UNIVERSITÄT AUGSBURG
Universitätsbibliothek

OPEN ACCESS
OPUS AUGSBURG

Die Betriebsübertragung i. S. von § 613 a BGB im Spannungsfeld von Arbeitsplatzschutz und unternehmerischer Gestaltungsmöglichkeit: Übereinstimmung zwischen EuGH und BAG in der Abgrenzung des Betriebsbegriffs

Herbert Buchner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Buchner, Herbert. 1999. "Die Betriebsübertragung i. S. von § 613 a BGB im Spannungsfeld von Arbeitsplatzschutz und unternehmerischer Gestaltungsmöglichkeit: Übereinstimmung zwischen EuGH und BAG in der Abgrenzung des Betriebsbegriffs." *JuristenZeitung (JZ)* 54 (12): 593–97. https://www.jstor.org/stable/20824960.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:
Deutsches Urheberrecht
Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:
https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/

Professor Dr. **Herbert Buchner**, Augsburg

Die Betriebsübertragung i. S. von § 613 a BGB im Spannungsfeld von Arbeitsplatzschutz und unternehmerischer Gestaltungsmöglichkeit

Übereinstimmung zwischen EuGH und BAG in der Abgrenzung des Betriebsbegriffs

Die Festlegung des Betriebsbegriffs des § 613 a BGB und der Richtlinie 77/187/EWG führte – deutlich geworden anläßlich der Entscheidung des EuGH vom 14. 4. 1994, Rs. C-392/92[1] – zu der wohl größten Diskrepanz zwischen EuGH- und BAG-Rechtsprechung. Beide Gerichte haben sich nunmehr auf einer mittleren Linie getroffen. Der EuGH hat seine These, allein eine Funktionsübernahme würde einen Betriebsübergang darstellen und zum Übergang der Arbeitsverhältnisse führen, bereits im Urteil vom 11. 3. 1997, Rs. C-13/95[2] zurückgenommen. In zwei Entscheidungen vom 10. 12. 1998 – Rs. C-127/96, 229/96, 74/97 und 173/96, 247/96 – wurde diese Linie bestätigt, zugleich die Lösung verfestigt, die in der Entscheidung vom 11. 3. 1997 schon angesprochen und vom BAG im Anschluß daran in einer Vielzahl von Entscheidungen, beginnend mit dem Urteil vom 22. 5. 1997 – 8 AZR 101/96 bis zur letzten Entscheidung vom 10. 12. 1998 – 8 AZR 676/97, entwickelt worden war; die Übernahme einer wesentlichen Zahl von Arbeitnehmern samt der deren Tätigkeit zugrundeliegenden Arbeitsorganisation wird danach als Betriebsübergang anerkannt.

I. Korrektur der EuGH-Rechtsprechung

Der *EuGH* hatte die wenig überzeugende Konzeption seiner Entscheidung vom 14. 4. 1994[3] zum Betriebsbegriff der Richtlinie 77/187/EWG im wesentlichen bereits im Urteil vom 11. 3. 1997[4] revidiert. In zwei nunmehr vorliegenden Entscheidungen vom 21. 12. 1998 – verbundene Rechtssachen C-127/96, 229/96, 74/97 und 173/96, 247/96[5] wurde auf diesem Wege fortgeschritten, insbesondere der nunmehr zugrundezulegende Wirkungsbereich der Richtlinie 77/187/EWG noch näher abgegrenzt.

1. Übernahme einer wirtschaftlichen Einheit statt Funktionsübernahme

a) In der Entscheidung vom 14. 4. 1994 wollte der *EuGH* die bloße Funktionsübernahme als Betriebsübernahme i. S. der Richtlinie 77/187/EWG – damit auch des § 613 a BGB – gelten lassen. Der zugrundeliegende Ausgangsfall der Übertragung der bisher von einem (Sparkassen)Unternehmen selbst organisierten und mittels Einsatzes einer Halbtagskraft erbrachten Reinigungsarbeit auf ein selbständiges Reinigungsunternehmen war möglicherweise nicht geeignet, die den *EuGH* bestimmende Konzeption hinreichend klar zu verdeutlichen. Andererseits waren die Aussagen des Urteils vom 14. 4. 1994 eindeutig. Sie konnten nur dahin verstanden werden, daß die in einem Betrieb anfallenden Reinigungsaufgaben, wenn sie vertraglich auf eine Fremdfirma übertragen werden, als Betriebsteil i. S. der Richtlinie gewertet werden sollten. Allein die Übertragung einer betrieblichen Teilfunktion sollte eine Betriebsteilübertragung darstellen, ohne daß es darauf ankommt, daß irgendwelche Betriebsmittel im weiteren Sinne, seien es Sachmittel, Rechtsbeziehungen, Geschäftsbeziehungen oder good will übernommen würden. Entgegen seiner eigenen Beteuerung konnte sich der *EuGH* mit dieser Entscheidung keineswegs auf seine frühere Rechtsprechung berufen; die in Bezug genommenen Entscheidungen gaben keine Grundlage ab. Die eigenwillige Fortbildung oder Umbildung des Betriebsbegriffs fand auch weder in der Richtlinie noch in der Rechtsprechung der Mitgliedstaaten Abstützung. Sie widersprach dem bis dahin anerkannten Inhalt des Betriebsbegriffs als einer organisatorisch verfaßten, einem unternehmerischen bzw. arbeitstechnischen Zweck gewidmeten Sach- und Rechtsgesamtheit. Die damit angestrebte Erweiterung des Anwendungsbereiches der Betriebsübergangsrichtlinie hätte eine weitgehende Erschwerung wirtschaftlicher Umstrukturierungen zur Folge gehabt[6].

b) Mit dem Urteil vom 11.3.1997 kehrte der *EuGH* weitgehend zum herkömmlichen Betriebsbegriff zurück. Zwar wird in der Entscheidung zunächst auf das Urteil vom 14. 4. 1994 Bezug genommen und die Übertragung einer vorher selbst wahrgenommenen Aufgabe auf ein anderes Unternehmen als im Anwendungsbereich der Richtlinie liegend bezeichnet. Es wird dann jedoch auf den Übergang einer wirtschaftlichen Einheit abgestellt, die als organisatorische Gesamtheit von Funktionen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung definiert wird. Zur Bestimmung des erforderlichen Umfangs der zu übernehmenden Komponenten sollen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnende Tatsachen berücksichtigt werden, namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes, der etwaige Umfang der materiellen Betriebsmittel, der Wert der immateriellen Aktiva, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, ein Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit der verrichteten Tätigkeit und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung. Nicht als wirtschaftliche Einheit i. S. dieses Betriebsbegriffs ist nach dieser Neubewertung des *EuGH* jedoch die „bloße Tätigkeit" anzusehen. Deshalb bedeute auch der Verlust eines Auftrags an einen Mitbewerber, d. h. die Übernahme einer Tätigkeit durch diesen, keinen Betriebsübergang i. S. der Richtlinie. Dies war eine klare Abkehr von den in der Entscheidung vom 14. 4. 1994 formulierten Grundsätzen. Damit war zugleich die Grundlage für eine konsensfähige Lösung geschaffen[7]. Der neue Akzent der Entscheidung, der die weitere Rechtsprechung bestimmen sollte, ist darin zu sehen, daß nicht unbedingt auf den Übergang von Betriebsmitteln abzustellen ist. Der *EuGH* geht davon aus, daß je nach Betriebsart Betriebsmittel – wohl verstanden als materielle Betriebsmittel – ohne Bedeutung

1 AP Nr. 106 zu § 613 a BGB – „Christel Schmid".
2 AP Nr. 14 zu EWG-Richtlinie 77/187.
3 C 392/92 (Fn. 1).
4 C 13/95 (Fn. 2).
5 NZA 1999, 189ff. und 253ff.
6 S. zu dieser Bewertung *Buchner* DB 1994, 1417. Zusammenstellung der umfangreichen Stellungnahmen im Schrifttum bei *Wank*, Anm. SAE 1998, 209.
7 S. bereits meinen Beitrag NZA 1997, 408 „Lösung der Kontroverse um den Betriebsübergang – eine konsensfähige Entscheidung des EuGH".

oder jedenfalls von unwesentlicher Bedeutung sind, was gerade in Bezug auf Reinigungsunternehmen verdeutlicht wird. An deren Stelle (ggf. natürlich auch hinzu) sollen „eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden sind", treten. Eine Betriebsübernahme ist danach auch dort gegeben, wo ein nach Zahl und Sachkunde wesentlicher Teil des Personals – eine „organisatorische Gesamtheit von Faktoren" – übernommen und damit eine bereits von einem Vorgänger ausgeübte Tätigkeit weitergeführt wird. Der *EuGH* hatte über den Fall zu entscheiden, daß ein Schulträger den Reinigungsauftrag gegenüber dem bisher eingeschalteten Reinigungsunternehmen auflöste und die Reinigungsarbeiten einem anderen Unternehmen übertrug. Die bloße Übernahme der Funktion der Gebäudereinigung ist nach nunmehriger Bewertung des *EuGH* nicht mit einem Betriebsübergang gleichzusetzen; eine andere Beurteilung sei veranlaßt, wenn – was im damaligen Fall nicht gegeben war – der neue Auftragnehmer den wesentlichen Teil des Personals des früheren Auftragsnehmers übernehmen würde.

2. „Organisierte Gesamtheit von Arbeitnehmern" als wirtschaftliche Einheit

In zwei Entscheidungen vom 10. 12. 1998 – Rs C-127/96, 229/96 und 74/97 sowie 173/96 und 247/96 – konnte der *EuGH* die Einordnung einer Belegschaftsübernahme als Betriebsübernahme präzisieren. In insgesamt fünf Streitfällen lag ihm jeweils eine Konstellation vor, in der einem bislang eingeschalteten Unternehmen Dienstleistungsaufträge entzogen und die in Erfüllung dieser Dienstleistungsaufträge tätigen Arbeitnehmer deshalb gekündigt worden waren.

a) In der Rechtssache 127/96 und 74/97 waren Reinigungsarbeiten vom Auftraggeber in eigener Regie übernommen worden, in der Rechtssache 229/96 wurden die Reinigungsarbeiten vom bisherigen Auftraggeber teils in eigener Regie übernommen, teils neu fremdvergeben. Zunächst knüpft der *EuGH* auch in dieser Entscheidung an das Urteil vom 14. 4. 1994 und die dort als maßgeblich ausgewiesene Übertragung der „Verantwortung für die Durchführung der Reinigungsarbeiten" an, obwohl dies, wie auch die jetzige Rechtsprechung zeigt, ein völlig untauglicher Lösungsansatz war. Offensichtlich ist dem *EuGH* der Schein der Kontinuität seiner Rechtsprechung mehr wert als die Klarstellung seiner Positionen. Konsequenzen ergaben sich aus der Bezugnahme auf das Urteil vom 14. 4. 1994 nicht, denn es heißt nur, daß die Übertragung der Reinigungsarbeiten auf einen anderen Auftraggeber unter die Richtlinie 77/187 fallen könne. Es wird dann anschließend jedoch klargestellt, daß der Übergang „einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit" als einer „organisierten Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung" gegeben sein muß. Auf das Reinigungsgewerbe bezogen wird sodann deutlich gemacht, daß hier angesichts der geringen Bedeutung der Sachmittel und der wesentlichen Rolle der Arbeitskraft die „organisierte Gesamtheit von Arbeitnehmern, denen eine gemeinsame Aufgabe auf Dauer zugewiesen ist", eine wirtschaftliche Einheit darstellen könne. Demgemäß wird für eine arbeitsgerichtliche Prüfung verlangt, daß zur Feststellung der Voraussetzungen für den Übergang einer Einheit sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden, namentlich die Art des Betriebs, der etwaige Übergang materieller Betriebsmittel, der Wert immaterieller Aktiva, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft oder der Kundschaft sowie die Ähnlichkeit der verrichteten Tätigkeiten. Den genannten Kriterien wird je nach ausgeübter Tätigkeit sowie Produktions- oder Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zugesprochen. Identität der Einheit und Übergang könnten vorliegen, wenn der Übernehmende einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hatte.

b) In der Rechtssache 173/96 ging es um die Neuvergabe von Hilfsdiensten seitens einer Kommune. Der neue Auftraggeber stellte die beim früheren Auftragnehmer tätigen Arbeitskräfte auf Teilzeitbasis ein, ohne ihre Betriebszugehörigkeitszeiten beim früheren Arbeitgeber anzuerkennen; die Arbeitnehmer beriefen sich für ihre Anerkennungsforderung auf das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses infolge Betriebsübergangs. In der Rechtssache 247/96 hatte ein von der Bundeswehr neu beauftragtes Überwachungsunternehmen die Wachleute des vorher eingesetzten Unternehmens bis auf drei Arbeitnehmer übernommen; letztere machten einen Betriebsübergang geltend. Vom *EuGH* wird zunächst noch einmal klargestellt, daß der Betriebsübergang nicht von einer vertraglichen Regelung zwischen bisherigem und neuem Betriebsinhaber abhängig ist. Es müsse nur ein Betrieb als eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit übergehen. Dies könne in einem Wirtschaftszweig wie dem Reinigungs- oder Bewachungsgewerbe auch – ohne weitere Betriebsmittel – eine Gesamtheit von Arbeitnehmern sein. Als Bewertungsmaßstäbe werden die bereits unter a) genannten mit auf den Weg gegeben.

II. Einbeziehung der Belegschaft in den Betriebsbegriff durch die neuere Rechtsprechung des BAG

1. Anschluß an die Entscheidung des EuGH vom 11. 3. 1997

Das *BAG* ist in seiner neuesten Rechtsprechung der vom *EuGH* in der Entscheidung vom 11. 3. 1997 entwickelten Linie in vollem Umfang gefolgt. In einer ganzen Reihe von Entscheidungen wurde dies einzelfallbezogen verdeutlicht. Leitlinien sind:

a) Eine bloße Funktionsnachfolge, d. h. die Übernahme und Weiterführung einer Tätigkeit, die bisher von einem anderen Unternehmen erledigt worden war, stellt keine Betriebsübernahme i. S. von § 613 a BGB dar.

b) Die wirtschaftliche Einheit, deren Übernahme eine Betriebsübernahme i. S. von § 613 a BGB bildet, kann auch in der Gesamtheit der im Betrieb tätigen Arbeitnehmer oder auch nur der wesentlichen Funktionsträger im Betrieb zu sehen sein, so daß deren Übernahme als Betriebsübernahme zu werten ist.

2. Entwicklung der BAG-Rechtsprechung seit der Entscheidung des EuGH vom 11. 3. 1997

Innerhalb kürzester Zeit hat das *BAG* die Bewertung in Übereinstimmung mit dem *EuGH* mit klaren Akzenten verdeutlicht.

a) Bereits am 22. 5. 1997[8] hat das *BAG* über die Frage eines Betriebsüberganges unter Bezugnahme auf die *EuGH*-Entscheidung vom 11. 3. 1997 unter gleichzeitiger Verweisung auf seine damit übereinstimmende eigene Rechtspre-

8 AZR 101/96, AP Nr. 154 zu § 613 a BGB.

chung entschieden. Maßgebend für die Ablehnung einer Betriebsübernahme war im damaligen Fall allerdings bereits die zu lange (neunmonatige) Unterbrechung der Betriebstätigkeit eines Bekleidungshauses. Das Gericht benutzte aber den Fall, die Neuorientierung seiner Rechtsprechung zu präsentieren. Obwohl von dem später das Bekleidungshaus wieder eröffnenden Unternehmer nicht ein einziger Bediensteter des früheren Kaufhauses engagiert worden war, legte der 8. Senat des *BAG*, der geschäftsordnungsmäßig neu mit der Zuständigkeit zur Entscheidung über den Betriebsübergang betraut worden war, ausführlich dar, daß der Übernahme des Personals ein gleichwertiger Rang neben den anderen möglichen Kriterien eines Betriebsübergangs zukomme. Speziell in Branchen, in denen es im wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, könne eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch ihre gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Für Betriebe eines Modefachgeschäftes wurde dies bejaht. Für den konkreten Fall lief der Gesichtspunkt allerdings mangels Übernahme von Arbeitnehmern leer.

b) Mit Urteil vom 17. 7. 1997[9] nahm das *BAG* ein an den *EuGH* gerichtetes Vorabentscheidungsersuchen zurück. Unter dem 21. 3. 1996[10] hatte das *BAG* unter dem Eindruck der *EuGH*-Entscheidung vom 14. 4. 1994 beim *EuGH* angefragt, ob im Falle der Auflösung eines zwischen einem Krankenhausträger und einem Reinigungsunternehmen abgeschlossenen Werkvertrages und dessen Neuvergabe an ein anderes Unternehmen eine Betriebs- und Betriebsteilübertragung anzunehmen sei, auch wenn keine materiellen oder immateriellen Betriebsmittel übergehen, d. h. bloße Funktionsnachfolge vorliegt. Nach der Entscheidung des *EuGH* vom 11. 3. 1997 sah das *BAG* für eine Vorabentscheidung durch den *EuGH* zu diesen Fragen keinen Bedarf mehr, da sich nunmehr die von den beiden Gerichten vertretene Abgrenzung voll deckte.

c) Im Urteil vom 11. 9. 1997[11] wurden die im Urteil vom 22. 5. 1997 entwickelten Grundsätze anläßlich eines nach 6 Monaten Unterbrechung neu eröffneten Restaurationsbetriebes noch einmal erläutert und bekräftigt. Dabei wurde für einen Restaurantbetrieb die Bedeutung der Übernahme von Personal besonders hervorgehoben (der Koch als das Angebot entscheidend prägender Know-How-Träger). Allerdings gewann dieser Aspekt auch in dem neuerlichen Fall keine Bedeutung, da weder Führungskräfte noch sonstiges Personal von dem neuen Gaststättenbetreiber übernommen worden war. Auch stand bereits die sechsmonatige Unterbrechung einem Betriebsübergang entgegen.

d) Nach dem Sachverhalt der Entscheidung vom 13. 11. 1997[12] hatte ein Reinigungsunternehmen im Hinblick auf den Entzug des Reinigungsauftrags durch einen Krankenhausträger seinen dort tätigen 83 Arbeitnehmern gekündigt. Der vom Krankenhausträger neu beauftragte Unternehmer hatte bei Aufnahme seiner Tätigkeit 75 dieser Arbeitnehmer eingestellt; Betriebsmittel waren von ihm nicht übernommen worden. Das *BAG* stellt nicht die Wirksamkeit der vom früher beauftragten Unternehmen ausgesprochenen betriebsbedingten Kündigungen in Frage, spricht jedoch den vom neu zugezogenen Unternehmen nicht engagierten Arbeitnehmern gegen dieses einen Anspruch auf Fortsetzung ihres Arbeitsverhältnisses zu. Grundlage ist die „durch die willentliche Übernahme der Hauptbelegschaft" begründete Übernahme des Betriebs. Die Arbeitsverhältnisse der nicht gekündigten Arbeitnehmer gehen dann nach § 613 a BGB über, die gekündigten Arbeitnehmer haben einen Anspruch auf Wiederbegründung ihres Arbeitsverhältnisses durch den Übernehmer. Der neu beauftragte Reinigungsunternehmer ist – wie bezüglich der Übernahme von Betriebsmitteln – frei in seiner Entscheidung, ob er „willentlich die Hauptbelegschaft des früheren Auftragnehmers übernimmt". Tut er dies, tritt der Übergang der Arbeitsverhältnisse nach *BAG* „ipso iure" ein. Den gekündigten Arbeitnehmern erwächst ein Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, dessen Geltendmachung ihnen obliegt.

e) In einer Entscheidung vom 11. 12. 1997[13] waren die arbeitsrechtlichen Konsequenzen des Austausches eines Catering-Partners zu prüfen. Aufgrund der konkreten Fallage kam das *BAG* zur Ablehnung einer Betriebsübernahme durch den neu beauftragten Unternehmer, da dieser keine Arbeitsmittel von dem vorher eingeschalteten Unternehmen übernommen hatte. Auch hier wurde darauf verwiesen, daß die „Identität der Einheit" sich auch aus anderen Merkmalen, wie dem Personal, den Führungskräften, der Arbeitsorganisation oder den Betriebsmethoden, ergeben könne; speziell wäre in Branchen, in denen es auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, darauf abzustellen, ob ein nach Zahl und Sachkunde wesentlicher Teil des Personals übernommen wird, das der Vorgänger gezielt bei der vom Nachfolger fortgeführten Tätigkeit eingesetzt hatte. Die bloße Weiterführung der Tätigkeit löst die Rechtsfolgen des § 613 a BGB jedoch nicht aus. Nach dem gleichen Maßstab wurde unter dem 22. 1. 1998[14] anläßlich der Fremdvergabe eines bisher von einem Kaufhaus selbst angebotenen technischen Kundendienstes entschieden. Da die mit dem Kundendienst betraute Fremdfirma weder Sachmittel noch Arbeitnehmer des Kaufhauses übernommen hatte, beließ es das *BAG* bei der Feststellung einer bloßen Funktionsnachfolge. Den gleichen Grundtenor weist eine weitere unter dem 22. 1. 1998 ergangene Entscheidung[15] auf, der die Neuvergabe eines Bewachungsauftrages zugrundelag. Auch hier konnte das *BAG* weder eine Übernahme von Personal noch eine Übernahme von Sachmitteln feststellen, so daß die Heranziehung des § 613 a BGB abgelehnt wurde. Verdeutlicht wurde in der Entscheidung, daß eine Übernahme von Sachmitteln nicht daraus abgeleitet werden kann, daß das zuerst wie das später tätige Bewachungsunternehmen die vom Auftraggeber selbst installierten Sicherungseinrichtungen nutzte. Diese standen den Auftragnehmern nicht zur eigenwirtschaftlichen Nutzung zur Verfügung; sie verrichteten ihre Dienste nach der Formulierung des *BAG* vielmehr „an fremden Geräten und Maschinen innerhalb fremder Räume". Es geht deshalb nicht um Betriebsmittel i. S. von § 613 a BGB. Nur zur Abrundung sei noch auf eine Entscheidung vom 3. 9. 1998[16] verwiesen, die noch einmal betont, daß eine Funktionsnachfolge als solche nicht die Voraussetzung eines Betriebsübergangs i. S. von § 613 a BGB erfüllt. Bei Stillegung des eigenen Fuhrparks eines Unternehmens und künftiger Fremdvergabe der Transportaufgaben kann das Fremdunternehmen nicht nach § 613 a BGB in Anspruch genommen werden. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn das Fremdunternehmen einen LKW aus dem Fuhrpark samt einem von zwölf bislang dort tätigen Arbeitnehmern übernehmen würde; damit ist nicht eine „organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung" übertragen.

9 8 AZR 156/95, AP Nr. 15 zu EWG-Richtlinie 77/187.
10 8 AZR 156/95, AP Nr. 10 zu EWG-Richtlinie 77/187.
11 8 AZR 555/95, AP Nr. 16 zu EWG-Richtlinie 77/187.
12 8 AZR 295/95, SAE 1998, 143.
13 8 AZR 426/94, NZA 1998, 532.
14 8 AZR 243/95, NZA 1998, 536.
15 8 AZR 757/96, DB 1998, 1137.
16 8 AZR 306/97.

f) Einen weiterführenden Beitrag enthält die zweite Entscheidung des *BAG* vom 11. 12. 1997[17]. Es ging wieder einmal um die Neuvergabe eines Reinigungsauftrages. Das neu beauftragte Unternehmen hatte zum früheren Auftragnehmer keinerlei vertragliche Bindung, hatte insbesondere auch keine Betriebsmittel von diesem übernommen. Es stellte jedoch 60 der 70 bislang bei der Reinigung des Objektes eingesetzten Arbeitskräfte samt der mit der Aufsicht beauftragten Vorarbeiterin ein. Das *BAG* ging allein aufgrund dessen von einer Betriebsübernahme und dem daraus resultierenden gesetzlichen Übergang der Arbeitsverhältnisse der übrigen Arbeitskräfte aus. Es wiederholte zunächst die bestimmenden Grundsätze einschließlich seiner neu entwickelten Erkenntnis, daß die Weiterbeschäftigung eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils der Belegschaft in den bisherigen Funktionen die Übernahme einer organisierten Gesamtheit von Arbeitnehmern und damit eine Betriebsübernahme bedeute. Es sei – heißt es dann weiter – nicht erforderlich, daß durch den übernommenen Teil der Arbeitnehmerschaft ein besonderes Fachwissen repräsentiert wird; genüge für eine angebotene Dienstleistung ein geringer Qualifikationsgrad der Arbeitnehmer, komme deren Know-how keine entscheidende Bedeutung für die Identität der wirtschaftlichen Einheit zu. Solche Tätigkeitsbereiche seien vielmehr durch ihre Arbeitsorganisation, die sich daraus ergebende Aufgabenzuweisung an den einzelnen Arbeitnehmer und das in der Organisationsstruktur verkörperte Erfahrungswissen geprägt. Allerdings müsse, je geringer die Qualifikation der Arbeitnehmer sei, eine entsprechend höhere Anzahl von ihnen weiterbeschäftigt werden, um auf einen Fortbestand der Arbeitsorganisation schließen zu können; bei einer Übernahme von 60 der 70 Arbeitskräfte (das BAG errechnet 85%) sieht das Gericht diese Anforderungen als gewahrt.

Die Betriebsübernahme durch „Rechtsgeschäft" wird im Hinblick darauf bejaht, daß der neue Auftragnehmer mit allen von ihm eingestellten Arbeitnehmern einen Arbeitsvertrag (sei es auch nur durch stillschweigend einvernehmliche Fortsetzung der Tätigkeit) geschlossen hatte („Bündel von Rechtsgeschäften"). Die vom neuen Auftragnehmer zunächst nicht engagierten früheren Arbeitskräfte können die gesetzliche Rechtsfolge aus § 613 a BGB geltend machen. Dazu hat das *BAG* in der späteren Entscheidung vom 12. 11. 1998[18] festgehalten, daß das Fortsetzungsverlangen gegenüber dem Betriebserwerber unverzüglich nach Kenntniserlangung von den den Betriebsübergang ausmachenden tatsächlichen Umständen geltend zu machen ist.

Die Grenze des einem neuen Auftragnehmer Zuzumutenden wird in der jüngsten Entscheidung des *BAG* vom 10. 12. 1998[19] aufgezeigt. Die Entscheidung erging wiederum anläßlich des Austausches eines Dienstleistungsunternehmens (hier: „Hol- und Bringdienst"). Betriebsmittel waren vom neuen Auftragnehmer nicht übernommen worden. Er hatte von den vorher tätigen Arbeitnehmern insgesamt nur knapp die Hälfte engagiert, im sog. Hol- und Bringdienst 6 der vordem 8 dort tätigen Kräfte. Dem *BAG* genügten diese Zahlen nicht mehr, um eine Identität der wirtschaftlichen Einheit anzunehmen. Es zog noch in Betracht, den Hol- und Bringdienst gesondert als Betriebsteil zu bewerten, hielt jedoch eine Übernahmequote von 75% angesichts der geringen Qualifikation der Arbeitnehmer nicht für ausreichend, zumal die Arbeitsorganisation nicht übernommen worden war.

17 8 AZR 729/96, NZA 1998, 534.
18 8 AZR 265/97, BB 1999, 376.
19 8 AZR 676/97, DB 1999, 539.

III. Einigung auf mittlerer Linie

1. Harmonisierung der Rechtsprechung

Im Ergebnis ist nach Betrachtung der Rechtsprechungslinien festzustellen, daß Konzepte und Ergebnisse des *EuGH* und des *BAG* bei der Bewertung des Betriebsübergangs im Sinne der Richtlinie 77/187/EWG und des § 613 a BGB im wesentlichen deckungsgleich sind.

a) Der *EuGH* hat seinen Versuch, die bloße Funktionsübernahme als Betriebsübernahme auszuweisen und mit den arbeitsrechtlichen Konsequenzen zu belasten, zurückgenommen. Schon anläßlich der Entscheidung vom 14. 4. 1994 war erkennbar, daß deren Konzeption nicht mehr im Rahmen der Rechtsanwendung lag und von der rechtspolitischen Zielrichtung her nicht aufrechtzuerhalten war. Die Übernahme einer Funktion mit der Zuweisung der in einem Unternehmen in Erfüllung dieser Funktion tätigen Arbeitnehmer zu verbinden, ist mit den Grundsätzen einer Wettbewerbswirtschaft unvereinbar. Mit jedem errungenen Auftrag wäre die bisher beim Konkurrenten tätige Mannschaft an Bord.

Daß die Bewertung der Funktionsübernahme als Fall der Betriebsübernahme nicht dem Willen des EG-Normsetzers entsprach, wird dadurch deutlich, daß der Rat der EU mit der Richtlinie 98/15/EG vom 29. 6. 1998[20] durch Ergänzung des Art. 1 der Richtlinie 77/187 die Klarstellung angefügt hat, daß als Übergang im Sinne dieser Richtlinie „der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisatorischen Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- und Nebentätigkeit" gilt.

Daß der *EuGH* die These aus seiner Entscheidung vom 14. 4. 1994 fallenließ, konnte deshalb nicht ausbleiben.

b) Mit der organisierten Gesamtheit der Arbeitnehmer als Merkmal des Betriebsbegriffs hat der *EuGH* einen Teil dessen wieder hereingeholt, was er zunächst mit der Funktionsübernahme weitergreifend angestrebt hat.

Das *BAG* ist dem *EuGH* dabei voll entgegengekommen. Das Gericht stellt noch in der Entscheidung vom 11. 12. 1997 [21] selbst heraus, daß nach seiner bisherigen Rechtsprechung die Fortbeschäftigung der Arbeitnehmer nicht auf der Tatbestandsseite des § 613 a BGB berücksichtigt wurde und deshalb Rechtsgeschäfte mit Arbeitnehmern ohne Bedeutung blieben. Der Übergang der Arbeitsverhältnisse ist nach § 613 a BGB Rechtsfolge einer Betriebsübernahme, ist mit dieser aber nicht gleichzusetzen.

c) Das *BAG* sieht die Neuausrichtung seiner Rechtsprechung als Ergebnis einer gebotenen richtlinienkonformen Auslegung des § 613 a BGB; seine frühere Beurteilung sei nicht mehr aufrechtzuerhalten. Aus der Richtlinie selbst läßt sich die Notwendigkeit der Korrektur zwar nicht entnehmen. Die Äußerung des *BAG* will aber natürlich auf die Auslegung der Richtlinie 77/187 durch den *EuGH* Bezug nehmen. Für das *BAG* ist diese verbindlich. Allerdings können gegen die überschießende Interpretation des *EuGH* Bedenken mit mehr Aussicht auf Erfolg geltend gemacht werden, als es gegenüber einer durch den Richtlinienwortlaut selbst nahegelegten Rechtslage der Fall wäre. Ob das *BAG* nur aus Gründen der Bindung an das EG-Recht oder aus eigener Überzeugung den Anwendungsbereich des § 613 a BGB ausgedehnt hat, läßt es nicht erkennen.

20 ABl. L 201/88 vom 17. 7. 1998.
21 8 AZR 729/96, NZA 1998, 534.

2. Lösung an der Grenze des Zumutbaren

Zu überzeugen vermag auch die jetzige Rechtsprechung nicht. Der Grundgedanke der Richtlinie geht doch dahin, daß derjenige, der betriebliche Einrichtungen im weitesten Sinne unter Fortsetzung der bisherigen betrieblichen Funktionen übernimmt, die in diesem Betrieb tätigen Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen hat. Schon in diesem ihrem originären Anliegen führt die Bestimmung zu Behinderungen bei unternehmerischer Umstrukturierung. Ihr guter Sinn konnte aber noch dargetan werden. Völlig verfehlt wäre das ursprüngliche Anliegen, wie schon hervorgehoben, bei Gleichsetzung der bloßen Funktionsübernahme. Wird an die Übernahme von Arbeitnehmern angeknüpft, stand zuerst der Fall der Einstellung eines für den Betrieb maßgeblichen Know-how-Trägers im Vordergrund[22]. Die Entscheidung konnte nicht auf Bedenken stoßen, weil es um die Übernahme des Know-how, nicht des einzelnen Arbeitsvertrags, ging. Das Know-how gehörte schon immer zu den wesentlichen immateriellen Betriebsmitteln, die Grundlage für die Anwendung des § 613 a BGB bilden. In den jüngsten Entscheidungen haben sich die Relationen aber doch wesentlich verschoben. Das Hervorkehren der Arbeitsorganisation kann die Konzeptionsänderung nur dürftig bemänteln. Im Ergebnis bedeutet die Ausweitung des „Betriebs"-Begriffs, daß die Übernahme der Kernbelegschaft mit der Zuweisung der vom neuen Betriebsinhaber nicht benötigten Arbeitskräfte belastet wird. Wie wenig schlüssig die Konzeption ist, zeigt sich an dem Rätseln um die Prozentzahlen. Eine Übernahme von 83% der früheren Belegschaft soll genügen, eine Übernahme von 75% reicht für die Anerkennung als Betriebsübergang nicht.

Die Konsequenzen dieser Rechtsprechung lassen sich leicht erahnen. Ein einen Reinigungsauftrag übernehmender Unternehmer wird, wenn er die Belegschaft seines Vorgängers nicht insgesamt übernehmen will, auf die vom *BAG* vorgegebene Prozentgrenze achten. Mancher Belegschaftsangehörige, der noch Eingang beim neuen Auftragnehmer gefunden hätte, wird deshalb durch eine neue Arbeitskraft ersetzt werden. Die Unternehmen werden mit dieser Rechtsprechung leben können. Ihr Sinn bleibt im dunkeln.

3. Orientierungswirkung für die Rechtsprechung

Es bleibt abzuwarten, ob die deutschen Arbeitsgerichte die zwischen *BAG* und *EuGH* austarierte Abgrenzung akzeptieren. Das *BAG* hat nach der Entscheidung des *EuGH* vom 11. 3. 1997 auf Anfrage des Präsidenten des *EuGH* ein unter dem 21. 3. 1996[23] eingereichtes Vorabentscheidungsersuchen am 17. 7. 1997[24] zurückgezogen. Die Instanzgerichte etlicher Verfahren, über deren Vorabentscheidungsersuchen am 10. 12. 1998 vom *EuGH* entschieden wurde[25], haben auf Anfrage des Präsidenten des *EuGH* ihr Vorabentscheidungsersuchen aufrechterhalten, obwohl die von ihnen zu entscheidenden Fallagen auf der Grundlage der Vorgaben des *EuGH*-Urteils vom 11. 3. 1997 genauso hätten entschieden werden können wie der dem *BAG* vorliegende Rechtsstreit. Positive Wirkung war immerhin, daß der *EuGH* in den zwei Entscheidungen vom 10. 12. 1998 die bereits am 11. 3. 1997 präsentierte Konzeption noch bekräftigen konnte. Künftige Fälle sollten von den Instanzgerichten aber unter Zugrundelegung der nunmehr klaren Vorgaben von *EuGH* wie *BAG* entschieden werden, ohne daß diese durch weitere Vorabentscheidungsersuchen wiederum in Frage gestellt werden.

---

22 *BAG* vom 9. 2. 1994 – 2 AZR 781/93, AP Nr. 104 zu § 613 a BGB.

23 8 AZR 156/95, AP Nr. 10 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187.

24 8 AZR 156/95, AP Nr. 15 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187.

25 S. Fn. 5.