparaturen und Serviceleistungen bruchlos übernahm, die bisher von dem Kaufhaus allein durchgeführt wurden. Das Kaufhaus war weiterhin Ansprechpartnerin für alle Kun-

den, die die reparaturbedürftigen Geräte in der jeweiligen Verkaufsabteilung abgaben, sie dort auch wieder abholten und bezahlten. Der in der Abteilung ausgefüllte Auftragszettel enthielt nur einen Hinweis auf die Konzerntochter. Das Kaufhaus vergütete dieser Firma Garantieleistungen, ist für den Transport der Reparaturware zu und von der Niederlassung der Konzerntochter verantwortlich.

Der 8. Senat räumt zwar ein, daß die Konzerntochter bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise fortwährend die Aufträge von deren Kunden übernimmt und es naheläge, daß diese Firma im Regelfall Vertragspartner der Kunden auch wird, indem das Kaufhaus bei Reparaturannahme und -abrechnung als Vertreterin handelt. Möglicherweise werde die Firma sogar als Subunternehmerin, allerdings nicht gegenüber dem Kunden selbst werbend tätig und die Kundenbeziehung sei nur kurzfristig und nicht über eine ständige Serviceleistung oder Vertragsbeziehung vermittelt.

Diese einvernehmliche Überleitung der Kundenbeziehung begründe nicht die Wahrung der Identität des technischen Kundendienstes. Sie diene nur dazu, die Reparaturtätigkeit fortsetzen zu können, ohne weitere Bestandteile der früheren Abteilung (Betriebsmittel oder Personal) zu übernehmen. Bei der gebotenen Gesamtwürdigung aller Umstände der fraglichen Übertragung könne deshalb **kein Fortbestand der wirtschaftlichen Einheit** angenommen werden. Lasse also eine Firma den Kundendienst zentral von einem Fremdunternehmen ausführen, liege ein Betriebsübergang nach § 613 a BGB nicht vor.

#### 5. Fazit

Das BAG hat zwar seine Rechtsprechung durch Übernahme des **Begriffs der wirtschaftlichen Einheit** des EuGH **weiterentwickelt, ohne** allerdings den **Schutz-**

**bereich** für Arbeitnehmer **auszudehnen**. Im Gegenteil: der Schutzzweck des § 613 a BGB droht in sein Gegenteil umzuschlagen. In der Rechtsprechung kommt jetzt der **willentlichen Übernahme der Hauptbelegschaft** durch den Betriebsübernehmer ein **zentraler Stellenwert** zu. Der neue Interessent hat es in der Hand, ob auf ihn der § 613 a BGB Anwendung findet. Will er nicht die gesamte Belegschaft übernehmen, sondern nur einen Teil, so muß er nur noch anpassen, daß er nicht — unter Beachtung auch qualitativer Kriterien — die Schwelle zur Übernahme der „Haupt“belegschaft überschreitet. Unterlaufen ihm hierbei keine Fehler, dann kann er die Anwendung des § 613 a BGB vermeiden: Keine guten Aussichten für die betroffenen Arbeitnehmer!

**Wolfgang Trittin, IG-Metall-Vorstandsverwaltung, Abt. Gewerkschaftliche Betriebspolitik**