

OUTSOURCING

Fremdvergabe und Verlagerung in der
österreichischen und deutschen Rechtsordnung

DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der
Rechtswissenschaften der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Leopold-Franzens Universität zu Innsbruck

Eingereicht bei:

ao. Univ.-Prof. Dr. Johann Egger
Institut für Arbeits- und Sozialrecht,
Wohn- und Immobilienrecht und Rechtsinformatik

von

Ass. iur. Stephan Thilo Wobst

Innsbruck, im März 2015

Vorwort

Das europäische Recht hat seinen Platz in der Rechtsordnung der europäischen Staatengemeinschaft gefunden. Im Rahmen meines Studiums im Zeitraum 1990 bis 1994 zu Augsburg waren diese Einflüsse bereits vorhanden, wenngleich für mich als Studenten diese Lehrinhalte und deren praktischen Auswirkungen schwer einzuordnen waren. Dies ergab sich erst in der Tätigkeit als Rechtsanwalt und wird wohl nie abgeschlossen sein.

Ich danke der Leopold-Franzens Universität zu Innsbruck für die herzliche Aufnahme und Betreuung im Rahmen meines Doktoratstudiums. Diese Zeit schärfte meinen Blick für die Gemeinsamkeiten und auch die Unterschiede der Arbeitsrechtsordnungen über meine bisher nationalstaatlichen Grenzen hinaus.

Meine besondere Dankbarkeit verbinde ich allzeit mit Herrn ao. Univ.-Prof. Dr. Johann Egger, der seit dem Tag der ersten Vorlesung mein Dissertationsvorhaben prägte und stets durch seine zuvorkommende und wohlwollende Betreuung förderte. Die Teilnahme an seinem Dissertantenseminar trug wesentlich zu meinem tieferen Verständnis des österreichischen Arbeitsrechts bei.

Herzlich bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Ass.-Prof. Mag. Dr. Mair und für seine überaus zuvorkommende Betreuung und Herrn ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Markl für die Übernahme der Zweitbegutachtung.

Diese Arbeit sei meiner Frau Susanne Wobst und meinen Eltern, insbesondere meinem verstorbenen Vater Thilo Wobst gewidmet, die mit viel Unterstützung, Nachsicht und Liebe meine Vorhaben unter eigenen Entbehnungen stets unterstützt und ermöglicht haben.

Innsbruck, im März 2015

Stephan Thilo Wobst

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	VI
Einleitung - Untersuchungsgegenstand	1
Teil I - Outsourcing als betriebswirtschaftliche Maßnahme	3
1 Begriff und Entwicklung	3
2 Wirtschaftlich-strategischer Ansatz „make-or-buy“	5
3 Kernfelder und Interessenlage	7
4 Erscheinungsformen	10
4.1 Internes Outsourcing	10
4.2 Externes Outsourcing	12
4.3 Weitere Erscheinungsformen	12
5 Chancen und Risiken	14
Teil II - Outsourcing und Schutz des Arbeitsverhältnisses	17
1 Einleitung	17
2 Verhältnis der europäischen und nationalen Rechtsordnungen	18
2.1 Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts	18
2.2 Richtlinienkonforme Auslegung	20
2.3 Vorabentscheidungsverfahren	21
3 Legislative Entwicklungen des Betriebsübergangsrechts	23
3.1 Die europarechtlichen Entwicklungen	23
3.1.1 Die Richtlinie 77/187/EWG	23
3.1.2 Die Änderungs-Richtlinie 98/50/EG	26
3.1.3 Die Richtlinie 2001/23/EG	30
3.1.4 Einschränkung des Regelungsbereichs	30
3.2 Die österreichischen Entwicklungen	32
3.2.1 Rechtslage vor 01.07.1993	32
3.2.2 Rechtslage ab 01.07.1993	34
3.2.3 Weitere Entwicklungen nach 1993	35
3.3 Die bundesdeutschen Entwicklungen	35
3.3.1 Rechtslage bis 1972	35
3.3.2 Die Regelung des § 613a BGB aF	36
3.3.3 Fortentwicklungen des § 613a BGB	37
3.4 Stellungnahme zur den Umsetzungen	39
4 Der Tatbestand des Betriebsübergangs	40
4.1 Die europäischen Rechtsprechung	40
4.1.1 Betriebsbegriff und wirtschaftliche Einheit	42
4.1.2 Der Übergang einer wirtschaftlichen Einheit	52
4.1.3 Wahrung der Identität	56

4.1.4	Abgrenzung zu Auftrags-/Funktionsnachfolge.....	64
4.1.5	Abgrenzung zu Betriebsstilllegung	68
4.2	Die österreichische Rechtsprechung	70
4.2.1	Betriebsbegriff.....	70
4.2.2	Übergang des Betriebs	72
4.3	Die deutschen Rechtsprechung.....	76
4.3.1	Betriebsbegriff.....	76
4.3.2	Rechtsprechungslinien und Spijkers-Kriterien	78
4.3.3	Betriebsmittel-Rechtsprechung des BAG.....	79
4.3.4	Rechtsprechungslinie zu eigenwirtschaftlicher Nutzung.....	82
4.3.5	Rechtsprechung zu identitätszerstörender Eingliederung.....	84
4.3.6	Bereichsausnahme Hoheitliche Tätigkeit	86
4.4	Stellungnahme	87
5	Individualrechtliche Rechtsfolgen	90
5.1	Ex-Lege-Übergang	90
5.1.1	Betroffene Arbeitsverhältnisse	91
5.1.2	Zuordnung	94
5.1.3	Zeitpunkt	96
5.1.4	Inhalt des ex-lege-Übergangs.....	97
5.2	Die Ausnahme von bzw Beseitigung der ex-lege Wirkung	103
5.2.1	Das Widerspruchsrecht.....	103
5.2.2	Die Kündigung	108
5.2.3	Fortsetzungs- oder Wiedereinstellungsanspruch.....	112
5.3	Unterrichtungs- und Informationspflichten	115
5.3.1	Regelung der Betriebsübergangs-Richtlinie	115
5.3.2	Österreichische Regelung	116
5.3.3	Bundesdeutsche Regelung	117
5.4	Haftung	118
5.5	Zwingender Charakter und abweichende Gestaltungen	119
5.5.1	Aufhebungs-/Abänderungsverträge.....	120
5.5.2	Maßnahmen sog Veräußerer- oder Erwerbberkonzepte	126
Teil III - Outsourcing im System des Betriebsübergangs.....		133
1	Einleitung.....	133
2	Outsourcing-Grundstruktur nach den EuGH-Kriterien	134
2.1	Kontinuität und Ähnlichkeit der Leistungen	134
2.2	Kriterium der Kundenbeziehung.....	135
2.3	Stellungnahme	138
3	Outsourcing außerhalb des Betriebsübergangs	138
3.1	Rein gesellschaftsrechtliche Vorgänge	138
3.2	Funktions- / Auftragsnachfolge	140
4	Outsourcing als Betriebsübergang	143
4.1	Vorprüfungen.....	143
4.2	Eindeutige Vorgänge und Gestaltungen.....	143

4.3 Betriebsmittel- / Personalübernahme nach Art des Betriebs	144
4.3.1 Einleitung.....	144
4.3.2 Betriebsmittelarme Bereiche	147
4.3.3 Betriebsmittelgeprägte Bereiche	149
4.4 Betriebsorganisation und funktionale Verknüpfung.....	151
4.5 Stellungnahme.....	156
Teil IV - Grenzüberschreitendes Outsourcing (Offshoring).....	158
1 Einleitung.....	158
2 BÜ-RL und grenzüberschreitender Kontext.....	159
3 Feststellung des anzuwendendes Rechts.....	161
3.1 Kollisionsregelungen im Betriebsübergangsrecht.....	161
3.1.1 Beurteilung nach den nationalen Regelungen des IPR.....	162
3.1.2 Rom I-Verordnung.....	163
3.2 Anknüpfungspunkt.....	164
3.2.1 Statut des Veräußerungsvertrags	165
3.2.2 Statut des Betriebsorts.....	166
3.2.3 Statut des Arbeitsvertrags	168
3.3 Anzuwendendes Recht im Arbeitsvertragsstatut.....	170
3.3.1 Subjektive Anknüpfung - Rechtswahl	170
3.3.2 Objektive Anknüpfung.....	171
3.3.3 Einschränkungen.....	173
3.4 Offshoring als Betriebsübergang	177
3.4.1 Offshoring ohne Änderung des Arbeitsorts	178
3.4.2 Offshoring mit Veränderung des Arbeitsorts.....	178
4 Bestand und Inhalt des Arbeitsverhältnisses nach Verlagerung	182
4.1 Grundsatz des ex-lege-Übergang.....	182
4.2 Ausnahmen / Beseitigung des ex-lege-Übergangs	182
4.2.1 Widerspruchsrecht und Weigerung der Tätigkeit.....	182
4.2.2 Kündigung	184
4.3 Inhalt des Arbeitsverhältnisses.....	185
4.3.1 Pflicht zur Arbeitsleistung und Arbeitsort.....	185
4.3.2 Kollektiv-rechtliche Regelungen	188
4.4 Statutenwechsel	190
4.4.1 Bei Rechtswahl nach Art 3 Abs 1 Rom I-VO	190
4.4.2 Bei objektiver Anknüpfung nach Art 8 Abs 2 bis 4 Rom I-VO	190
4.4.3 Konsequenzen des Statutenwechsel bei Offshoring	192
Teil V - Zusammenfassung.....	193
Anhang 1 - Synopse der relevanten IPR-Bestimmungen	196
Literaturverzeichnis	197
Judikaturverzeichnis des EuGH	211

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere(r) Ansicht	DB	Der Betrieb, Zeitschrift (D)
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch	ders	derselbe
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union	dh	das heißt
abl	ablehnend	DRdA	Das Recht der Arbeit
Abs	Absatz	dt	deutsch/e/es
abw	abweichend	E	Entscheidung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	EAnm	Entscheidungsanmerkung
aF	alte Fassung	ecolex	Fachzeitschrift für Wirt- schaftsrecht
Alt	Alternative	EG	Europäische Gemeinschaft
aM	anderer Meinung	EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Anh	Anhang	Einf	Einführung
AngG	Angestelltengesetz	einH	einhellig
Anm	Anmerkung	erg	ergänzend
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen	Erl	Erläuterung(en)
ArbuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift	etc	et cetera
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz	EU	Europäische Union
ARD	ARD-Betriebsdienst	EuGH	Europäischer Gerichtshof
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts- Anpassungsgesetz	EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
ARD	ARD-Betriebsdienst	EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ARG	Arbeitsruhegesetz	EWiR	Entscheidungen zum Wirt- schaftsrecht, Zeitschrift
Art	Artikel	EWG	Europäische Wirtschaftsge- meinschaft
Artt	Artikel (plural)	EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
ASok	Arbeits- und Sozialkartei	f	und die folgende Seite
Aufl	Auflage	ff	und die folgenden Seiten
ausf	ausführlich	FN	Fußnote
BAG	Bundesarbeitsgericht (D)	FS	Festschrift
BAnz	Bundesanzeiger (D)	G	Gesetz
BB	Betriebs-Berater, Zeitschrift (D)	GA	Generalanwalt
Bd	Band	gem	gemäß
Bearb	Bearbeiter	ggf	gegebenenfalls
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (D)	grdl	grundlegend
BGBI	Bundesgesetzblatt	grds	grundsätzlich
BT-Drucks	Drucksache des dt Bundes- tags	hA	herrschende Ansicht
BÜ	Betriebsübergang	hL	herrschende Lehre
BÜ-RL	Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG	hM	herrschende Meinung
BV	Betriebsvereinbarung(en)	Hrsg	Herausgeber
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz	HS	Halbsatz
bzgl	bezüglich	idF	in der Fassung
bzw	beziehungsweise	idgF	in der geltenden Fassung
D	deutsch/Deutschland	idR	in der Regel
		idS	in diesem Sinn
		ieS	im engeren Sinn

infas	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht	RL	Richtlinie(n)
insb	insbesondere	Rs	Rechtssache
iS	im Sinn	Rspr	Rechtsprechung
iSd	im Sinn des/der	Rz	Randzahl, -ziffer
idF	in der Fassung	S	Seite, siehe
iSv	im Sinn von	Slg	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften
iVm	in Verbindung mit	sog	so genannt
iwS	im weiteren Sinn	st Rspr	ständige Rechtsprechung
KollV	Kollektivvertrag	str	strittig
kollv	kollektivvertraglich/e	TVG	Tarifvertragsgesetz (D)
Komm	Kommentar	ua	und andere / unter anderem
krit	kritisch	uä	und ähnliche
KSchG	Kündigungsschutzgesetz (D)	udgl	und dergleichen
LAG	Landesarbeitsgericht (D)	usw	und so weiter
lit	litera	uU	unter Umständen
Ls	Leitsatz	uva	und viele andere
lt	laut	uvm	und viele mehr
mA	meiner Ansicht	va	vor allem
mE	meines Erachtens	verb	verbunden
mwN	mit weiterem Nachweis / mit weiteren Nachweisen	veröff	veröffentlicht
mVa	mit Verweis auf	vgl	vergleiche
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Zeitschrift (D)	vH	von Hundert
Nr	Nummer	VO	Verordnung
nv	nicht veröffentlicht	vollst	vollständig
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Zeitschrift (D)	Vorb	Vorbemerkung
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht - Rechtsprechungs-Report, Zeitschrift (D)	Z	Ziffer
Ob	Aktenzeichen des Obersten Gerichtshofes für Zivilsachen	ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
ObA	Aktenzeichen des Obersten Gerichtshofes für Arbeitsrechtssachen	zB	zum Beispiel
ObS	Aktenzeichen des Obersten Gerichtshofes für Sozialrechtssachen	ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung	ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
og	oben genannt	Ziff	Ziffer
OGH	Oberster Gerichtshof	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (D)
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift (D)	zit	zitiert
RdW	Recht der Wirtschaft	zust	zustimmend
RGBI	Reichsgesetzblatt	zutr	zutreffend
RiW	Recht der internationalen Wirtschaft	zwfl	zweifelnd

Einleitung - Untersuchungsgegenstand

Outsourcing, einerseits das Unwort des Jahres 1996 der Gesellschaft für die deutsche Sprache e.V.¹, andererseits eine gepriesene Lösung wirtschaftlicher und strategischer Herausforderungen eines Unternehmens, ist ein Sammelbegriff verschiedenster Maßnahmen im Spannungsfeld betrieblicher, betriebswirtschaftlicher Bedürfnisse und rechtlicher, insbesondere arbeitsrechtlicher Problemstellungen. Allzu oft werden hierbei arbeitsrechtliche Rechtskreise von Nichtjuristen² als Hemmnis notwendiger Flexibilisierung gesehen.

Im Rahmen dieser Arbeit werden die arbeitsrechtlichen Aspekte der Verlagerung betrieblicher Aufgaben, Leistungen oder Funktionen auf Dritte untersucht. Dies gilt insbesondere für solche Aufgaben, Leistungen und Funktionen, die zunächst innerhalb des eigenen Unternehmens oder Betriebs erbracht wurden. Der Fokus der wissenschaftlichen Betrachtung liegt dabei auf den individualarbeitsrechtlichen Auswirkungen für den (Fort-)Bestand des Arbeitsverhältnisses innerhalb der österreichischen und deut-

¹ Gesellschaft für deutsche Sprache e.V., Wiesbaden, <http://www.gfds.de/aktionen/wort-des-jahres/unwoerter-des-jahres/> (04.03.2014): es sei ein Imponierwort, das der Auslagerung/Vernichtung von Arbeitsplätzen einen seriösen Anstrich zu geben versuche.

² Um die Lesbarkeit dieser Arbeit zu vereinfachen wird auf die zusätzliche Formulierung der weiblichen Form verzichtet. Es sei darauf hingewiesen, dass die ausschließliche Verwendung der männlichen Form explizit als geschlechtsunabhängig verstanden werden soll.

schen Rechtsordnung, insbesondere im Licht der europarechtlichen Vorgaben. Einen weiteren Schwerpunkt der Untersuchung bilden dabei die transnationale Vorgänge der Verlagerung und deren Auswirkung auf den Schutz des Arbeitsverhältnisses.

Kollektivrechtliche Aspekte sind bei der Betrachtung und Bewertung im Wesentlichen ausgeklammert und allenfalls einbezogen, wenn und soweit diese direkten Einfluss auf die individualrechtlichen Beziehungen haben.

Der erste Teil der Arbeit widmet sich den betriebswirtschaftlichen Grundlagen und Zielsetzungen des Outsourcings und bietet eine erste Kategorisierung der unterschiedlichen Ansätze des Outsourcings. Im zweiten Teil schließt sich die arbeitsrechtliche Würdigung in Bezug auf den Schutz des Arbeitsverhältnisses bei Outsourcing-Maßnahmen an. Die europäischen und nationalen Grundlagen des Betriebsübergangs in Tatbestand und Rechtsfolge werden untersucht und im dritten Teil auf das Outsourcing übertragen. In dem vierten Teil werden die besonderen Problemfelder und Besonderheiten grenzüberschreitender Outsourcing-Maßnahmen (sog Offshoring) behandelt. Schließlich wird eine Zusammenfassung im fünften Teil gegeben.

Teil I

Outsourcing als betriebswirtschaftliche Maßnahme

1 Begriff und Entwicklung

Der Begriff Outsourcing ist eine künstliche Wortzusammenfügung der englischen Wörter outside, resource und using.³ Es umschreibt damit die Nutzung („using“) externer („outside“) Dienstleistungs- oder Produktionsangebote („resource“) für eigene Zwecke. Der Fremdbezug von Leistungen kann in Dienstleistungen jeglicher Art liegen. Dabei ist Dienstleistung nicht im rechtlichen, sondern einem tatsächlichen Sinne zu verstehen und erstreckt sich von dem Zukauf einzelner Produkte oder einzelner Dienste bis hin zur Übertragung von Gesamtverantwortlichkeiten.

Die Entscheidung, ob ein Fremdbezug in dem hier verstandenen Sinne vorgenommen werden soll, ist meist strategischer und wirtschaftlicher Natur.

Noch vor den 50er Jahren des vergangenen Jahrhunderts begannen vorwiegend Industrieunternehmen in der Automobilindustrie die Organisation eines schlanken und effizienten Produktionsablaufs (Lean Production)

³ *Balze/Rebel/Schuck*, Outsourcing und arbeitsrechtliche Restrukturierungen von Unternehmen³ (2007) 1 Rz 2; *Niebling*, Outsourcing: Rechtsfragen und Vertragsgestaltung³ (2006) 11; *Hodel/Berger/Risi*, Outsourcing realisieren² (2006) 2 f.

einzuführen.⁴ Durch die Reduzierung des eigenen Fertigungsumfang, der Fertigungstiefe und Erhöhung des Zulieferungsanteils wurden sukzessive die nicht mehr selbst gefertigten Teile durch Zulieferer bezogen.⁵ Dieses fertigungsbezogene Fremdvergabe und Outsourcing begünstigte die wachsenden Kooperationen zwischen Unternehmen und Zulieferer.

In den 1950er Jahre begannen Großunternehmen darüber hinaus einzelne Funktionen, wie zB Bewachung und Sicherheitsdienste, Druckereien, Logistikbereiche aus Gründen der Kosteneinsparung auszugliedern.⁶ Es folgte dann auch im Dienstleistungsbereich eine Verlagerung auf externe Unternehmen mit der gleichen Herangehensweise wie in der produktionsbezogenen Fremdvergabe nach den Prinzipien der Lean Production. Im Mittelpunkt der Prüfung und Durchführung stand, ob diese weiterhin selbst erbracht werden müssen oder fremdvergeben werden können.

Diese Tendenzen halten heute mehr denn je an. Mit zunehmendem Kostendruck, größerer Markttransparenz, globalen Beschaffungsmöglichkeiten und fortschreitenden Informations- und Telekommunikationstechniken werden Anpassungen der Kostenstrukturen, Aufbauorganisationen und Prozesse notwendig. Dabei ist zu erkennen, dass zunächst Kosteneffekte eine wesentliche Rolle spielten, aber fortschreitend auch die Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit durch Konzentration auf die Kernkompetenzen in Vordergrund gerückt wird.⁷ Zunehmend qualifiziertere Outsourcing-Nehmer und Anbieter professioneller und spezialisierter Dienstleistungen, verbunden mit

⁴ *Hodel/Berger/Risi, Outsourcing*² 14.

⁵ *Scholtissek, New Outsourcing*¹ (2004) 11, nennt dies nach der Fließbandproduktion des Henry Ford die zweite Revolution der Wertschöpfung.

⁶ *Hodel/Berger/Risi, Outsourcing*² 14.

⁷ *Hodel/Berger/Risi, Outsourcing*² 14.

der allgemeinen technischen Weiterentwicklung bieten dabei nahezu unbegrenzte Möglichkeiten zur Fremdvergabe im In- und Ausland.

Im Zeitraum 2008 – 2010 implementierten 13 % der Unternehmen, die an der Innovationserhebung der CIS 2010 teilgenommen haben, neue Methoden der Organisation von Außenbeziehungen zu anderen Unternehmen oder öffentlichen Einrichtungen. Die Erhebung bezog sich hierbei auf die erstmalige Nutzung von Bündnissen, Partnerschaften, Outsourcing oder Auftragsvergabe an Sub-Unternehmer. Für Österreich und den Bereich der Innovations-Erhebung waren diese Werte nahezu unverändert zu den Erhebungen der Jahre 2006 – 2008.⁸

Auch die Erhebung der Unternehmensberatung Steria Mummert⁹ zeigt einen deutlichen Aufwärtstrend für Outsourcing-Projekte, den 78% der Entscheider als wichtigen Faktor für den Unternehmenserfolg ansehen; 10%-Punkte mehr als noch ein Jahr zuvor.¹⁰

2 Wirtschaftlich-strategischer Ansatz „make-or-buy“

Gerade in den Anfängen der Lean Production lag der Fremdvergabe

⁸ Innovation 2008-2010 – Ergebnisse der Innovationserhebung CIS 2010 der Statistik Austria, http://www.statistik.at/web_de/Redirect/index.htm?dDocName=069035 (04.03.2014).

⁹ Executive Summary der Studie „Erfolgsmodell Outsourcing – Trendstudie 2011“ der Unternehmensberatung Steria Mummert Consulting AG, Stand Februar 2012 http://www.steria.com/de/fileadmin/assets/sharingOurViews/Nachgefragt/ST40P_032_1012-BAN_d_Outsourcing_abstract_01.pdf (04.03.2014).

¹⁰ *Steria Mummert Consulting AG*, Executive Summary der Studie „Erfolgsmodell Outsourcing – Trendstudie 2011“, Vorwort 7.

von Leistungen an Kooperationspartner im produktionsnahen Bereich und der Dienstleistungserbringung eine strategische Entscheidung zugrunde, welche Leistungen, Funktionen oder Prozesse innerhalb des Unternehmens selbst erbracht werden (müssen). Betriebswirtschaftlich wird dies einer Make-or-Buy-Entscheidung gleichgesetzt: Entweder das Unternehmen erbringt die definierte Leistung selbst oder es kauft diese ein.

Dies orientiert sich an der angestrebten und erwünschten Fertigungstiefe des Unternehmens. Diese Fertigungstiefe, zum Teil auch Wertschöpfungstiefe genannt, beschreibt den Anteil von Eigenfertigung und zugekauften Fremdfertigungen am Marktprodukt des Unternehmens, insbesondere im produzierenden Gewerbe.¹¹ Erweitert wird dies jedoch auch auf unterstützende Funktionen und Leistungen in der Verwaltung und in administrativen Aufgaben eines Unternehmens als Optimierung der Leistungstiefe.¹²

Unternehmen mit einer hohen Fertigungs-/Leistungstiefe nehmen viele auch nicht zum Kerngeschäft gehörende Aufgaben selbst wahr. Zunehmender Konkurrenz- und Kostendruck bedingen hierbei stetig zu der strategischen Entscheidung, ob es einen Vorteil mit sich bringt, Leistungen, die nicht das Kerngeschäft des Unternehmens berühren, anderweitig zu beziehen. Insbesondere in Dienstleistungsgesellschaften mit hohen Fertigungs- und Lohnkosten wie Deutschland und Österreich bieten sich verstärkt Dienstleister an, die diese Aufgaben als ihr Kerngeschäft anbieten und von sich behaupten, deshalb mit höherer Effizienz und/oder kostengünstiger anbieten können.

¹¹ *Scholtissek, New Outsourcing*¹ (2004) 11 bezeichnet dies als zweite Revolution der Wertschöpfung.

¹² *Scholtissek, New Outsourcing*¹ (2004) 11, der dies als dritte Revolution der Wertschöpfung benennt.

3 Kernfelder und Interessenlage

Grundsätzlich ist die Fremdvergabe in allen Bereichen der Wertschöpfung eines Unternehmens denkbar. Steigende Tendenzen des Interim-Managements zeigen, dass selbst in der Unternehmensführung ein zumindest vorübergehender Einsatz von Fremdpersonal erwünscht ist. Auch klassische Kernkompetenzen eines Unternehmens, wie zB die Forschung und Entwicklung (F&E) sind zumindest in Teilen durch große Industrieunternehmen fremdvergeben und immer öfter werden hierbei Zulieferer als strategische Entwicklungspartner von (Zulieferer-)Teilbereichen eingebunden. Diese bringen damit Innovation und Entwicklung in das Endprodukt mit ein.

Die (Haupt-)Anwendungsfelder eines Outsourcings werden einerseits durch die Nähe zum Kerngeschäft und andererseits durch die notwendige Wissenstiefe bestimmt.¹³ Zu den wissensintensiven und nahe zum Kerngeschäft gehörenden Dienstleistungen zählen die Bereiche F&E, Management & Strategie, bei denen sich ein gezielter Zukauf von Unterstützung anbietet, jedoch selten eine Fremdvergabe im Rahmen eines Outsourcings. Gefolgt werden diese Bereiche von spezifischen Kernanwendungen des Unternehmens und dem Bereich der Personalselektion und Personalentwicklung¹⁴.

Bei relativ niedriger Wissensintensität und einer geringen Nähe zum Kerngeschäft bieten sich gezielte Auslagerungen und Fremdvergaben an. Diese Bereiche beziehen sich auf das Immobilienmanagement (Facility-Management), Versorgungsdienste wie zB Kantinenbetrieb, Reinigung oder Bewachung, Fuhrpark, Lagerverwaltung, IT/EDV, oder die Logistik eines Un-

¹³ Vgl. *Hodel/Berger/Risi, Outsourcing*² 10, Abbildung 2 mwN.

¹⁴ *Hodel/Berger/Risi, Outsourcing*² 10, Abbildung 2 mwN.

ternehmens.

Diese theoretischen Erwägungen nach Nähe zum Kerngeschäft und notwendiger Wissensintensität spiegeln sich auch in den praktischen Umsetzungen wider.

Die Unternehmensberatung *Ernst&Young*¹⁵ fand bei einer europaweiten Befragung von 600 Unternehmen heraus, dass bereits 70% der befragten Unternehmen von einem Outsourcing Gebrauch machen und zwar in den Hauptbereichen, die die geringsten Verbindungen mit den Kernbereichen des Unternehmens haben: Unterhaltung/Unterstützung, Logistik, IT.

Trotz der angenommenen Befürchtung, nicht mehr autonom und nicht ausreichend schnell auf neue Bedürfnisse reagieren zu können, wurden mit den Vorteilen der Kostenaspekte und besonderen Kernkompetenzen der Dienstleister zu 86% IT/Telekommunikation¹⁶, zu 76% Service-Funktionen¹⁷, zu 73% Logistik & Transport¹⁸ und zu 59% die Personaladministration¹⁹ fremdvergeben.

In der Publikation der Unternehmensberatung Ernst & Young des Jah-

¹⁵ *Muller/Wood*, E&Y Outsourcing: the rise of fragmentation, Ernst & Young's 2008 European outsourcing survey, http://www.cel-logistica.org/upload/2008%20E&Young%20European_outsourcing_survey_.pdf (26.03.2014).

¹⁶ *Muller/Wood*, E&Y 2008 Survey, 13: Schwerpunkte Applikationsmanagement 48 %, Management der Soft- und Hardware 42 %, Netzwerk & Servermanagement 41 %, Telekommunikationsmanagement 25 %.

¹⁷ *Muller/Wood*, E&Y 2008 Survey, 13: wiederum aufgeteilt auf Facility-Management 55%, Catering und Bewirtung 51%, Service 33%, Dokumentenmanagement 25%.

¹⁸ *Muller/Wood*, E&Y 2008 Survey, 13: wiederum aufgeteilt auf Transport 53%, Flottenmanagement 44%, Logistik 36% und Lagerhaltung 26%

¹⁹ *Muller/Wood*, E&Y 2008 Survey, 13: Schwerpunkte Lohn-und Gehaltsbuchhaltung 35 %, Rekrutierung 28 %, Training 28 %.

res 2013 „Outsourcing in Europe“²⁰ wurden diese Entwicklungen anhand von 3700 Kunden und Dienstleistern aus acht europäischen Ländern bestätigt mit steigender Tendenz.

Umstrukturierungen durch Verlagerungen von Unternehmen haben auch in Österreich erheblich zugenommen. Im Jahr 2005 wurden bei einer Befragung von Betriebsräten durch die Arbeiterkammer in Oberösterreich und Wien Umstrukturierung von Unternehmen zurückgeführt auf Outsourcing von Hilfstätigkeiten (52,34%), Outsourcing von Produktionstätigkeiten (32,38%) Ausgliederung von Produktparten oder Tätigkeiten in eigene Tochtergesellschaft (30,83%), Verlagerung von Produktionsanteil ins Ausland (23,08%), Outsourcing von typischen Angestelltentätigkeiten (20,72%), Verkauf des Unternehmens (17,72%) Ausgliederung von wertvollem Vermögen in eine eigene Tochtergesellschaft (17,92%), Ausgliederung von Arbeitnehmern als freie Mitarbeiter oder ähnliche (6,1%).²¹

Ernst & Young identifiziert in ihrem Survey als Zukunftsfelder des Outsourcings zukünftig die Servicefunktionen mit 52%, Administration und Finanzen mit 49%, Personal mit 38%, IT/Telekommunikation mit 37%, Logistik und Transport mit 36%, Produktentwicklung und Produktion mit 24% und schließlich Vertriebsmarketing und Kommunikation mit 16%.²²

Im Speziellen haben die befragten Teilnehmer ein Outsourcing als ge-

²⁰ Ernst & Young Publikation „Outsourcing in Europe“
[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Outsourcing_in_Europe_2013/\\$FILE/EY-outsourcing-survey.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Outsourcing_in_Europe_2013/$FILE/EY-outsourcing-survey.pdf) (04.03.2014).

²¹ Pressekonferenz der Arbeiterkammer Oberösterreich "Zu Lasten der Beschäftigten", Umstrukturierung von Unternehmen in Oberösterreich vom 08.08.2005,
http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20050808_OTS0050/umstrukturierungen-gehen-zu-lasten-der-beschaeftigten-ak-fordert-bessere-absicherung-und-mitwirkung-der-betroffenen (04.03.2014).

²² *Muller/Wood*, E&Y 2008 Survey, 29.

plante Maßnahme, dh innerhalb der kommenden 2 Jahre, benannt für die Lohnbuchhaltung (mit 22%), die Buchhaltung (mit 20%), das Dokumentenmanagement (mit 19%), das elektronische Beschaffungswesen (mit 18%), das Telekommunikationsmanagement (mit 14%), die Personaladministration (mit 14%), die Logistik (mit 13%), die Verpflegung (mit 13%), Hausverwaltung und Hausmeisterservice (mit 13 %), den Telefonbetrieb (mit 13%), Netzwerk & Servermanagement (mit 12%), die Hausverwaltung (mit 12%), ein IT-Hardware und Softwaremanagement (mit 11%), Einkaufsadministration (mit 11%), Firmenwagen-/Flottenmanagement (mit 10%) und die Rekrutierung (mit 10%).²³

Dabei zeigen sich die klaren Schwerpunkte einer Fremdvergabe/Verlagerung als betriebswirtschaftliche Maßnahme in den Bereichen, die keinen wesentlichen Bezug zu der Leistung des Unternehmens selbst hat, sondern die unterstützenden Charakter haben.

4 Erscheinungsformen

Eine erste Unterscheidung der Erscheinungsformen von Outsourcing-Sachverhalten liegt darin, ob es sich um ein internes oder externes Outsourcing handelt.

4.1 Internes Outsourcing

Unter dem Begriff des internen Outsourcings versteht man die

²³ *Muller/Wood, E&Y 2008 Survey, 30.*

Fremdvergabe in Form einer Ausgliederung an ein oder mehrere rechtlich verbundene Unternehmen²⁴, zum Teil wird dies deshalb auch als Ausgliederung bezeichnet.²⁵ Charakteristisch für das interne Outsourcing ist die Änderung der Organisationsstruktur, die mit der Ausgliederung einhergeht.

Internes Outsourcing wird gerade in größeren Unternehmenseinheiten oder Unternehmensverbänden (Konzernen) zur Zentralisierung von Funktionen, Dienstleistungen oder Leistungserbringung praktiziert und sichert in aller Regel eine gesellschaftsrechtliche Verbundenheit mit dem neuen Leistungserbringer. So werden zB zur unternehmens- / konzernübergreifenden Zusammenfassung eigenständige Abteilungen (als Support- oder Profit-Center) oder mehr oder minder eigenständige Unternehmen (Tochter-/Schwester-/Konzerngesellschaft oder Unternehmensbeteiligung/Joint Venture)²⁶ zusammengelegt oder neu gegründet. Charakteristisch ist hierbei eine Form der künftigen Kooperation nunmehr wirtschaftlich verselbständigter Abteilungen eines Unternehmens mit einem noch größeren Einfluss auf den Dienstleister durch die gesellschaftsrechtliche Beteiligungsstruktur oder nahen vertraglichen Bindung. Beispiele des internen Outsourcings sind dabei die sog Shared-Services, bei denen innerhalb eines Unternehmens oder Unternehmensgruppe zentralisiert bestimmte interne Dienstleistungen und Funktionen gebündelt werden und den jeweiligen Abteilungen oder Unternehmen zur Verfügung gestellt werden. Dieses findet vielfach im Bereich der IT-Leistungen, Finanz- und Rechnungswesen und Personaladministration statt.

²⁴ *Düwell*, Arbeitsrechtliche Chancen und Risiken von Outsourcing, Festschrift für Thomas Dietrich (1999) 102 f.; *Balze/Rebel/Schuck*, Outsourcing³ 5 Rz 23.

²⁵ *Hodel/Berger/Risi*, Outsourcing² 18.

²⁶ Vgl *Hodel/Berger/Risi*, Outsourcing² 18, Abbildung 5 mwN.

4.2 Externes Outsourcing

Demgegenüber ist das externe Outsourcing die Auslagerung und Überetragung eigener Funktionen und Betriebsmittel an einen fremden Dritten²⁷ und kann als klassische Form des Outsourcings bezeichnet werden.²⁸ Die bislang unternehmens- oder betriebsintern erbrachten Leistungen werden intern nicht weiter fortgeführt und fortan durch einen unternehmens- oder betriebsfremden Dritten erbracht. Die Rechtsgrundlagen und Gestaltungsformen für dieses eigentliche Outsourcing sind mannigfaltig und können sich auf die Übernahme der bisherigen Leistungen beziehen unter Übernahme von bisherigen Strukturen oder Arbeitnehmern oder es kommt zu einem gezielten Einkauf der Leistung des Dritten. Dabei muss das externe Outsourcing nicht mit einer tatsächlichen räumlichen Verlagerung einhergehen, sondern kann auch innerhalb des Unternehmens erfolgen als sog In-house-Outsourcing²⁹, wie zB Reinigungsarbeiten, die von einem unabhängigen Dienstleister eigenverantwortlich übernommen werden, jedoch innerhalb der Räumlichkeiten des Unternehmens (Inhouse). Charakteristisch ist für das externe Outsourcing jedoch stets, dass diese Bereiche funktionell und organisatorisch vom bisherigen Betreiber abgegrenzt werden.

4.3 Weitere Erscheinungsformen

Über die Grobgliederung des internen und externen Outsourcing hinaus haben sich weitere Erscheinungsformen und Unterscheidungen nach

²⁷ *Düwell*, Chancen und Risiken 102; *Balze/Rebel/Schuck*, Outsourcing² 3 Rz 16.

²⁸ *Greiner* in Preis (Hrsg), Innovative Arbeitsformen, 991 (1994).

²⁹ Vgl hierzu *Düwell*, Chancen und Risiken 102.

dem Grad der Maßnahme, zB von eine sehr speziellen („selektiven“) bis hin zu einem umfassenden („totalem“) Outsourcing, nach der Anzahl der Outsourcing-Partner („Single“ oder „Multi-Sourcing“) und insbesondere der räumlichen Distanz der in aller Regel grenzüberschreitenden Verlagerung („Nearshore“, „Offshore“) in der Begrifflichkeit entwickelt.

Diese durchaus inflationär genutzten Begrifflichkeiten spiegeln für sich jedoch keine rechtserheblichen Unterscheidungen wider, sondern nur inhaltliche Einordnungen. Nicht selten sind die verwandten Anglizismen auch nur werbend genutzt. Allem gemein ist die Veränderung einer (Dienst-)Leistung in ihrem status quo. Dies gilt selbst für die wieder vermehrt auftretende sog Insourcing- oder Backsourcing-Maßnahmen, bei denen das Ziel die Rückübertragung ehemals fremdvergebener Aufgaben zurück in den Betrieb oder das Unternehmen ist.³⁰

Die einzelnen Differenzierungen der internen oder externen Outsourcing-Lösungen sind von den damit verbundenen Zielsetzungen abhängig. Grob kann dies nach einer kostenorientierten, engpassorientierten oder strategisch orientierten Zielsetzung unterschieden werden.³¹ Je nach Zielsetzung und Interessenlage des Unternehmen, das ein Outsourcing in Erwägung zieht, sind die damit verbundenen oder zumindest erhofften Vor- und Nachteile vielfältig und im Ganzen innerhalb dieses Überblicks nicht erschöpfend zu erarbeiten. Schwerpunkte, die eine Maßnahme attraktiv zu machen scheinen sind zumeist im Bereich der Kostenersparnis zu suchen und im zweiten Schwerpunkt der Entlastung des Unternehmens und Professionalisierung der Leistung bei Erhöhung der Flexibilität.

³⁰ *Düwell*, Chancen und Risiken 105.

³¹ Vgl *Hodel/Berger/Risi*, Outsourcing² 16.

Nach einer Studie der Unternehmensberatung Ernst & Young im Jahr 2013 unter 3.700 Kunden und Entscheidern in acht europäischen Ländern³² wurde von 20 % die Kosteneffekte als das maßgebliche Kriterium genannt, gefolgt von den Wünschen einer höheren Effizienz und einer Verbesserung der Qualität.³³ Zu dem gleichen Ergebnis kommt die Studie der Unternehmensberatung Steria Mummert Consulting des Februar 2013³⁴, bei der 200 Fach- und Führungskräfte aus Unternehmen mit mehr als 100 Mitarbeitern aus den Branchen befragt wurden³⁵. Die Kosteneinsparung ist weiterhin das wichtigste Ziel für das Auslagern der Unternehmen, gefolgt von der erhofften die Entlastung ihrer Führungskräfte und die Konzentration auf das Kerngeschäft. Dies stellt gegenüber der vorhergehenden Studie des Jahres 2011 einen Zuwachs von 11 Prozentpunkten dar.

5 Chancen und Risiken

Mit der Konzentration auf das Kerngeschäft gehen nicht nur der Wunsch niedrigerer Kosten und die Verschlankung des Unternehmens einher. Eine Reduktion auf diese Punkte wird dem Outsourcing insgesamt in seinen komplexen und mannigfaltigen Erscheinungsformen nicht gerecht.

³² Ernst & Young, Outsourcing in Europe, [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Outsourcing_in_Europe_2013/\\$FILE/EY-outsourcing-survey.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Outsourcing_in_Europe_2013/$FILE/EY-outsourcing-survey.pdf) (26.03.2014).

³³ Ernst & Young, Outsourcing in Europe 5.

³⁴ Steria Mummert Consulting, Erfolgsmodell Outsourcing 2013, https://www.steria.com/de/no_cache/presse/publikationen/studien/studien-details/studien/erfolgsmodell-outsourcing-trendstudie-2013 (26.03.2014).

³⁵ <http://www.qz-online.de/news/uebersicht/nachrichten/steria-mummert-consulting-studie-zeigt-die-erfolgsmodelle-outsourcing-506889.html> (26.03.2014); <http://www.presseportal.de/pm/50272/2519738/studie-deutsche-entdecken-asien-als-outsourcing-standort> (26.03.2014).

Die strategische Zusammenarbeit von Unternehmen im Produktions- oder Dienstleistungssegment kann zB im Einkauf der Leistung auch beidseitige win/win-Situationen schaffen. Dies kann aufgrund von Skalen-/ Mengende-
gressionseffekten Effektivität und Effizienz der Leistungserbringung fördern und zu einem kostengünstigeren Angebot für das auslagernden Unternehmen führen als wenn die Leistung weiterhin selbst erbracht wird. Gewünschte Produktivitätssteigerungen oder eine Erhöhung der Qualität lässt sich durch die Vergabe an einen spezialisierten, externen Dienstleister erzielen, der diese (Dienst-)Leistungen in eigener Kernkompetenz anbietet, was letztendlich auch eine Flexibilität bei Marktveränderungen mit sich bringt.³⁶

Weitere Vorteile eines Outsourcings liegen in strategischen Zielen eines Markteintritts oder einer Markterschließung in fremden Ländern (zB China), wenn deren nationale Rechtsordnung die besondere Vor-Ort-Präsenz erfordert oder Handelsbarrieren dadurch minimiert werden können.

Diesen Vorteilen stehen erhebliche Risiken bei der Fremdvergabe von Leistungen gegenüber. Diese sind darin begründet, dass der direkte Zugriff auf den Dienstleister oder die Leistung in aller Regel eingeschränkt wird. Mangelnde Termintreue und Arbeitsqualität, höherer Erläuterungsbedarf bei der Vergabe von Aufgaben, eine nicht beeinflussbare Personalfluktuaton auf Dienstleisterseite uä können trotz umfangreicher Vertragsgestaltungen die Vorteile aufzehren. Im Bereich des Offshorings gehen dabei auch direkt oder indirekt inländischer Arbeitsplätze verloren. Leider hat auch das Offshoring

³⁶ *Muller/Wood, E&Y Outsourcing: the rise of fragmentation, Ernst & Young's 2008 European outsourcing survey, http://www.cel-logistica.org/upload/2008%20E&Young%20European_outsourcing_survey_.pdf (26.03.2014), S ##: 49 % der Unternehmen nannten Kosteneinsparungen und damit verbundene Produktivitätssteigerungen als Vorteile, 33 % Erhöhung der Qualität, 28 % Erweiterung der strategischen Organisation und 45 % Erhöhung der Flexibilität.*

gezeigt, dass dies zunehmend zu einem Wettbewerb der Niedriglohnländer um den attraktivsten Standort und einem ruinösen Wettbewerb der Staaten untereinander führte, verbunden mit erhöhten Administrations- und Kommunikationsaufwänden, interkulturellen Missverständnisse, infrastrukturellen Defiziten, die die je nach Art der verlagerten Unternehmensfunktionen die Vorteile des Offshoring schmälern oder gar überkompensieren.³⁷

³⁷ Vgl. *Bauschke*, Die so genannte Fremdfirmenproblematik, NZA 2000, 1201 zu den Problematiken der Kommunikation, Schnittstellen und Reibungsverlusten.

Teil II

Outsourcing und Schutz des Arbeitsverhältnisses

1 Einleitung

Die Darstellung der betriebswirtschaftlichen Zielrichtung bei Outsourcing und Offshoring zeigt, dass bislang unternehmens-/betriebsintern durchgeführte Leistungen und Aufgaben zumeist wegen Kosteneinsparungseffekten auf Dritte verlagert werden. In diesem Zusammenhang werden bisherige Arbeitsabläufe und damit zusammenhängende Beschäftigungsformen zumindest in der bisherigen Form in Frage gestellt. Die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses, dh des Vertrags und der finanziellen Vertragsbestandteile der von der Outsourcing-Maßnahme betroffenen Mitarbeiter ist eine wesentliche rechtliche und betriebswirtschaftliche Fragestellung, die über die erhofften Effekte des Outsourcings mitentscheidet.

In diesem Teil der Arbeit sind daher zunächst Tatbestand und individual-rechtliche Rechtsfolge des Betriebsübergangs in der österreichischen und deutschen Rechtsordnung unter Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben zu untersuchen. Eine eingehende Darstellung der kollektivrechtlichen Folgen des Betriebsübergangs kann im Rahmen der Untersuchung jedoch nicht vorgenommen werden. Insoweit müssen kollektiv-rechtliche Bereiche, die sich auf die Arbeitsnehmersvertretung beziehen, ausgespart blei-

ben. Kollektiv-rechtliche Auswirkungen im Zusammenhang mit den durch Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge geschaffenen Arbeitsvertragsbedingungen werden nur im Überblick betrachtet, soweit sie den vom Outsourcing betroffenen Arbeitnehmer angehen.

2 Verhältnis der europäischen und nationalen Rechtsordnungen

Dem Recht des Betriebsübergangs liegen europarechtliche Legislativakte der Betriebsübergangsrichtlinien und eine dezidierte Judikatur des Europäischen Gerichtshofs zugrunde. Diese gilt es, im nationalstaatlichen Kontext und im Zusammenhang mit den nationalen legislativen und judikativen Vorgaben zu bestimmen. Dies gilt gerade für die im Folgenden aufzuzeigende Judikatur der den nationalen Gerichten und deren verbleibenden Entscheidungsräume.

2.1 Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts

Bereits durch der Entscheidung des EuGH in der Rs *Van Gend*³⁸ in 1963 wurde das europäische Gemeinschaftsrecht als eine selbständige Rechtsordnung angesehen, die nicht dem Völkerrecht zuzurechnen ist. Der EuGH³⁹ hat vertreten, dass aufgrund des freiwilligen Zusammenschlusses der Mitgliedsstaaten innerhalb der EG (vormals EWG) eine eigenständige (sui generis) Rechtsordnung entstanden sei. Diese setzt sich aus dem primären und dem sekundären Gemeinschaftsrecht zusammen. Das primäre Gemeinschafts-

³⁸ EuGH 05.02.1963, Rs 26/62, *Van Gend & Loos*, Slg 1963, 1.

³⁹ EuGH 15.07.1964, Rs 6/64, *Costa*, Slg 1964, 1251 Rz 8.

recht als Verfassung der Europäischen Gemeinschaft besteht aus den Gründungsverträgen der Europäischen Gemeinschaften und dem Unionsvertrag, einschließlich deren Anhänge, Beitritts- und Assoziierungsabkommen.⁴⁰

Das europäische Sekundärrecht, also das Recht, welches die Europäische Gemeinschaft schafft, teilt sich auf in Verordnungen, Richtlinien, Entscheidungen, Empfehlungen und Stellungnahmen.⁴¹

Der EuGH entwickelte bereits in 1964 in der Entscheidung *Costa*⁴² den Grundsatz des Vorrangs des Europarechts gegenüber dem nationalen Recht der Mitgliedsstaaten, um die Verwirklichung der Gemeinschaftsziele zu stärken. Soweit Gemeinschaftsrecht keine Anwendung findet, kann nationales Recht zur Anwendung gebracht werden. Durch diesen Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts sieht der EuGH die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung und daraus resultierend die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaften geschützt.⁴³ Diese auf Seiten der Europäischen Gemeinschaft durch den EuGH nachvollziehbare Auffassung wurde jedoch auch von den Verfassungen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland anerkannt. Das Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur EU (Beitrags-BVG)⁴⁴ ermächtigte den Abschluss des Beitrittsvertrags entsprechend dem am 12.04.1994 erzielten Verhandlungsergebnisse. Nach Bestätigung durch Volksentscheid sieht die österreichische Verfassungsordnung keine Beschränkungen für das übernommene Primärrecht und auf dieser Grundlage

⁴⁰ *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht³ (2006) 9; *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht² (2011) 12 Rz 25.

⁴¹ *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht² 13 Rz 27; *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht³ 11.

⁴² EuGH 15.07.1964, Rs 6/64, *Costa*, Slg 1964, 1251.

⁴³ EuGH 15.07.1964, Rs 6/64, *Costa*, Slg 1964, 1251.

⁴⁴ BGBl 1994/744.

erlassenes Sekundärrecht vor.⁴⁵

Auf bundesdeutscher Ebene regelt Art 23 Abs 1 GG, dass Hoheitsrechte zur Verwirklichung eines vereinten Europas durch Gesetz übertragen werden können. Diese Verfassungsbestimmung bestätigte das Bundesverfassungsgericht.⁴⁶ Hinsichtlich kollidierenden Verfassungsrechts wird durch das Bundesverfassungsgericht geprüft, ob das das Sekundärrecht noch von der Ermächtigung des Art 23 GG gedeckt ist.⁴⁷

2.2 Richtlinienkonforme Auslegung

Die im Rahmen dieser Arbeit relevanten Richtlinien⁴⁸ zum Betriebsübergang sind dem sekundären Gemeinschaftsrecht zuzuordnen. Diese sind gem Art 288 AEUV für jeden Mitgliedsstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich. Im Rahmen einer Transformation in das innerstaatliche Recht sind dem Mitgliedsstaat jedoch die Wahl der Mittel und der Form überlassen (Art 288 Abs 3 S 1 AEUV).

Nach Umsetzung der europäischen Richtlinien zum Betriebsübergang in das nationale Recht stehen sich hinsichtlich der Regelungsbereiche des Betriebsübergangs in Tatbestand und Rechtsfolge die nationalen Regelungen (§§ 3 ff AVRAG und § 613a BGB) und die geltende Richtlinie (zuletzt RL 2001/23/EG) als Gemeinschaftsrecht gegenüber. Um eine etwaige Kollision auszuschließen bedarf es einer richtlinienkonformen Auslegung, um den An-

⁴⁵ *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht³ 56 f.

⁴⁶ BVerfG, 18.10.1967, 1 BvR 248/63 und 216/67, BVerfGE 22, 293.

⁴⁷ Nach BVerfG 22.10.1986, BVerfGE 73, 339 (sog Solange II-Beschluss) erfolgt eine Prüfung von Grundrechtsverletzung nicht, solange auf europäischer Ebene ein vergleichbarer Grundrechtsschutz gewährleistet ist.

⁴⁸ Detailliert hierzu *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht³ 67 ff.

wendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts herzustellen. Dies obliegt primär den mitgliedstaatlichen Gerichten⁴⁹ und ist anhand der für Gesetze bestehenden Auslegungsregeln am Wortlaut und Zweck vorzunehmen.⁵⁰

2.3 Vorabentscheidungsverfahren

Den mitgliedstaatlichen Gerichten obliegt es auch, dem Gemeinschaftsrecht Vorrang zu verschaffen und die Umsetzungsgesetze im Sinne der Gemeinschaftsrichtlinie zur Anwendung zu bringen. Bestehen im Rahmen der Auslegung Zweifel oder Zweifel an der Gültigkeit des Gemeinschaftsrechts, besteht die Möglichkeit des Vorabentscheidungsverfahrens⁵¹ (Art 267 Abs 2 AEUV), da nur dem EuGH das Monopol der verbindlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts obliegt. Anderenfalls, dh bei Beurteilung des Gemeinschaftsrechts durch die mitgliedstaatlichen Gerichte ist die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung nicht gesichert. Dabei ist das Vorabentscheidungsverfahren als Zwischenverfahren vor den nationalen Gerichten ausgestaltet worden.⁵² Das nationale Gericht, das den Streit unter Anwendung der nationalen Regelung (ggf nach richtlinienkonformer Auslegung) für den Einzelfall zu entscheiden hat, kann über dieses Zwischenverfahren eine verbindliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH erhalten. Dabei sind alle Gerichte des Mitgliedsstaats vorlageberechtigt; letztinstanzliche Gerichte, dh solche, deren Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln des

⁴⁹ Allg gilt das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung für die Träger der öffentlichen Gewalt (Behörden und Gerichte) der Mitgliedsstaaten.

⁵⁰ Zur Grenze der Auslegung gegen den Sinn des Gesetzes oder bei Vorliegen einer Gesetzeslücke vgl *Egger*, Arbeits- und Sozialrecht² 189 mwN.

⁵¹ Vgl detailliert hierzu *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht³ 20 ff; Wank in *H/S/W-Wank*, § 8 Rz 223 ff.

⁵² Wank in *Hanau/Steinmeyer/Wank*, Handbuch Arbeits- und Sozialrecht¹ § 8 Rz 224.

innerstaatlichen Rechts angefochten werden können sind sogar vorlageverpflichtet (§ 267 Abs 3 AEUV). Die Vorlagepflicht besteht dann nicht, wenn über eine gleich lautende Frage bereits eine gesicherte Rechtsprechung des EuGH besteht.

Trotz dieser Ausnahme zeigt sich vermehrt im Bereich des Betriebsübergangs, dass die Nationalgerichte eher großzügig mit der Möglichkeit des Vorabentscheidungsverfahrens umgehen, was zu der großen Anzahl ähnlicher Entscheidungen (gerade im Bereich des Reinigungsgewerbes) geführt hat.⁵³ Die Beurteilung der Erforderlichkeit der Vorlage zum EuGH trifft das Nationalgericht selbst und kann auch nicht durch den EuGH überprüft werden, soweit es sich um einen anhängigen Rechtsstreit handelt.

Die Entscheidung des EuGH in einer Vorlagefrage bindet die im konkreten Einzelfall befassten (Instanz-)Gerichte nach Maßgabe des Tenors der Entscheidung des EuGH.⁵⁴ Eine darüber hinaus gehende erga omnes Bindungswirkung wird allgemein abgelehnt⁵⁵, soweit der EuGH nicht eine Gemeinschaftsregelung für unwirksam erklärt.

⁵³ *Wank* in *Hanau/Steinmeyer/Wank*, Handbuch Arbeits- und Sozialrecht¹ § 8 Rz 230 bemerkt zu Recht, dass ein notwendiger Filter für überflüssige Verfahren fehle.

⁵⁴ EuGH 24.06.1969, Rs 29/68, *Milch-, Fett- und Eierkontor*, Slg 1969, 165 Rz 2.

⁵⁵ Vgl *Meyer*, Tatbestand des Betriebsübergangs 50; aA *Wank* in *Hanau/Steinmeyer/Wank*, Handbuch Arbeits- und Sozialrecht¹ § 8 Rz 241, der den Entscheidungen eine gesetzesgleiche Wirkung zuerkennen will; aA wohl auch *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht³ 77 unter Verweis darauf, dass der EuGH selbst eine solche Bindung annehme.

3 Legislative Entwicklungen des Betriebsübergangsrechts

3.1 Die europarechtlichen Entwicklungen

3.1.1 Die Richtlinie 77/187/EWG

Parallel zu nationalen Bestrebungen⁵⁶, den Schutz des Arbeitsverhältnisses zu regeln, wurde auch in der europäischen Rechtsordnung Mitte der 70er Jahre der Handlungsbedarf als Konsequenz der damaligen Krisenzeit offensichtlich. Die Verwirklichung des einheitlichen Marktes innerhalb der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) führte zu einer Intensivierung des Wettbewerbs der Mitgliedstaaten zueinander. Eine Vielzahl von Fusionen, Zusammenschlüssen⁵⁷ oder (Teil-)Verkäufen führten nicht selten zu erheblichen Nachteilen der betroffenen Arbeitnehmer, da der Übernehmer/Erwerber in den meisten Rechtsordnungen die Übernahme der Arbeitnehmer von der Zustimmung des Betriebserwerbers abhängig war.⁵⁸ Bei einem Verbleib bei dem bisherigen Inhaber drohte hingegen die Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus betrieblichen Gründen, da der bisherige Inhaber den Betrieb zumeist nach Übertragung nicht fortgeführt hatte. Der Schutz des Arbeitsverhältnisses konnte durch geschickte Organisation der Übertra-

⁵⁶ Insb der Einführung des § 613a BGB in das bundesdeutsche Recht im Jahr 1972.

⁵⁷ *Egger*, Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsordnung² (2005) 7; *Wank* in Hanau/Steinmeyer/Wank, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts (2002) § 18 Rz 38 mVa die Begründung des RL-Entwurfs der EG-Kommission: Zwischen 1962 bis 1970 stieg die jährliche Anzahl der Zusammenschlüsse in der Gemeinschaft der sechs Gründerstaaten von 173 auf 600; Allein im Zeitraum 1966 bis 1970 ist eine Verdoppelung der Zuwachsrate gegenüber dem Zeitraum 1962 bis 1966 zu verzeichnen; vgl auch *Baudenbacher*, Auftragsnachfolge und Betriebsübergang im europäischen Recht, DB 1996, 2177.

⁵⁸ Ähnlich die Rechtslage in den Bundesrepublik Deutschland vor Inkrafttreten des § 613a BGB am 19.01.1972.

gung umgangen werden. Auch auf kollektivrechtlicher Ebene waren weder die Kontinuität der kollektiven Arbeitsbedingungen noch der gewählten Arbeitnehmervertretung gesichert.

Bereits 1970 gab es erste Bemühungen der Kommission, eine Regelung zum Schutz des Arbeitsverhältnisses zu schaffen, die jedoch scheiterten.⁵⁹ Es zeigte sich jedoch immer häufiger, dass ein unterschiedliches Schutzniveau zwischen den Mitgliedsstaaten einen Wettbewerbsvorteil darstellte.⁶⁰ Das sozialpolitische Aktionsprogramm des Rats vom 12.02.1974⁶¹ sah den Erlass einer Richtlinie zu Harmonisierung der Rechtsvorschriften betreffend die Aufrechterhaltung der Ansprüche und Vergünstigungen der Arbeitnehmer bei Zusammenschlüssen, Konzentrationen und Rationalisierungsmaßnahmen vor. Auf der Rechtgrundlage des § 100 EWG-Vertrag aF legte die Kommission sodann am 31.05.1974 einen Richtlinienentwurf⁶² vor, der nach Durchführung des weiteren Gesetzgebungsverfahrens am 14.02.1977 zu der Verabschiedung der Richtlinie 77/187/EWG des Rats zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen⁶³ führte.

Erwägungen für die Verabschiedung der Richtlinie waren hierbei, dass die wirtschaftliche Entwicklung zu Änderungen in den Unternehmensstrukt-

⁵⁹ Weiterführend *Baudenbacher*, DB 1996, 2177 f mVa ABI 1970 C 124, 1 ff.

⁶⁰ *Baudenbacher*, DB 1996, 2177, verweist auf die Massenentlassung des Akzo-Konzerns, der aufgrund der bestehenden Regelung des § 613a BGB diese Entlassungen anstatt in Deutschland in Belgien vorgenommen hat.

⁶¹ ABI 1974 C 13, 1 ff.

⁶² ABI 1974 C 104, 1.

⁶³ Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, ABI 1977 L 61, 26.

ren führe, die sich insbesondere aus dem Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber ergeben. Es sei notwendig, die Arbeitnehmer bei einem Inhaberwechsel schützen und ihre Ansprüche zu wahren. Schließlich bezwecke die Richtlinie die Verringerung des zwischen den Mitgliedstaaten bestehenden unterschiedlichen Niveaus des Arbeitnehmerschutzes, was sich auf das Funktionieren des gemeinsamen Marktes unmittelbar auswirke.⁶⁴

Der mit der Richtlinie beabsichtigte Schutz des Arbeitsverhältnisses bezog sich insoweit auf zwei Ebenen, der individualrechtlichen und der kollektivrechtlichen⁶⁵.

Individualarbeitsrechtlich, dh im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, wurde mit der RL 77/187/EWG erstmals der automatische (ex lege) Übergang des Arbeitsverhältnisses vom Betriebsveräußerer auf den Betriebserwerber festgelegt.⁶⁶ Dies galt dann, wenn durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung der Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber erfolgte.⁶⁷ Der Betriebsübernehmer wurde dadurch verpflichtet, die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis so zu übernehmen, wie sie zum Zeitpunkt des Übergangs zwischen dem bisherigen Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer bestanden haben. Neben dem ex-lege-Übergang des Arbeitsverhältnisses erhielt der

⁶⁴ RL 77/187/EWG, ABI L 61, 26.

⁶⁵ Entsprechend der Beschränkung der Arbeit auf die individualrechtlichen Beziehungen bleiben kollektivrechtliche Regelungen hinsichtlich der Arbeitnehmervertretung nicht erörtert.

⁶⁶ Art 3 Abs 1 RL 77/187/EWG.

⁶⁷ Art 1 Abs 1 RL 77/187/EWG, im territorialen Geltungsbereich des EWG-Vertrages befindet (Art 1 Abs 2 RL 77/187/EWG) mit Ausnahme von Seeschiffe (Art 1 Abs 3 RL 77/187/EWG).

Arbeitnehmer den Schutz vor übergangsbedingten Kündigungen.⁶⁸

Kollektivrechtlich wurde der Bestand des Arbeitsverhältnisses gegen nachteilige Veränderungen geschützt, indem nach Art 3 Abs 2 RL 77/187/EWG die kollektivrechtlich vereinbarten Bedingungen nach dem Übergang auf den Erwerber solange aufrechterhalten sind, bis diese entweder gekündigt wurden oder ausgelaufen sind. Dem Erwerber war es jedoch nicht verwehrt, durch eigene kollektivvertragliche Regelungen die bisherigen Regelungen ablösen zu lassen.

Offen blieb jedoch bei der RL 77/187/EWG, ob Mitgliedstaaten eine Regelung dafür vorsehen können, dass der Veräußerer auch nach dem Übergang auf den Erwerber für Pflichten aus dem Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis einzustehen hat. Insoweit hat es die europarechtliche Vorgabe den Mitgliedstaaten überlassen, hier Haftungsregelungen bei der Umsetzung der Richtlinie zu normieren.

3.1.2 Die Änderungs-Richtlinie 98/50/EG

Nach Inkrafttreten der RL 77/187/EWG erfolgten maßgebliche Entscheidungen des EuGH zu deren Anwendung und Auslegung, die im Speziellen den Tatbestand des Betriebsübergangs betrafen. Der EuGH tat sich in besonderem Maße in der Rechtsfortbildung hervor. Diese Fortentwicklungen, wohl auch aufgrund der höchst strittigen⁶⁹ Entscheidung in der Rechtssache

⁶⁸ Art 4 Abs 1 RL 77/187/EWG.

⁶⁹ *Röder/Baeck*, Funktionsnachfolge als Betriebsübergang, NZA 1994, 542; Joost, Betriebsübergang und Funktionsausgliederung, in: *Anzinger, Wank* (Hrsg), Entwicklungen im Arbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht, FS Otfried Wlotzke (1996) 683 mwN.

*Christel Schmidt*⁷⁰, mündeten in dem Bedürfnis, die bisherige Richtlinie zu konkretisieren und den entsprechenden Entwicklungen anzupassen. Durch eine Änderungsrichtlinie sollten Rechtssicherheit und Transparenz geschaffen werden, gerade hinsichtlich des juristischen Begriffs des Übergangs, des Arbeitnehmerbegriffs, des Anwendungsbereichs auch für öffentliche Unternehmen sowie hinsichtlich des Liquidationsverfahrens unter Berücksichtigung der (bisherigen) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.⁷¹

Die Kommission hat dem Rat hierzu am 08.09.1994⁷² einen Vorschlag für die Revision der Betriebsübergangs-Richtlinie vorgelegt. Nach Überarbeitung durch die Kommission erfolgte erneut die Vorlage in geänderter Fassung, 24.02.1997⁷³ und gestützt hierauf verabschiedete der Rat am 29.06.1998 die Richtlinie 98/50/EG⁷⁴ zur Änderung der Richtlinie 77/187/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine eigene Richtlinie, vielmehr nur die Abänderung der bestehenden Richtlinie 77/187/EWG, die insoweit in Kraft blieb.

Durch die Änderungs-RL 1998 wurden die Artt 1 bis 7 der RL 77/187/EWG neu gefasst. Im Mittelpunkt der Änderungs-RL 1998 stand die Kodifikation der durch die Rechtsprechung in wichtigen Entscheidungen ge-

⁷⁰ EuGH 14.04.1994, Rs C-392/92, *Christel Schmidt*, Slg 1994, I-1311.

⁷¹ Richtlinie 98/50/EG des Rates vom 29. Juni 1998 zur Änderung der Richtlinie 77/187/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, ABl 1998, L 201, 88, Erwägungsgründe Z 4 ff.

⁷² ABl 1994 C 274, 10.

⁷³ ABl 1997 C 124, 48.

⁷⁴ RL 98/50/EG, ABl 1998 L 201, 88.

troffenen Auslegungskriterien zum Tatbestand des Betriebsübergangs.⁷⁵

Der EuGH entwickelte maßgeblich in der Entscheidung *Ayşe Süzen*⁷⁶ eine Definition des Betriebsübergangs als Übergang einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit, wobei sich die Einheit auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung bezieht.⁷⁷ In leicht geänderter Wortwahl wurden diese Auslegungsergebnisse des EuGH bestätigend in der Änderungs-RL 98/50/EG aufgenommen und für die Auslegung des Übergangs von Betrieben, Unternehmens- oder Betriebsteilen von einem „Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“ definiert.⁷⁸

Darüber hinaus eröffnete die Änderungs-RL 1998 den Anwendungsbereich auch für öffentliche Unternehmen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Gegenüber der bisherigen Richtlinie war dies eine Klarstellung, die in der Rechtsprechung bereits Eingang gefunden hatte.⁷⁹ Klargestellt wurde jedoch, dass Übertragungen von Aufgaben in Zuge einer Umstrukturierung von Verwaltungsbehörden oder bei der Übertragung von Verwaltungsaufgaben von einer Behörde auf eine andere, nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.⁸⁰

⁷⁵ Detailliert zum Inhalt der Änderungs-RL 98/50/EG s *Wank in Hanau/Steinmeyer/Wank*, Handbuch § 18 Rz 153 ff mwN.

⁷⁶ EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259.

⁷⁷ EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259, Rz 13.

⁷⁸ Art 1 Abs 1 lit b RL 98/50/EG.

⁷⁹ St Rspr seit EuGH 08.06.1994, Rs C-382/92, *Kommission./Vereinigtes Königreich*, Slg 1994, I-2435.

⁸⁰ Art 1 Abs 1 lit c S 2 RL 98/50/EG.

Die Änderungs-RL 1998 stellt klar, dass es sich bei dem Begriff des Arbeitnehmers um keinen rein gemeinschaftsrechtlichen Begriff handelt, sondern dieser nach dem jeweiligen einzelstaatlichen Arbeitsrecht zu bestimmen ist.⁸¹ Gemeinschaftsrechtlich verbindlich wurden jedoch in Art 2 Abs 2 RL 98/50/EG Teilzeitarbeitsverhältnisse, befristete Arbeitsverhältnis und Leiharbeitsverhältnisse in den Anwendungsbereich der Richtlinie aufgenommen.

Der EuGH hatte in der Rechtssache *Abels*⁸² die bisherige RL 77/187/EWG dahingehend ausgelegt, dass der Übergang eines Arbeitsverhältnisses im Rahmen eines Konkursverfahrens nicht unter den Geltungsbereich falle. Mit der Änderungs-RL 9/50/EG folgte nach Art 4a nun die Erweiterung des Anwendungsbereichs auch für Übergänge, bei denen gegen den Veräußerer unter der Aufsicht einer zuständigen öffentlichen Stelle ein Konkursverfahren oder ein entsprechendes Verfahren mit der Ziele der Auflösung des Vermögens des Veräußerers eröffnet wurde und räumt den Mitgliedstaaten das Recht ein, auch die Art 3 und Art 4 der Richtlinie auf Übergänge im Rahmen des Insolvenzverfahrens anzuwenden.⁸³

Mit der Änderungs-RL RL 98/50/EG wurden auf der Seite der Rechtsfolgen der RL 77/187/EWG im Wesentlichen um Informations- und Konsultationsverpflichtungen ergänzt. Art 6 Abs 1 RL 98/50/EG sieht hierfür die Informationsverpflichtung des Veräußerers und des Erwerbers gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern vor, die den Zeitpunkt bzw den geplanten Zeitpunkt des Übergangs, den Grund für den Übergang, die rechtlichen wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und

⁸¹ Art 2 Abs 1 lit d RL 98/50/EG.

⁸² EuGH 07.02.1985, Rs 135/82, *Abels*, Slg 1985, 469.

⁸³ Art 4a Abs 1 RL 98/50/EG.

die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen zu enthalten hat.

3.1.3 Die Richtlinie 2001/23/EG

Nachdem die RL 77/187/EWG durch die RL 98/50/EG wesentliche Veränderungen erfahren hat, wurde zum Zwecke der „Klarheit und Wirtschaftlichkeit“⁸⁴ eine Neukodifizierung in der RL 2001/23/EG⁸⁵, gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere Art 94 (Richtlinien zur Angleichung von Rechtsvorschriften für den Gemeinsamen Markt)⁸⁶, auf Vorschlag der Kommission, nach Stellungnahme des Europäischen Parlaments und nach Anhörung der Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 20.12.2000⁸⁷ vorgenommen.

Inhaltliche Änderungen haben sich hieraus für den Betriebsübergang und dessen Folgen nicht ergeben. So wurden in Art 1 – 11 der RL 2001/23/EG die Regelungen der Art 1 – 8 der geänderten RL 77/187/EWG vollinhaltlich übernommen. Die weiteren Art 12 – 14 der RL 2001/23/EG beinhalten Verfahrensvorschriften.

3.1.4 Einschränkung des Regelungsbereichs

Wenngleich die BÜ-RL weitgehend Tatbestand und Rechtsfolge des

⁸⁴ Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABI 2001 L82, 16, erster Erwägungsgrund, 2.

⁸⁵ RL 2001/23/EG, ABI 2001 L82, 16.

⁸⁶ Nun Art 115 AEUV.

⁸⁷ ABI 2000 C 367, 21.

Betriebsübergangs für die Mitgliedstaaten und deren Umsetzung im nationalen Recht regelt, belässt die BÜ-RL in einigen Bereichen Regelungskompetenzen dem Mitgliedsstaat. So ist zB die die Definition des Arbeitnehmerbegriffs nach dem nationalstaatlichen Recht zu definieren und entsprechend anzuwenden (Art 2 Abs 1 lit d BÜ-RL). Auch sind die unbestimmten Rechtsbegriffe „Arbeitsvertrag“ und „Arbeitsverhältnis“ nach den Recht des jeweiligen Mitgliedsstaats (Art 2 Abs 2 BÜ-RL) maßgeblich.

Darüber hinaus bestehen für die Mitgliedsstaaten Ausgestaltungsoptionen der nationalen Regelungen zum Betriebsübergang: in Art 3 Abs 1 UA 2 hinsichtlich der gesamtschuldnerischen Haftung, in Art 3 Abs 3 UA 2 hinsichtlich der Begrenzung der Fortgeltung von Kollektivvereinbarungen auf das Arbeitsverhältnis und in Art 3 Abs 4 lit a hinsichtlich der Einbeziehung von Arbeitnehmerrechten der betrieblichen oder überbetrieblichen Zusatzversorgungssystemen.

Art 4 Abs 1 UA 2 sieht vor, dass vom grundsätzlichen Kündigungsverbot Ausnahmen vorgenommen werden.

Art 5 Abs 1 bis 3 sehen nationalstaatliche Möglichkeiten vor, an sich durch die BÜ-RL nicht erfasste Sachverhalte der Insolvenz dennoch in den Schutzbereich mit einzubeziehen. Gleiches gilt die Arbeitnehmervertretung im Insolvenzfall in Art 6 Abs 1 UA 3.

In Art 7 Abs 3 stellt den Mitgliedstaaten frei, für die Arbeitnehmervertreter eine Schiedsstellen-Anrufung zu eröffnen hinsichtlich der Informations- und Konsultationspflichten im Zuge des Betriebsübergangs und diese Pflichten auf Betriebe und Unternehmen beschränken, die hinsichtlich der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer die Voraussetzungen für die Wahl oder Be-

stellung eines Kollegiums als Arbeitnehmervertreter erfüllen (Art 7 Abs 5).

Schließlich stellt die BÜ-RL klar, dass es den Mitgliedstaaten unbenommen bleibt, für Arbeitnehmer günstigere Regelungen zu schaffen (Art 8 BÜ-RL).

3.2 Die österreichischen Entwicklungen

3.2.1 Rechtslage vor 01.07.1993

Vor der Umsetzung der europäischen Betriebsübergangsrichtlinie in das österreichische Recht war der Übergang des Arbeitsverhältnisses von dem bisherigen Betriebsinhaber auf den Übernehmenden/Erwerber unbekannt.

Die Übernahme von Arbeitsverhältnissen vollzog sich nach allgemein zivilrechtlichen Grundsätzen und geprägt von deren Privatautonomie⁸⁸. Ein Inhaberwechsel mit verbundenem Wechsel des Vertragspartners war grundsätzlich nach den Prinzipien der Vertragsübernahme zu beurteilen (zB als private Schuldübernahme nach § 1405 ABGB). Regelungen des § 1409 ABGB und § 25 HGB bezogen sich auch seinerzeit auf Haftungsübernahmen und stellten keine Vertragsübernahmen dar.⁸⁹

Zu unterscheiden war demnach, ob sich der Inhaberwechsel als Gesamtrechtsnachfolge oder Einzelrechtsnachfolge gestaltete. So führte die Gesamtrechtsnachfolge (zB Erbgang, Fusion zweier Kapitalgesellschaften o-

⁸⁸ *Jabornegg/Resch* (Hrsg), Betriebsübergang. Arbeitsrechtliche Fragen (1999), 13.

⁸⁹ *Jabornegg/Resch*, Betriebsübergang 13.

der Umwandlung) zur Übernahme des Vertragsverhältnisses, da nur der Arbeitgeber wechselte. Die Einzelrechtsnachfolge hingegen berührte das geschlossene Vertragsverhältnis des Arbeitnehmers zu dem Alt-Arbeitgeber nicht.⁹⁰

Eine Ausnahme davon wurde höchstrichterlich entwickelt hinsichtlich Betriebsratsmitgliedern, in deren Arbeitsverhältnisse der Erwerber des Betriebs ex lege trat.⁹¹ Die Übertragung des Arbeitsverhältnisses, welches nicht ein besonders geschütztes Mandatsverhältnis war, war jedoch von dem Willen der Parteien abhängig und konnte im Rahmen eines dreiseitigen Vertrags (zwischen Arbeitnehmer, Veräußerer als Alt-Arbeitgeber und Erwerber als Neu-Arbeitgeber) übertragen werden.⁹² Dabei war neben der schriftlichen Vereinbarung auch die Übernahme durch schlüssiges Handeln iSv § 863 ABGB möglich.⁹³ Eine Verpflichtung des Übernehmers auf Übernahme eines Arbeitnehmers bei Einzelrechtsnachfolge gab es jedoch nicht.⁹⁴

Im Rahmen der zwingend notwendigen Zustimmung des Erwerbers blieb das Verhandlungsungleichgewicht zum Arbeitnehmer und das Risiko, dass bei nicht vollzogener Übernahme das Arbeitsverhältnis wegen Verlust des Betriebs aus betrieblichen Gründen iSd § 105 Abs 3 Nr 2 lit b ArbVG ge-

⁹⁰ *Risak*, Der Betriebsübergang im österreichischen Arbeitsrecht, NZA-Beilage 4/2008, 145.

⁹¹ OGH 16.12.1980 4 Ob 152/80, SZ 53/171 = ZAS 1982, 144; *Risak*, NZA-Beilage 4/2008, 145, mit Verweis auf st Rspr des OGH, zB OGH 23.02.1994, 9 Ob A 311/93, ecolex 1994, 418 = RdW 1994, 183 = ZAS 1994, 158 (*Tomandl*).

⁹² *Posch in Schlachter (Hrsg)*, Casebook Europäisches Arbeitsrecht (2005), 258 f; *Brodil in Schlachter*, 239.

⁹³ *Binder*, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz² (2010), § 3 Rz 2.

⁹⁴ *Egger*, Arbeits- und Sozialrecht² 477 mwN, OGH 16.12.1980, 4 Ob 38/80 = DRdA 1982, 413; umfassend *Krejci*, Betriebsübergang und Arbeitsvertrag (1972), 68 verweisend auf die Einzelnormen zur Singularsukzession im AngG, HGG.

kündigt wird.⁹⁵

3.2.2 Rechtslage ab 01.07.1993

Noch vor dem Beitritt der Republik Österreich zum Europäischen Wirtschaftsraum zum 01.01.1994 und der nachfolgenden vierten EU-Erweiterung (sog EFTA-Erweiterung) zum 01.01.1995, bei der die Republik Österreich der EU beitrug, wurde mit der Novelle zum Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz⁹⁶ die damals gültige RL 77/187/EWG in das nationale Recht umgesetzt. Dies erfolgte mit Wirkung ab dem 01.07.1993 in Form der Regelung der §§ 3 – 6 AVRAG.

Damit änderte sich die Rechtslage ab 01.07.1993 grundlegend, da für alle Fälle des Betriebsübergangs ab diesem Zeitpunkt die Regelungen des §§ 3 ff AVRAG anzuwenden waren, deren Kerninhalt der ex lege-Übergang des Arbeitsverhältnisses in Form der Vertragsübernahme war. Die der Betriebsübergangs-Richtlinie (RL 77/187/EWG) zugrunde liegende Zielsetzung des Arbeitnehmerschutzes wurde nun auch auf österreichische Betriebsübergänge angewendet und an die Stelle der Abschlussfreiheit und Dreiparteien-einigung trat die gesetzliche Vertragsübernahme mit „minutiösen Rechtsfolgenanordnungen“⁹⁷. Das Arbeitsverhältnis geht ex-lege auf den Erwerbers mit allen Rechten und Pflichten über.

⁹⁵ *Gahleitner*, Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsübergang, DRdA 1994, 380 (381).

⁹⁶ BGBl 1993/459; *Egger*, Arbeits- und Sozialrecht² 476;

⁹⁷ *Binder*, Die österreichische Betriebsübergangsregelung – eine geglückte Bedachtnahme auf die europarechtlichen Vorgaben?, DRdA 1996, 1 (2).

3.2.3 Weitere Entwicklungen nach 1993

Selbst unter Berücksichtigung der Änderungs-RL 1998 und der Neukodifizierung durch die RL 2001/23/EG blieben die Regelungen der §§ 3 ff AVRAG weitestgehend unverändert. Inhaltliche Veränderungen wurden nur zu der Informationspflicht des Veräußerers oder Erwerbers in § 3a AVRAG⁹⁸, in § 5 Abs 2 AVRAG zu der Behandlung von Pensionszusagen⁹⁹ sowie zu Haftungsbegrenzungen des § 6 Abs 2 AVRAG¹⁰⁰ vorgenommen.

3.3 Die bundesdeutschen Entwicklungen

3.3.1 Rechtslage bis 1972

Bereits vor der ersten Kodifikation im Jahre 1972 war der Schutz des Arbeitsverhältnisses vor Veränderungen und insbesondere der Beendigung bei Unternehmensumstrukturierungen in der Diskussion. Zumindest in der zivilrechtlichen Einzelübertragung¹⁰¹ war der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses vom Willen der Parteien abhängig. Zivilrechtlich wurde dies als Schuldübernahme nach § 415 BGB angesehen, die die Zustimmung der Beteiligten erforderte.¹⁰² Auf der Grundlage des seit den 20er Jahren des 20. Jahrhunderts entwickelten Gedankens der Objektivierung des Arbeitsverhältnisses¹⁰³ ergaben sich erste Tendenzen, das Arbeitsverhältnis und die Ar-

⁹⁸ BGBl I 2002/52.

⁹⁹ BGBl 1996/754 und BGBl I 2005/8.

¹⁰⁰ BGBl I 2002, 52.

¹⁰¹ Anders bei der Gesamtrechnachfolge nach § 419 BGB idF bis 31.12.2001.

¹⁰² Meyer, Der Tatbestand des Betriebsübergangs nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts (2004) 29 mwN.

¹⁰³ Pietzko, Der Tatbestand des § 613a BGB (1988) 245: der Betriebsbezogenheit des Arbeitsverhältnisses.

beitspflicht bei einer Unternehmensübertragung auch ohne expliziten Willen der Beteiligten übergehen zu lassen.¹⁰⁴

In Rechtsprechung¹⁰⁵ und Literatur¹⁰⁶ ging man so weit, einen konkludent abgeschlossenen dreiseitigen Vertrag zwischen früherem Betriebsinhaber, Betriebsübernehmer und Arbeitnehmer anzunehmen. Dieses Ergebnis ließ sich jedoch vermeiden, indem eine Partei die Vertragsübernahme ablehnte. Das Arbeitsverhältnis des Mitarbeiters verblieb sodann bei dem bisherigen Betriebsinhaber. Endete die Beschäftigungsmöglichkeit dort, könnte dieser die betriebsbedingte Kündigung aussprechen.

Da der Arbeitnehmer in einer solchen Situation nicht gegen den Verlust des Arbeitsplatzes geschützt war, verblieb ihm auch nur wenig Verhandlungsmacht gegen etwaige Änderungen der Vertragsbedingungen im Falle des vom Betriebserwerber gewünschten Übernahme des Arbeitsverhältnisses.¹⁰⁷ In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wurde der automatische Übergang des Arbeitsverhältnisses aber abgelehnt.¹⁰⁸

3.3.2 Die Regelung des § 613a BGB aF

Als Reaktion auf diese Beliebigkeit im Fortbestand des Arbeitsverhältnisses durch den Betriebserwerber und auf die gravierenden Widersprüche

¹⁰⁴ *Willemsen in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen⁴ (2011), 768 Rz 1 mwN.

¹⁰⁵ BAG, 26.05.1055, 2 AZR 38/54, DB 1955, 779.

¹⁰⁶ *Willemsen in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung⁴ 768 mVa *Pietzko*, 245 f.

¹⁰⁷ *Haase*, Kündigung des Veräußerers nach Erwerberkonzept – contra legem? in Festschrift zum 25-jährigen Bestehen der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV (2006) 613ff.

¹⁰⁸ BAG 18.12.1960, 5 AZR 472/57, AP Nr 1 zu § 419 BGB Betriebsnachfolge.

gegen die Wertungen des Kündigungsschutzrechts¹⁰⁹ wurde im Rahmen der Reform des Betriebsverfassungsrechts vom 15.01.1972¹¹⁰ durch § 122 BetrVG 1972 § 613a in das BGB eingefügt.

Von Anfang an war diese Regelung als allgemeine Regelung zu den Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs angelegt, wenngleich die Stellung im Betriebsverfassungsgesetz etwas anderes vermuten ließ.¹¹¹ § 613a BGB trat am 19.01.1972 in Kraft. § 613a BGB bestand in der Ausgangsfassung aus drei Absätzen. Absatz 1 regelte erstmals den Eintritt des Erwerbers in die Rechte und Pflichten des im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisses.¹¹² Durch diese Regelung wurde die bislang bestehende Zustimmung der Parteien (insbesondere des Betriebserwerbers) obsolet. Im Übrigen begründete § 613a BGB idF 1972 eine gesetzliche Gesamtschuld insofern, dass der bisherige Betriebsinhaber neben dem neuen Inhaber für Verpflichtungen aus dem überangenen Arbeitsverhältnis haftete, soweit diese vor dem Zeitpunkt des Übergangs entstanden sind und vor Ablauf von einem Jahr nach diesem Zeitpunkt fällig werden.

3.3.3 Fortentwicklungen des § 613a BGB

Im Zuge des Entwicklungen der europäischen Betriebsübergangs-RL 77/187/EWG wurden durch das arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz vom 13.08.1980¹¹³ auch die kollektivrechtlichen Rechtsfolgen des Betriebsübergangs in einem 2. Satz zu § 613a Abs 1 BGB mit aufgenommen.

¹⁰⁹ Meyer, 30.

¹¹⁰ BGBl I 1972, 13 (40 f).

¹¹¹ Willemsen in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung⁴ 769; Meyer, 31.

¹¹² Entspricht wortgleich dem § 613a Abs 1 S 1 BGB.

¹¹³ BGBl I 1980, 1308.

Die Kontinuität tarifvertraglicher Regelungen und Betriebsvereinbarungen wurde auf ein Jahr nach Betriebsübergang festgeschrieben und durften nur danach abgeändert werden. Außerdem wurde die Transformation der kollektiven Regelungen in die individualrechtliche Ebene aufgenommen, soweit keine ablösenden Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen mit gleichem Regelungsgehalt bei dem Erwerber bestehen. Schließlich wurde in Abs 4 in Umsetzung von Art 4 Abs 1 der BÜ-RL 77/187/EWG explizit das übergangsbedingte Kündigungsverbot durch den bisherigen oder neuen Arbeitgeber mit aufgenommen.

In Umsetzung von Art 7 Abs 6 BÜ-RL 2001/23/EG wurde mit Wirkung zum 01.04.2002 § 613a BGB um den Abs 5 erweitert und die Unterrichtspflicht des bisherigen oder neuen Inhabers gegenüber dem Arbeitnehmer in das deutsche Recht mit aufgenommen und schließlich in einem neuen Abs 6 dem Arbeitnehmer ein umfassendes Widerspruchsrecht innerhalb eines Monats nach der Unterrichtung eingeräumt.¹¹⁴ Damit geht die bundesdeutsche Regelung über die Verpflichtung aus der BÜ-RL 2001/23/EG hinaus, wenn gleich ein solches Widerspruchsrecht durch die Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich als nationale Regelung zugunsten der Arbeitnehmer gebilligt wurde.¹¹⁵

¹¹⁴ Vgl amtliche Begründung d Art 4 und 5 des Gesetzes zur Änderung des Seemanngesetzes und anderer Gesetze vom 23.03.2002, BGBl 2002 I, 1163 (1167); detailliert zu den Auswirkungen und Änderungen durch die Änderungs-RL s *Wank in Hanau/Steinmeyer/Wank*, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts¹ (2002) § 18 Rz 153 ff.

¹¹⁵ EuGH 16.12.1992, Rs C-132/91, *Katsikas*, Slg 1992, I-6577.

3.4 Stellungnahme zur den Umsetzungen

Die sukzessiv vorgegebenen und durchgeführten Anpassungen der gesetzlichen Bestimmungen entsprechend der europäischen Betriebsübergangs-Richtlinien in das nationale Recht Österreichs und Deutschlands zeigen im Regelungsgehalt nur wenige Unterschiede. Art und Weise der Umsetzung und insbesondere die relativ neuere Regelung Österreichs aus dem Jahre 1993 bilden für den Rechtsanwender jedoch die klarere Struktur der individual-arbeitsrechtlichen Bestimmungen zu Tatbestand und Rechtsfolge auf. Insoweit waren die Regelungen der §§ 3 ff AVRAG auch im Fortentwicklungsprozess der jeweiligen BÜ-RL nur unwesentlich zu verändern, da die abstrakte Regelung die entsprechenden Auslegungen im Sinne der Richtlinien ermöglichten.

Demgegenüber hat der deutsche Gesetzgeber die durch die Änderungen der BÜ-RL vorgegebenen Anpassungen und Erweiterungen nicht genutzt, bei der Grundnorm des § 613a Abs 1 S 1 BGB insbesondere von der engen Formulierung abzurücken. § 613a Abs 1 S 1 BGB regelt noch immer in dem Wortwahl des Jahres 1972, dass „Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft“ übergehen, und lässt dabei die Erstreckung auf das Unternehmen gänzlich unerwähnt. Selbst wenn auch die RL 2001/23/EG in Art 1 Abs 1 lit a die „vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung“ als Tatbestandsmerkmal wählt, ist die österreichische Fassung, die dies im Wortlaut nicht wörtlich mit aufnimmt, näher an der Rechtsprechung des EuGH, der dem Kriterium der Vertragsbeziehungen zwischen Veräußerer und Erwerber nur wenig Aussagekraft einräumt.

Eine wesentliche Unterscheidung in der Umsetzung der Richtlinien ist das im bundesdeutschen § 613a Abs 6 BGB niedergelegte Widerspruchsrecht

des Arbeitnehmers und zwar ohne das Vorliegen spezifischer Voraussetzungen oder Gründen. Zwar sieht auch § 3 Abs 4 AVRAG ein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers vor, jedoch nur für den Fall, dass der Erwerber den kollektivvertraglichen Bestandschutz nach § 4 AVRAG oder die betrieblichen Pensionszusagen nach § 5 AVRAG nicht übernimmt. Soweit der Arbeitnehmer den Übergang seines Arbeitsverhältnisses von sich aus durch den Widerspruch im deutschen System des Betriebsübergangs verhindern kann, ist die deutsche Judikatur über das notwendige Maß der europarechtlichen Vorgaben hinausgegangen. Dies stellt in der Umsetzung der Richtlinien in das jeweils nationale Recht den wesentlichen Unterschied der österreichischen und deutschen Rechtsordnungen dar.

4 Der Tatbestand des Betriebsübergangs

4.1 Die europäischen Rechtsprechung

Bei der Beurteilung des Einzelfalls besteht für die Judikatur der Nationalgerichte aufgrund der richtlinienkonformen Auslegung der nationalen Regelungen an der Betriebsübergangsrichtlinie und der einschlägigen Entscheidungen des EuGH eine starke Bindungswirkung. Gerade die insbesondere im bundesdeutschen Recht nur unvollkommene sprachliche Ausgestaltung der Regelung des § 613a BGB gebietet es, das Rechts des Betriebsübergangs durch die Rechtsprechung im Tatbestand und Rechtsfolge genauer auszugestalten und klarzustellen. Dies war in der bundesdeutschen Rechtsprechung ein längerer Weg bis der Einklang hergestellt wurde. Für die Fragen, inwieweit eine Outsourcing-Maßnahme einen Betriebsübergang dar-

stellt, ist daher der Tatbestand des Betriebsübergangs im Einzelnen zu analysieren.

Nach der RL 2001/23/EG ist die einzige Voraussetzung für die Rechtsfolgen auf individualrechtlicher und kollektivrechtlicher Ebene der Betriebsübergang an sich. In dem Wortlaut¹¹⁶ der RL 2001/23/EG ist der Betriebsübergang tatbestandlich gefasst als Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw. Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung¹¹⁷, wobei Übergang in diesem Sinne der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit sei.¹¹⁸

Auch die nationalen Vorschriften Österreichs und Deutschlands regeln tatbestandlich nur den Übergang eines Unternehmens, Betriebs oder Betriebsteils auf einen anderen Inhaber (§ 3 Abs 1 AVRAG) bzw Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber (§ 613a Abs 1 S 1 BGB). Die dezidierte Rechtsprechung des EuGH hat die tatbestandlichen Voraussetzungen in zum Teil kontrovers diskutierten Entscheidungen nachhaltig geprägt und inzwischen stark präzisiert, wenngleich auch neueste Entscheidungen immer wieder Aufsehen erregten. Den Einfluss, den der EuGH insbesondere bei dem Recht des Betriebsübergangs

¹¹⁶ Deutsche Textfassung; in der englischen Fassung lautet Art 1 Abs 1: *(a) This Directive shall apply to any transfer of an undertaking, business, or part of an undertaking or business to another employer as a result of a legal transfer or merger. (b) Subject to subparagraph (a) and the following provisions of this Article, there is a transfer within the meaning of this Directive where there is a transfer of an economic entity which retains its identity, meaning an organised grouping of resources which has the objective of pursuing an economic activity, whether or not that activity is central or ancillary.*

¹¹⁷ Art 1 Abs 1 lit a RL 2001/23/EG.

¹¹⁸ Art 1 Abs 1 lit b RL 2001/23/EG.

ausübte, zeigt sich auch in Änderungen der Richtlinien, die insbesondere auf die Rechtsprechung reagierte.

Die Entscheidungen des Einzelfalls, die den Nationalgerichten überlassen bleibt, hielt mit diesen abstrakten Entscheidungen zum Tatbestand nicht immer Stand. Dies zeigt sich insbesondere an der ansteigenden Zahl der Vorlagebeschlüsse zum EuGH. Namentlich das Bundesarbeitsgericht hat lange an seiner eigenen Rechtsprechung festgehalten und musste in einigen Fällen letztendlich diese zugunsten der Linie des EuGH aufgeben.

In der Prüfungsreihenfolge, die der EuGH jedoch in dieser Stringenz selbst in seinen Entscheidungen vermissen lässt, ist daher im ersten Prüfungsschritt zu ermitteln, ob eine wirtschaftliche Einheit vorliegt, die – im zweiten Schritt – ihre Identität bei bzw trotz der Übertragung beibehält.

4.1.1 Betriebsbegriff und wirtschaftliche Einheit

Bereits nach den Regelungen der Betriebsübergangs-RL 1977 (Art 1 Abs 1 RL 77/187 EWG) war diese anwendbar auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben der Betriebsteilen. Eine weitergehende Definition erfolgte nicht. Auch der EuGH differenzierte in seiner Rechtsprechung zwischen Betrieben, Unternehmen sowie jeweils Teilen von Betrieben oder Unternehmen nicht.

In der Rechtssache *Christel Schmidt* hat der GA *Van Gerven* in seinen Schlussanträge vom 23. Februar 1994¹¹⁹ ausgeführt, dass nach Auffassung des Gerichtshofes den drei Begriffen „Unternehmen“, „Betrieb“ oder „Be-

¹¹⁹ Schlussanträge des Generalanwalts *Van Gerven*, Slg 1994, I-1311.

triebsteil“ eine gemeinsame Definition zugrunde liege, nämlich die der „wirtschaftlichen Einheit“ und dieser Begriff, der seines Erachtens auf ein Minimum an organisatorisch selbständiger Einheit verweise, entweder alleine bestehen oder Teil eines umfassenderen Unternehmens sein könne.¹²⁰

Bezogen auf die Erwägungen der Richtlinie und den effektiven Schutz des Arbeitsverhältnisses judizierte der EuGH in 1986 in der Rechtssache *Spijkers*¹²¹, dass die Kontinuität der im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse unabhängig von einem Inhaberwechsel zu gewährleisten sei.¹²² Der EuGH greift damit weder einen nationalen noch europarechtlichen Betriebsbegriff oder Unternehmensbegriff auf, sondern abstrahiert dies auf einen kleinen gemeinsamen Nenner einer wirtschaftlichen Einheit zumindest als Teil eines Betriebs und damit auch im Betrieb selbst oder einem Unternehmen beinhaltet ist. Mit dieser wirtschaftlichen Einheit sind die Arbeitsverhältnisse zusammenhängend und verknüpft. Insoweit berücksichtigt der EuGH auch in den folgenden Entscheidungen stets diese wirtschaftliche Einheit, unabhängig davon, ob diese im Einzelfall (auch) als ein rechtliches Unternehmen bezeichnet wird.¹²³

Diese prägende Definition der Rechtsprechung wurde im Wesentlichen auch in der Änderungs-RL 98/50/EG und schließlich der Neukodifikation der RL 2001/23/EG in Art 1 Abs 1 lit b übernommen, wonach die wirtschaftliche Einheit eine organisierte Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit darstellt.

¹²⁰ Schlussanträge des Generalanwalts *Van Gerven*, Slg 1994, I-1311 Rz 13.

¹²¹ EuGH 18.03.1986, Rs 24/85, *Spijkers*, Slg 1986, 1119.

¹²² EuGH 18.03.1986, Rs 24/85, *Spijkers*, Slg 1986, 1119 Rz 11.

¹²³ So zB EuGH 17.12.1987, Rs 287/86, *Ny Mølle Kro*, Slg 1987, 5465 Leitsatz 1.

Obwohl der EuGH in der Rs *Spijkers* erstmals auf die wirtschaftliche Einheit Bezug genommen hat, befasst sich der EuGH in der Rs *Spijkers* ergänzend damit, sieben Kriterien¹²⁴ aufzustellen, die für die Beurteilung eines Übergangs einer solchen wirtschaftlichen Einheit herangezogen werden müssen. Einen Anhaltspunkt für die Definition der wirtschaftlichen Einheit selbst unterbleibt. Entscheidend ist vielmehr, dass die wirtschaftliche Einheit bei Veräußerung noch bestehe und es dem neuen Inhaber erlaube, dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit fortzuführen oder wieder aufzunehmen.¹²⁵

4.1.1.1 Organisierte Gesamtheit von Ressourcen

Die wirtschaftliche Einheit als Objekt der Übertragung ist danach als eine organisierte Gesamtheit von Ressourcen¹²⁶ anzusehen, die es bei einem Übergang dem Erwerber ermöglicht, eine zumindest gleichartige Tätigkeit fortzuführen oder wieder aufzunehmen. Aus diesem Blickwinkel muss die wirtschaftliche Einheit einen gewissen Grad der inneren Verbundenheit und Struktur bzw Organisation in sich tragen, die diese Tätigkeit ermöglichen.

In Abgrenzung zu der sog Auftrags- oder Funktionsnachfolge hat der EuGH in der Rs *Süzen*¹²⁷ darauf hingewiesen, dass die Tätigkeit selbst keine wirtschaftliche Einheit darstellt.

Die innere Organisation bezieht sich auf die auf „Ressourcen“, dh Per-

¹²⁴ (1) Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebs, (2) Übergang der materiellen Aktiva, (3) Wert der immateriellen Aktiva, (4) Übernahme der Belegschaft, (5) Übergang der Kundschaft, (6) Grad der Ähnlichkeit der verrichteten Tätigkeit und (7) Dauer einer eventuellen Unterbrechung der Tätigkeit.

¹²⁵ EuGH 18.03.1986, Rs 24/85, *Spijkers*, Slg 1986, 1119 Leitsatz.

¹²⁶ Art 1 Abs 1 lit b RL 2001/23/EG.

¹²⁷ EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259.

sonen/Personal und Sachen/Sachmittel. In Abhängigkeit der Aufgabe und Funktionsweise der wirtschaftlichen Einheit ist der Schwerpunkt der Ressourcen und der Grad der inneren Organisation variabel und nur im Einzelfall im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu ermitteln.

In der Rechtssache *Süzen* hat der EuGH festgestellt, dass die wirtschaftliche Einheit auch in der Gesamtheit von Arbeitnehmern liegen kann, wenn diese durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden sind. Gerade Dienstleistungen, die ohne relevante materielle oder immaterielle Betriebsmittel erfolgen können daher als wirtschaftliche Einheit angesehen werden¹²⁸, die sich aus ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln zusammensetzt.¹²⁹

Welche Anforderungen das Gericht jedoch an die Organisation als solche stellt, bleibt offen mit Ausnahme, dass die Einheit hinreichend strukturiert und selbstständig sein muss.¹³⁰

Einen mangelnden Organisationsgrad einer Einheit hat der EuGH jedoch noch nie festgestellt. Selbst in der umstrittenen Entscheidung der Rs *Christel Schmidt*¹³¹ wurde die Reinigungstätigkeit einer einzelnen Mitarbeiterin bei der Neuvergabe an ein Reinigungsunternehmen als Übergang einer wirtschaftlichen Einheit angesehen. Dabei war Frau Schmidt bei einer Sparkasse als einzige Reinigungskraft einer Filiale beschäftigt und wurde im Zuge

¹²⁸ EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259 Rz 18.

¹²⁹ EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259 Rz 15; detailliert hierzu *Schlachter*, Der rechtsgeschäftliche Betriebsübergang im Dienstleistungsbetrieb, FS Däubler (1999) 180 ff.

¹³⁰ EuGH 10.12.1998, Rs C-173/96, *Hidalgo*, Slg 1998, I-08237 Rz 26; EuGH 10.12.1998, Rs C - 127/96, *Hernández Vidal*, Slg 1998, I-8179.

¹³¹ EuGH 14.04.1994, Rs C-392/92, *Schmidt*, Slg 1994, I-1311.

eines Umbaus der Filiale gekündigt, weil die Reinigung dieser Filiale fortan an eine Reinigungsfirma übertragen werden sollte, die bereits die meisten anderen Gebäude der Sparkasse reinigte. Zwar wurde der Klägerin Schmidt die Übernahme durch die Reinigungsfirma angeboten. Diese lehnte aber ab, weil mit dem erhöhtem Gehalt auch eine erhebliche Vergrößerung der zu reinigenden Fläche einhergegangen wäre. In diesem Vorabentscheidungsverfahren durch das vorlegende LAG Schleswig-Holstein war seitens des EuGH insbesondere die Frage zu beantworten, ob Reinigungsaufgaben eines Betriebs, die vertraglich einer Fremdfirmen übertragen werden, einen Betriebsteil im Sinne der Übergangsrichtlinie darstellen und - wenn ja - ob dies auch dann gilt, wenn die Reinigungsaufgaben bis zu der Übertragung von einer einzigen Arbeitnehmerin erledigt worden sind.¹³² Dies hat der EuGH, wie in den Schlussanträgen des Generalanwalts *Van Gerven* vom 23.02.1994¹³³ vorgeschlagen, bejaht. Wenngleich aus der Entscheidung nicht klar hervorgeht, was die wirtschaftliche Einheit im speziellen Fall der Rs *Schmidt* ausgemacht hat, hat sich der EuGH auch in der ähnlich gelagerten Rechtssache *Ayşe Süzen*¹³⁴ nicht davon distanziert. Da in der Rs *Schmidt* weder sächliche Betriebsmittel noch Personen bzw deren Sachkunde übernommen wurden, verwies der EuGH in der Begründung sehr auf die Ähnlichkeit der Aufgaben vor und nach der Fremdvergabe. Diese Entscheidung des EuGH wurde weit-

¹³² EuGH 14.04.1994, Rs C-392/92, *Schmidt*, Slg 1994, I-1311 Rz 6.

¹³³ Schlussanträge des GA in der Rs *Schmidt*, Slg 1994, I-1311.

¹³⁴ EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259 Rz 17 verweist auf EuGH 14.04.1994, Rs C-392/92, *Schmidt*, Slg 1994, I-1311 Rz 16.

gehend kritisiert.¹³⁵

Die Rs *Christel Schmidt* kann jedoch bei aller Kritik als frühe Entscheidung angesehen werden, die im Zusammenhang mit den nachfolgenden Entscheidungen in den Rs *Süzen*, *Hidalgo* oder *Hernandez Vidal* an Klarheit gewann. Der EuGH konkretisierte in den vorgenannten Entscheidungen, dass der bloße Umstand, dass nacheinander von dem alten und dem neuen Auftragnehmer erbrachte Leistungen einander ähnlich sind, nicht auf den Übergang einer solchen Einheit schließen lasse.¹³⁶ Vielmehr bedarf es auch einer hinreichenden Strukturierung und Selbstständigkeit.¹³⁷

4.1.1.2 Wirtschaftliche Tätigkeit mit eigener Zielsetzung

4.1.1.2.1 Eigene Zielsetzung

Insbesondere die Selbstständigkeit der wirtschaftlichen Einheit als kleine Organisationsstruktur und Gesamtheit von Ressourcen hat der EuGH in der RS *Süzen* als wirtschaftliche Tätigkeit mit einer Zielsetzung herausgestellt.¹³⁸ In keinem Fall muss diese mit dem Hauptzweck des Betriebs oder Unternehmens identisch sein, sondern ein eigener (Teil-)Nutzen mit untergeordnetem Zusammenhang reicht aus.

¹³⁵ Ua *Bauer*, Outsourcing out?, BB 1994, 1433 ff; *Buchner*, Verlagerung betrieblicher Aufgaben als Betriebsübergang i.S. von § 613a BGB?, DB 1994, 1417 ff; *Kirschbaum*, Betriebsübergang und Europarecht. Die Entwicklungen in der Rechtsprechung seit "Christel Schmidt", DRdA 1996, 448; *Köck*, Betriebsübergang durch "Funktionsnachfolge", ecoloX 1994, 777; *Röder/Baeck*, Funktionsnachfolge als Betriebsübergang, NZA 1994, 542.

¹³⁶ EuGH 10.12.1998, Rs C-173/96, *Hidalgo*, Slg 1998, I-08237; EuGH, 10.12.1998 Rs C-127/96, *Francisco Hernández Vidal*, Slg. 1994, I-1311 Leitsatz.

¹³⁷ Vgl. EuGH 10.12.1998, Rs C-173/96, *Hidalgo*, Slg 1998, I-08237 Rz 26; EuGH, 10.12.1998 Rs C-127/96, *Hernández Vidal*, Slg 1998, I-8179.

¹³⁸ EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259 Leitsatz Abs 2.

Dies stellte der EuGH insbesondere in den frühen Entscheidungen in den Rs *Watson Rask*¹³⁹, *Christel Schmidt* und schließlich *Süzen* fest. In der Rs *Watson Rask* war es der Betrieb einer Betriebskantine innerhalb eines Unternehmens, in den Rs *Christel Schmidt* und *Süzen* waren dies Reinigungsarbeiten.

Im Fall der Rs *Watson Rask* wurde der Betrieb einer Betriebskantine von der Firma Philips A/S auf einen neuen Betreiber übertragen. Der EuGH führte hierzu aus, dass die Tatsache, dass dieser übertragene Tätigkeitsbereich für das übertragende Unternehmen nur von untergeordneter Bedeutung sei und nicht in einem notwendigen Zusammenhang mit dem Unternehmenszweck stehe, nicht gegen die Anwendung der Betriebsübergangsrichtlinie spreche.¹⁴⁰ Es reiche aus, wenn die Zielsetzung der wirtschaftlichen Einheit innerhalb einer organisatorisch selbstständigen Einheit zumindest einen Teilzweck innerhalb des Unternehmenszwecks verfolge.

4.1.1.2.2 Das Kriterium der Wirtschaftlichkeit

Zwar betont der EuGH die Wirtschaftlichkeit dieser organisierten Einheit, sieht dies aber nicht nur dann als gegeben an, wenn sie auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist. Vielmehr hat der EuGH in den Entscheidungen in den Rs *Kommission/Vereintes Königreich*¹⁴¹ und *Collino*¹⁴² herausgestellt, dass eine Gewinnerzielungsabsicht nicht gefordert sei.¹⁴³ Wenn es sich nicht um hoheitliche Aufgaben handele, so liegt die wirtschaftliche Einheit selbst dann

¹³⁹ EuGH 12.11.1992, Rs C-209/91, *Watson Rask*, Slg 1992, I-5755.

¹⁴⁰ EuGH 12.11.1992, Rs C-209/91, *Watson Rask*, Slg 1992, I-5755 Rz 17.

¹⁴¹ EuGH 08.06.1994, Rs C-382/92, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, Slg 1994, I-2435.

¹⁴² EuGH 14.09.2000, Rs C-343/98, *Collino*, Slg 2000, I-6659.

¹⁴³ EuGH 08.06.1994, Rs C-382/92, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, Slg 1994, I-2435 Rz 44 ff; EuGH 14.09.2000, Rs C-343/98, *Collino*, Slg 2000, I-6659 Rz 30.

vor, wenn die übertragende Dienstleistung öffentlich reguliert ist oder ohne Erwerbszweck ausgeübt wird.¹⁴⁴ Dies war auch bei den Rs *Redmond Stichting*, und Rs *Didier Mayeur*¹⁴⁵ der Fall. Der wirtschaftliche Charakter wird nur dann ausgeschlossen, wenn es sich um die Ausübung hoheitlicher Befugnisse handelt.¹⁴⁶

4.1.1.2.3 Das Kriterium der Dauerhaftigkeit

In der Rs *Rygaard*¹⁴⁷ hat der EuGH zusätzlich zur Abgrenzung einer nur vorübergehenden Übertragung von Betriebsmitteln für die wirtschaftliche Einheit ein Kriterium der Dauerhaftigkeit aufgestellt und in der zu entscheidenden Rechtssache im Ergebnis verneint.

Der Kläger *Ole Rygaard* war Angestellter einer Bautischlerei, die mit dem Bau einer Kantine beauftragt worden war. Einen Teil der Arbeiten, nämlich die Decken- und Schreinerarbeiten sollten von der Drittfirma fertiggestellt werden. In dem dazu abgeschlossenen Vertrag wurde eine Kostenübernahme durch die Drittfirma für bereits in einem früheren Bauabschnitt aufgelaufene Arbeiten und die Übernahme von einzelnen Mitarbeitern zur Fortführung der Bauarbeiten vereinbart.

Der EuGH verneinte das Vorliegen eines Betriebsübergangs bereits mangels Übergangs einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit. Die

¹⁴⁴ EuGH 19.05.1992, Rs C-29/91, *Redmond Stichting*, Slg 1992, I-3189: eine gemeinnützigen Stiftung.

¹⁴⁵ EuGH 26.09.2000, Rs C-175/99, *Mayeur*, Slg 2000, I-07755: Übernahme der Aufgaben (Werbung für die Stadt Metz und ihr Einzugsgebiet im Hinblick auf Ansiedlung und Schaffung verschiedener Gewerbe) von einem Verein ohne Erwerbszweck in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts.

¹⁴⁶ EuGH 26.09.2000, Rs C-175/99, *Mayeur*, Slg 2000, I-07755 Rz 39 f.

¹⁴⁷ EuGH 19.09.1995, Rs C-4/94, *Rygaard*, Slg 1995, I-2745.

wirtschaftliche Einheit dürfe nicht auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt sein.¹⁴⁸ Die Entscheidung des EuGH erging gegen die Empfehlung des Generalanwalts GA *Georgios Cosmas*.¹⁴⁹ Der EuGH stellte zwar den Schutzzweck der Betriebsübergangs-RL für die Kontinuität der im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse heraus, entschied in der Rs *Rygaard* jedoch, dass ein Betriebsübergang den Übergang einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit voraussetze und die Übertragung der organisierten Gesamtheit von Faktoren die dauerhafte Fortsetzung der Tätigkeiten oder bestimmte Tätigkeiten des übertragenen Unternehmens ermöglichen müsse. Da es sich im vorliegenden Falle jedoch darauf beschränkte, dem neuen Unternehmen Arbeitnehmer und Material zur Verfügung zu stellen, die zur Durchführung der fraglichen Arbeiten eingesetzt werden sollten, lag ein Betriebsübergang nicht vor.¹⁵⁰

4.1.1.3 Weitere identitätsprägende Eigenschaften

In der Rs *Spijkers*¹⁵¹ hat der EuGH im Jahre 1986 erstmals zu dem Übergang einer wirtschaftlichen Einheit identitätsprägende Eigenschaften und Kriterien bestimmt, die im Rahmen einer Gesamtschau zu bewerten seien. Auf diese Kriterien wird noch ausführlich einzugehen sein. Da nach der Rechtsprechung des EuGH in Abgrenzung zu einer Betriebsstilllegung bei einem Betriebsübergang von einer zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden wirtschaftlichen Einheit ausgegangen wird, die auch bei Übergang ihre Identität behält, können diese Kriterien der *Spijkers*-Entscheidung auch er-

¹⁴⁸ EuGH 19.09.1995, Rs C-4/94, *Rygaard*, Slg 1995, I-2745 Rz 20.

¹⁴⁹ Schlussanträge vom 10.05.1995, Slg 1995, I-2747.

¹⁵⁰ EuGH 19.09.1995, Rs C-4/94, *Rygaard*, Slg 1995, I-2745 Rz 22.

¹⁵¹ EuGH 18.03.1986, Rs 24/85, *Spijkers*, Slg 1986, 1119.

gänzend zur Bestimmung des Begriffs der wirtschaftlichen Einheit herangezogen werden und sind nicht nur dazu heranzuziehen, ob ein Übergang vorliegt.

In dem Vorabentscheidungsverfahren des Hoge Raad der Niederlanden hatte der EuGH in der Rs *Spijkers* über die Nicht-Übernahme des Arbeitsverhältnisses des Assistenten des Betriebsleiters (dem Kläger Jozef Maria Antonius Spijkers) zu entscheiden. Nach der Stilllegung des Schlachthofbetriebs und Verkauf des Schlachthofs an den Erwerber übernahm diese mit Ausnahme des Klägers und einer weiteren Person alle Mitarbeiter und betrieb wiederum einen Schlachthof, wenngleich die Kundschaft nicht übernommen wurde.

Der EuGH führte in den Entscheidungsgründen aus, dass es nach dem Zweck der Betriebsübergangsrichtlinie, den Schutz der Arbeitnehmer bei einem Inhaberwechsel zu schützen und deren Ansprüche zu wahren, darauf ankomme, dass die fragliche wirtschaftliche Einheit ihre Identität bewahre. Dies sei insbesondere unter Berücksichtigung sämtlicher für den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen ermittelt werden. Wörtlich führt der EuGH sodann aus:

„Dazu gehören namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebs, der Übergang oder Nichtübergang der materiellen Aktiva wie Gebäude und 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 der nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit. Es ist

*jedoch klarzustellen, dass alle diese Umstände nur Teilaspekte der vorzunehmenden globalen Bewertung sind und deshalb nicht isoliert beurteilt werden können.*¹⁵²

Für diese tatsächliche Beurteilung, die zur Feststellung erforderlich ist, ist das nationale Gericht zuständig, wobei dieses diese Auslegungskriterien zu beachten hat.¹⁵³

4.1.2 Der Übergang einer wirtschaftlichen Einheit

Nach dem Wortlaut des Art 1 Abs 1 lit a der RL 2001/23/EG findet die Richtlinie Anwendung auf den Übergang durch vertragliche Übertragung oder Verschmelzung. Weitergehend im Wortlaut ist dabei die englische Fassung der RL 2001/23/EG, die von einem „legal transfer“ spricht und damit weniger auf die vertragliche Übertragung, sondern auf eine allgemeinere rechtliche Übertragung Bezug nimmt.

4.1.2.1 Wechsel des Betriebsinhabers

Die Übertragung oder Transaktion¹⁵⁴ setzt gemein voraus, dass ein Wechsel auf der Inhaberseite stattfindet. Gemeinhin werden im Bereich des Betriebsübergangs dabei der bisherige Inhaber als Veräußerer und der Neuinhaber als Erwerber bezeichnet. Diese Bezeichnung ist jedoch kein Indiz dafür, dass es sich um einen bestimmten Vertragstypus der Übertragung (zB Kaufvertrag) zwischen den beiden Beteiligten handelt. Vielmehr sind diese

¹⁵² EuGH 18.03.1986, Rs 24/85, *Spijkers*, Slg 1986, 1119 Rz 13.

¹⁵³ EuGH 18.03.1986, Rs 24/85, *Spijkers*, Slg 1986, 1119 Rz 14.

¹⁵⁴ Vgl sog Transaktionsansatz von *Willemsen* in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung⁴ 791 Rz 33.

Begriffe verallgemeinernd genutzt.

Als Inhaberwechsel hat der EuGH in der Rs *Bork*¹⁵⁵ den Wechsel der für das Unternehmen verantwortlichen natürlichen oder juristischen Person beschrieben.¹⁵⁶ Entscheidend ist dabei der Übergang der tatsächlichen Leitungsmacht¹⁵⁷ an den anderen¹⁵⁸, der nunmehr für den Betrieb als Inhaber verantwortlich ist.¹⁵⁹ Eigentumsrechtliche Betrachtungen bleiben hierbei außer Betracht, wie der EuGH in der Rs *Ny Mølle Kro* bei der Neuverpachtung einer Gaststätte entschieden hat.¹⁶⁰

Im Sinne des Schutzzwecks der Betriebsübergangs-RL, die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei Übergang der wirtschaftlichen Einheit zu gewährleisten, wird der Übergang der tatsächlichen Leitungsmacht zumeist bezogen auf denjenigen, der die Arbeitgeberverpflichtung gegenüber dem Beschäftigten innehat.¹⁶¹ Hierzu hat der EuGH sogar eine erweiterte Betrachtungsweise in der Rs *Albron Catering* vorgenommen, wenn die Arbeitsverhältnisse mit einem anderen konzernverbundenen Unternehmen bestehen und eine konzernweite Überlassung des Arbeitnehmers stattgefunden hat. Der EuGH hat es in der Rs *Albron Catering*¹⁶² für ausreichend erachtet, dass

¹⁵⁵ EuGH 15.06.1988, Rs 101/87, *Bork*, Slg 1988, 3057.

¹⁵⁶ EuGH 15.06.1988, Rs 101/87, *Bork*, Slg 1988, 3057 Rz 13 mVa Rs *Berg/Busschers*.

¹⁵⁷ Detailliert zum Ganzen *Krause*, Die tatsächliche Betriebsführung als konstitutives Erfordernis des Betriebsübergangs, ZfA 2001, 67.

¹⁵⁸ EuGH 17.12.1987, Rs 287/86, *Ny Mølle Kro*, Slg 1987, 5465; *EuGH 10.02.1988, Rs 324/86, Daddy's Dance Hall, Slg 1988, 739*; EuGH 05.05.1988, Rs 144/87 und 145/87, *Berg/Busschers* ua, Slg 1988, 2559.

¹⁵⁹ EuGH 10.12.1998, Rs C-173/96, *Hidalgo*, Slg 1998, I-08237, Rz 23.

¹⁶⁰ EuGH 17.12.1987, Rs 287/86, *Ny Mølle Kro*, Slg 1987, 5465 Rz 13.

¹⁶¹ EuGH 15.06.1988, Rs 101/87, *Bork*, Slg 1988, 3057 Rz 13; EuGH 19.05.1992, Rs C-29/91, *Redmond Stichting*, Slg 1992, I-3189 Rz 11; EuGH 07.03.1996, Rs C-171/94 und C-172/94, *Merckx und Neuhuys*, Slg 1996, I-1253 Rz 11; EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259 Rz 12.

¹⁶² EuGH 21.10.2010, Rs C-242/09, *Albron Catering*, Slg 2010, I-10309.

der faktische Inhaber wechselt, unabhängig davon, ob dieser auch die vertragliche Beziehung mit allen innerhalb der übergehenden wirtschaftlichen Einheit Tätigen inne hat. In diesen besonderen Konstellationen kommt es nach Auffassung des EuGH bei der Bestimmung der Person des Veräußerers nicht vorrangig auf die vertragsrechtliche Stellung an, vielmehr darauf, wer für die wirtschaftliche Tätigkeit der übertragenen wirtschaftlichen Einheit Verantwortlicher ist.¹⁶³ Dieser so genannte nichtvertragliche Arbeitgeber ist bei der Beurteilung des Betriebsinhaberwechsels heranzuziehen.¹⁶⁴ Abweichend von dieser Besonderheit in der Rs *Albron Catering* wird daher an die tatsächliche Leistungsmacht angeknüpft.

4.1.2.2 Durch Rechtsgeschäft oder Verschmelzung

Der (Rechts-)Grund der Übertragung der Leitungsmacht ist für den Schutzzweck der Richtlinie zweitrangig. Der EuGH nimmt im Schutzzweck der BÜ-RL einen weiten Anwendungsbereich möglicher Übertragungsformen an, wonach es ausreichend ist, wenn der Verantwortliche im Rahmen vertraglicher Beziehungen¹⁶⁵ wechselt. Einer unmittelbaren geschäftlichen oder vertraglichen Rechtsbeziehung zwischen dem bisherigen und neuen Betriebsinhaber bedarf es indes nicht. Ein Übergang kann auch dann vorliegen, wenn dieser indirekt durch mehrere Rechtsgeschäfte erfolgt.

Die Rechtsprechung des EuGH bejahte dieses zB bei einer Neuverpachtung eines Disco-Betriebs¹⁶⁶, Kündigung eines Mietverhältnisses und

¹⁶³ EuGH 21.10.2010, Rs C-242/09, *Albron Catering*, Slg 2010, I-10309 Rz 28.

¹⁶⁴ EuGH 21.10.2010, Rs C-242/09, *Albron Catering*, Slg 2010, I-10309 Rz 30.

¹⁶⁵ EuGH 05.05.1988, Rs C-144/87 und C-145/87, *Berg/Busschers ua*, Slg 1988, 2559 Rz 19.

¹⁶⁶ EuGH 10.02.1988, Rs 324/86, *Daddy's Dance Hall*, Slg 1988, 739.

Rücknahme^{167,168}, einer Neubeauftragung einer anderen Verkehrsgesellschaft mit der Durchführung von Buslinienverkehr¹⁶⁹ oder die Übertragung von Vertriebsrechten für Fahrzeuge auf ein anderes Unternehmen¹⁷⁰.

Die Übertragung kann somit auch im Wege mehrerer zwischengeschalteter Schritte, auch mit Dritten, erfolgen.

In der Rs *Bork* hatte sich der EuGH mit der Frage eines Übergangs nach Beendigung eines Mietverhältnisses auseinander zu setzen und führte in seiner Entscheidung hierzu wörtlich aus:

„Daß in diesem Fall die Übertragung in zwei Schritten in der Weise erfolgt, daß das Unternehmen zunächst vom Mieter auf den Eigentümer zurückübertragen wird, der es anschließend auf den neuen Eigentümer überträgt, schließt die Anwendbarkeit der Richtlinie nicht aus, sofern das fragliche Unternehmen seine Identität bewahrt. Dies ist dann der Fall, wenn es sich um eine noch bestehende wirtschaftliche Einheit handelt, deren Betrieb vom neuen Inhaber mit derselben oder einer gleichartigen Geschäftstätigkeit tatsächlich weitergeführt oder wiederaufgenommen wird.“¹⁷¹

In der Entscheidung der Rs *Scattolon*¹⁷² hat der EuGH einen Betriebsübergang sogar angenommen, obwohl der Übergang auf gar keiner Entscheidung des bisherigen Inhabers („Veräußerers“) beruhte, sondern durch

¹⁶⁷ EuGH 15.06.1988, Rs 101/87, *Bork*, Slg 1988, 03057.

¹⁶⁸ Ähnlich bei Rückübertragung eines Pachtobjekts: EuGH 17.12.1987, Rs 287/86, *Ny Mølle Kro*, Slg 1987, 5465.

¹⁶⁹ EuGH 25.01.2001, Rs C-172/99, *Oy Liikenne*, Slg 2001, I-745.

¹⁷⁰ EuGH 07.03.1996, Rs C-171/94 und C-172/94, *Merckx und Neuhuys*, Slg 1996, I-1253.

¹⁷¹ EuGH 15.06.1988, Rs 101/87, *Bork*, Slg 1988, 03057 RN 14.

¹⁷² EuGH 06.09.2011, Rs C-108/10, *Scattolon*, NZA 2011, 1077; hierzu auch *Steffan*, Neues vom EuGH zu, Betriebsübergang: Was folgt aus *Scattolon*?, NZA 2012, 475.

Gesetz erfolgte. Der EuGH hat dies durch eine weitgehende Auslegung im Sinne und nach dem Schutzzweck der BÜ-RL angenommen. Abweichend zu den vom EuGH zitierten Entscheidungen der Rs *Redmond Stichting, Collino und Chiappero* und *UGT-FSP*¹⁷³ liegt ersichtlich eine erste Entscheidung vor, bei der nicht eine gesetzliche Grundlage eine Übergangsentscheidung begründet, sondern das Gesetz selbst der Übertragung zugrunde liegt.¹⁷⁴ Die Rechtsprechung des EuGH legt verstärkt den Fokus auf die wirtschaftliche Tätigkeit in Abgrenzung zu der Bereichsausnahme des Übergangs hoheitlicher Tätigkeiten, die von der BÜ-RL 2001/23/EG nicht erfasst wird.

Somit kann der Übergang grds sowohl durch einen Vertrag, eine einseitige Willenserklärung, richterliche Entscheidung, Gesetz und selbst ohne unmittelbare vertragliche Beziehung zwischen Veräußerer und Erwerber erfolgen.

4.1.3 Wahrung der Identität

Im Rahmen der weiten Auslegung nach dem Schutzzweck der Betriebsübergangs-RL ist es für den EuGH daher nicht entscheidend, auf welcher rechtlichen Grundlage es zu dem Übergang der wirtschaftlichen Einheit kommt, vielmehr dass diese auch in der Übertragung bzw nach der Übertragung ihre Identität bewahrt.

Diese Wahrung der Identität bei der Übernahme bzw. dem Übergang der wirtschaftlichen Einheit wurde in der Rs *Spijkers*¹⁷⁵ in sieben Kriterien näher bestimmt, die in einer Gesamtschau zu würdigen sind.

¹⁷³ EuGH 06.09.2011, Rs C-108/10, *Scattolon*, Rz 64 mwN, NZA 2011, 1077.

¹⁷⁴ Vgl *Steffan* NZA 2012, 474.

¹⁷⁵ EuGH 18.03.1986, Rs 24/85, *Spijkers*, Slg 1986, 1119.

4.1.3.1 Übergang materieller und immaterieller Aktiva und Übernahme der Belegschaft nach Art des betroffenen Unternehmens oder Betriebs

In einem großen und zueinander in Wechselwirkung stehenden Komplex stellt der EuGH auf den Übergang materieller und immaterieller Aktiva, die Übernahme der Hauptbelegschaft nach Art des betroffenen Unternehmens ab (erste vier Kriterien der Spijkers-Entscheidung).

Zunächst stellt der EuGH auf die Art des betroffenen Unternehmens oder Betriebs ab. In der hierfür maßgeblichen Entscheidung der Rs *Ayşe Süzen*¹⁷⁶ hatte der EuGH auf Vorlage des Arbeitsgerichts Bonn zu beurteilen, inwieweit die Übernahme von Reinigungspersonal zur Anwendung der Richtlinie führt. Dem vorausgegangen war, dass die Klägerin *Ayşe Süzen* zunächst bei dem Reinigungsunternehmen beschäftigt war, das in einer Gymnasialschule und in vertragliche Beziehung zu dieser die Reinigungsarbeiten ausführte. Dieser Reinigungsauftrag wurde seitens der Schule gekündigt und an ein anderes Reinigungsunternehmen neu vergeben. Materielle oder immaterielle Betriebsmittel wurden nicht übertragen, ein Angebot der Übernahme der Arbeitsverhältnisse war nicht erkennbar.¹⁷⁷

Zunächst legt der EuGH unterschiedliches Gewicht auf die ausgeübte Tätigkeit und die Produktions- und Betriebsmethoden.¹⁷⁸ Folgend daraus komme es in bestimmten Branchen wesentlich auf die menschliche Arbeitskraft an, die sich in deren Gesamtheit und in der dauerhaft verbundenen

¹⁷⁶ EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259.

¹⁷⁷ EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259 Rz 4.

¹⁷⁸ EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259 Rz 18.

gemeinsamen Tätigkeit zeige.¹⁷⁹ Der EuGH prägte damit die Differenzierung zwischen betriebsmittelarmen Branchen, bei denen es wesentlich auf die menschliche Arbeitskraft ankommt¹⁸⁰ und betriebsmittelgeprägten Branchen, bei denen materielle Betriebsmittel in beträchtlichem Umfang notwendig sind.

Dieser Unterscheidung kommt bei der Art des betroffenen Betriebs eine erhebliche Bedeutung zu und das Kriterium „Art des Unternehmens oder Betriebs“ stellt insoweit die Vorfrage¹⁸¹, welcher Schwerpunkt der Übertragung anderer materieller oder immaterieller Ressourcen in dem Prüfungskontext der *Spijkers*-Kriterien zuzumessen ist.

In der Rs *Spijkers* nimmt der EuGH konkret Bezug auf die materiellen Aktiva, d.h. die materiellen Betriebsmittel und nennt hierbei insbesondere Gebäude und beweglichen Güter¹⁸² und deren Wert. In Betracht kommende materielle Betriebsmittel in diesem Zusammenhang sind beispielsweise Gebäude, Maschinen, Produktionsanlagen, Werkzeuge, Rohstoffe, Halb- und Fertigfabrikate, Fahrzeuge und Transportgeräte.¹⁸³

Immaterielle Aktiva bzw Betriebsmittel umfassen neben dem Know-how und dem Goodwill eines Unternehmens auch sämtliche Arten von Schutzrechte, Lizenzen oder Vertriebsrechte.¹⁸⁴

Gerade im Produktionsbetrieb, in Abgrenzung zum Handels- und

¹⁷⁹ EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259 Rz 21.

¹⁸⁰ Insb Reinigungsgewerbe: EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259; EuGH, 10.12.1998, Rs C-127/96, *Francisco Hernández Vidal*, Slg 1994, I-1311; für das Bewachungsgewerbe: EuGH 10.12.1998, Rs C-173/96, *Hidalgo*, Slg 1998, I-08237.

¹⁸¹ *Meyer*, Tatbestand des Betriebsübergangs 102.

¹⁸² EuGH 18.03.1986, Rs 24/85, *Spijkers*, Slg 1986, 1119 RN 13.

¹⁸³ *Preis* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht¹⁴ (2014), § 613a BGB, Rz 18.

¹⁸⁴ *Preis* in Erfurter Kommentar¹⁴, § 613a BGB Rz 23.

Dienstleistungsbetrieb, ist auf den Übergang dieser materiellen Betriebsmittel abzustellen. Letzteres wurde bei dem Busverkehrsbetrieb¹⁸⁵ angenommen. In der Rs *Oy Liikenne* hatte der EuGH die Neuvergabe regionaler Buslinien zu beurteilen, bei denen zwei Mitarbeiter, jedoch keine Fahrzeuge oder andere nennenswerte materielle Aktiva vom bisherigen Betreiber der Buslinie übernommen worden sind. Da der Betrieb einer Buslinie im Wesentlichen materielle Betriebsmittel und weniger die menschliche Arbeitskraft erfordert, hat der EuGH einen Betriebsübergang in diesem Fall abgelehnt.

Nicht entscheidend ist indes, ob die materiellen Betriebsmittel im Eigentum der wirtschaftlichen Einheit stehen oder bei dem Übergang solche Betriebsmittel in das Eigentum des Erwerbers übergehen.¹⁸⁶ Auch auf eine eigenwirtschaftliche Nutzung materielle Betriebsmittel kommt es nicht entscheidend an.

Der EuGH hat dies in seiner Entscheidung zur Fluggast- und Gepäckkontrolle auf einem Flughafen in der Rs *Güney-Görres* erstmals am 15.12.2005¹⁸⁷ festgestellt. Die zur Durchführung der Sicherheitskontrollen notwendigen Geräte befanden sich im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland und wurden dem Arbeitgeber zur Ausführung der Arbeit zur Verfügung gestellt. Bei einer Auftragsneuvergabe wurden diese Geräte wiederum dem neuen Sicherheitsunternehmen zur Verfügung gestellt. Der EuGH entschied in dieser Angelegenheit, dass es nicht darauf ankäme, ob die wesentlichen Betriebsmittel (als materielle Aktiva) eigenwirtschaftlich genutzt

¹⁸⁵ EuGH 25.01.2001, Rs C-172/99, *Oy Liikenne*, Slg 2001, I-745.

¹⁸⁶ ZB zum Wechsel des Pachtobjekts: EuGH 10.02.1988, Rs 324/86, *Daddy's Dance Hall*, Slg 1988, 739 Rz 10; EuGH 17.12.1987, Rs 287/86, *Ny Mølle Kro*, Slg 1987, 5465 Rz 12; EuGH 12.11.1992, Rs C-209/91, *Watson Rask*, Slg 1992, I-5755 RN 15.

¹⁸⁷ EuGH 15.12.2005, RS C-232/04, *Güney Görres*, Slg 2005 I, 11237.

würden.

In gleicher Richtung entschied der EuGH in der Rs *Abler* beim Betrieb einer Spitalskantine¹⁸⁸ dass die Übernahme von materiellen Betriebsmitteln den wesentlichen Kern der wirtschaftlichen Einheit ausmacht und - zusätzlich - eine Übernahme von Mitarbeitern nicht erforderlich ist.¹⁸⁹ Entscheidend sei vielmehr die Übertragung der zur Verfügung gestellten Räumlichkeiten und Betriebsmittel, die nun auch dem Nachfolger zur Verfügung standen. Der Umstand, dass der neue Unternehmer keinen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernommen hat, steht dem nicht entgegen, da es für die Verpflegung eines Inventars in beträchtlichem Umfang bedürfe.

Diese wirtschaftlichen Einheiten sind betriebsmittelgeprägt, ohne dass es darauf ankommt, dass diese Betriebsmittel direkt der wirtschaftlichen Einheit zuordenbar sein müssen.

Der EuGH hat in der RS *Spijkers* und damit noch weit vor der Entscheidung in der Rs *Süzen* die Übernahme oder Nichtübernahme der Hauptbelegschaft als eines der Kriterien angesehen, die bei der Beurteilung, ob ein Betriebsübergang vorliegt, zu berücksichtigen ist. Eine Definition der Hauptbelegschaft unterließ der EuGH jedoch.¹⁹⁰ Dies ist insoweit konsequent als der Schutzzweck der Richtlinie eine Gesamtschau der Kriterien im Einzelfall erfordert und nicht an absoluten oder relativen Zahlen (zB Prozentzahlen) zu messen ist.

¹⁸⁸ EuGH 20.11.2003, Rs C-340/01, *Abler*, Slg 2003, I-14023.

¹⁸⁹ EuGH 20.11.2003, Rs C-340/01, *Abler*, Slg 2003, I-14023 Rz 36.

¹⁹⁰ In der Entscheidung des EuGH 15.06.1988, Rs 101/87, *Bork*, Slg 1988, 03057 Rz 4, wurden mehr als Hälfte der Belegschaft übernommen, ohne dass dies jedoch gesondert gewertet wurde.

Die wichtige Weichenstellung hierbei ist jedoch die Unterscheidung der betriebsmittelarmen und betriebsmittelgeprägten Betriebe, wie sie zuerst in der Rs *Süzen* vorgenommen wurde. Der EuGH hat in diesem Zusammenhang die Formulierung geprägt, dass der „nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personal“¹⁹¹ betroffen sein muss. Dieser Anteil kann stark variieren, wie die Entscheidungen zum Dienstleistungsgewerbe (zB Reinigungsgewerbe¹⁹²) zeigen und andererseits bei betriebsmittelgeprägten Betrieben selbst die vollständige Übernahme der Belegschaft zB in der Rs *Oy Liikenne* keinen Betriebsübergang oder die Nichtübernahme der Belegschaft in der Rs *Abler* dennoch einen Betriebsübergang darstellen.

Dies zeigt eindrücklich, dass die Spijkers-Kriterien zur Beurteilung immer in einer Gesamtschau und nach der Unterscheidung des betriebsmittelgeprägten und betriebsmittelarmen Betriebs zu bewerten sind.

4.1.3.2 Übergang der Kundschaft, Grad der Ähnlichkeit und Kontinuität der Tätigkeit

Die weiteren Kriterien des Betriebsübergangs der *Spijkers*-Entscheidung (Kriterien 5 bis 7) können in als externe Faktoren für die Fortführung der Tätigkeit zusammengefasst werden.

Dass der Übergang der Kundschaft eines der Spijkers-Kriterien darstellt, hat in der Rechtsprechung des EuGH keine große Bedeutung erfahren.¹⁹³

¹⁹¹ EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259 Rz 21.

¹⁹² EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259; EuGH 24.01.2002, Rs C-51/00, *Temco*, Slg 2002, I-969.

¹⁹³ S auch Meyer, Tatbestand des Betriebsübergangs 133.

In der Rs *Merckx*¹⁹⁴ bejahte der EuGH den Betriebsübergang bei Übergang einer Alleinvertriebs-erlaubnis und gleichzeitiger Werbung des in diesem Fall stilllegenden Vertragshändlers für den fortführenden neuen Vertragshändler. Diese Werbung für die Tätigkeit des Nachfolgers sah der EuGH als eines der Kriterien an, die Anwendung der Betriebsübergangsrichtlinie im Vorabentscheidungsverfahren zu bejahen. Kundenkartei und Vertriebsberechtigung lassen in der Rs *Merckx* dem Schluss zu, dass der Erwerber die Tätigkeit des Alleinvertriebs als wirtschaftliche Einheit unverändert fortführt.¹⁹⁵

Bei dem Übergang des Kundenkreises handelt es sich jedoch um kein tragendes Element innerhalb der Gesamtschau, wie sich bei den Entscheidungen zur Betriebsmittelprägung zeigt. So wird bei der Neuvergabe der Buslinien mit Übergang des Kunden in der Rs *Oy Liikenne* die Anwendung verneint. Auch in den Entscheidungen der Rs *Abler*, dh bei gleichbleibender Kundenstruktur des Spitals oder Rs *Sützen* bei gleichbleibendem Kundenkreis im Reinigungsgewerbe legen der EuGH keinen besonderen Wert auf die Feststellung der Übernahme der Kundenstruktur.

Kundenstruktur, Ähnlichkeit der Tätigkeit vor und nach der Übernahme und Kontinuität der Tätigkeit können vielmehr in einer Gesamtschau der extern orientierten Faktoren verstanden werden, die sich der Erwerber gerade zu Nutzen machen kann und nicht selbst neu erschaffen muss.

Dass sich schwerlich die einzelnen Faktoren voneinander trennen lassen, zeigt sich bei einer losgelösten Betrachtung des Kriteriums Grad der

¹⁹⁴ EuGH 07.03.1996, Rs C-171/94 und C-172/94, *Merckx und Neuhuys*, Slg 1996, I-1253.

¹⁹⁵ EuGH 07.03.1996, Rs C-171/94 und C-172/94, *Merckx und Neuhuys*, Slg 1996, I-1253 Rz 21.

Ähnlichkeit vor und nach der Übernahme als sechstes Kriterium der Spijkers-Entscheidung. Die Ähnlichkeit alleine kann die Anwendung der BÜ-RL nie begründen, da sonst auch jede Auftrags- oder Funktionsnachfolge in den Anwendungsbereich mit einbezogen wäre. Notwendig ist vielmehr, dass der Erwerber in einer Gesamtbetrachtung und bei Vorliegen weiterer Kriterien die bei Übergang bestehenden Betriebsmethoden und Organisationsstrukturen in einem ähnlichen Umfeld und mit Blick auf ein bestehendes oder ähnliches Kundenumfeld ausnutzt und zwar innerhalb einer je nach Einzelfall noch diese Strukturen bewahrenden zeitlichen Abläufen.

Werden diese bisher bestehenden Vorteile jedoch vor Übergang oder im Übergang zerstört, ist der Erwerber nicht der Nutznießer der wirtschaftlichen Einheit, was gegen das Vorliegen eines Betriebsübergangs spricht.

In diesem Zusammenhang hat die Entscheidung des EuGH in der Rs *Klarenberg*¹⁹⁶ für Aufsehen gesorgt.

Gegenstand des Vorabanfrageverfahrens durch das LAG Düsseldorf war ua die Frage, ob die Art 1 Abs 1 lit a und b der RL 2001/23/EG anzuwenden sei, wenn der Erwerber die organisatorische Selbständigkeit des übertragenen Unternehmens oder Betriebsteils nicht bewahrt.¹⁹⁷

Der Kläger *Dietmar Klarenberg* war Abteilungsleiter einer Forschungs- und Entwicklungsabteilung, die wiederum in drei Gruppen aufgegliedert war. Die Produktlinien der Abteilung des Klägers wurden verkauft, wodurch die Erwerberin alle damit einhergehenden materiellen und immateriellen Aktive

¹⁹⁶ EuGH 12.02.2009, Rs C-466/07, *Klarenberg*, Slg 2009, I-803; *Willemsen*, Erneute Wende im Recht des Betriebsübergangs - ein „Christel Schmidt II“- Urteil des EuGH, NZA 2009, 289 ff.

¹⁹⁷ EuGH 12.02.2009, Rs C-466/07, *Klarenberg*, Slg 2009, I-803 Rz 36.

und Rechte erhielt. Darüber hinaus übernahm die Erwerberin insgesamt vier Mitarbeiter der Abteilung des Klägers. Diese Mitarbeiter wurden in die bereits bestehende und eingerichtete Arbeitsorganisation der Erwerberin eingegliedert und erledigten Arbeiten im Zusammenhang mit bereits bisher bei der Erwerberin bestehenden Produkten, die nicht Gegenstand des Erwerbs waren.

Ogleich die Identität und der Fortbestand der wirtschaftlichen Einheit im Hinblick auf die der wirtschaftlichen Einheit zugrundeliegenden Organisationsstruktur zum Wesen der wirtschaftlichen Einheit gehört, hat der EuGH in der Rs *Klarenberg* nochmals darauf verwiesen, dass eine Änderung der Organisationsstruktur der übertragenen Einheit der Anwendung der BÜ-RL nicht entgegenstehe und verweist auf die Entscheidungen in den Rs *Merckx*, *Didier Mayeur* und *Jouini*¹⁹⁸. Der EuGH stellte fest, dass die Beibehaltung einer funktionalen Verknüpfung zwischen den übertragenen Faktoren ausreiche, die es dem Erwerber erlaubt, diese, selbst wenn sie nach der Übertragung in eine neue, andere Organisation eingegliedert werden, zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen.¹⁹⁹

4.1.4 Abgrenzung zu Auftrags-/Funktionsnachfolge

Nicht selten bemüht der EuGH das Argument, dass die Tätigkeiten vor und nach dem Übergang der wirtschaftlichen Einheit gleich oder ähnlich sind für die Anwendbarkeit der BÜ-RL. Dennoch entspricht es auch der ständigen Rechtsprechung des EuGH, dass eine sogenannte Auftrags- oder Funktionsnachfolge keinen Betriebsübergang darstellt.

¹⁹⁸ EuGH 12.02.2009, Rs C-466/07, *Klarenberg*, Slg 2009, I-803 Rz 44.

¹⁹⁹ EuGH 12.02.2009, Rs C-466/07, *Klarenberg*, Slg 2009, I-803 Rz 48.

Die Abgrenzung ist mitunter schwierig, wie sich in der frühen Entscheidung der Rs *Christel Schmidt* zeigt. Maßgebliche Konkretisierungen hierzu hat der EuGH in der Entscheidung der Rs *Süzen*^{200, 201} vorgenommen.

In der Rs *Süzen* hatte sich der EuGH mit der Neuvergabe eines Reinigungsauftrags zu befassen, nachdem der Reinigungsauftrag der Firma, bei der die Klägerin Süzen beschäftigt war, durch den Auftraggeber gekündigt und an ein anderes Reinigungsunternehmen neu vergeben wurde. Der Arbeitgeber der Klägerin entließ daraufhin die Klägerin sowie sieben weitere Angestellte, die alle bei der Reinigung des Reinigungsobjektes eingesetzt waren. Sechs von acht Mitarbeitern wurden von dem neuen Gebäudereinigungsunternehmen übernommen.²⁰²

Neben der grundlegenden Differenzierung des EuGH zu betriebsmittelgeprägten und betriebsmittelarmer Branchen, legt der EuGH in der Rs *Süzen* einen Schwerpunkt darauf, die reine Funktionsnachfolge von dem Kriterien des Betriebsübergangs abzugrenzen. Bereits die Vorlagefrage des Arbeitsgerichts Bonn zielte auf eine Konkretisierung der Auftragsneuvergabe unter Zugrundelegung der Entscheidungen in den Rs *Schmidt* und *Redmond Stichting*.²⁰³

Zunächst stellt der EuGH unter Bezugnahme auf die Entscheidungen *Spijkers, Merckx und Neuhuys*, darauf ab, dass ein Übergang im Sinne der Richtlinie gegeben sein kann, wenn der Betrieb tatsächlich fortgeführt oder

²⁰⁰ EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259.

²⁰¹ Lesenswert sind die Schlussanträge des Generalanwalts *La Pergola* in der Rechtssache *Süzen*, Slg 1997, I-1259.

²⁰² *Wank* in *Hanau/Steinmeyer/Wank*, Handbuch des europäischen Arbeit- und Sozialrechts (2002) § 18 Fn 84: Die Lefarth GmbH hatte sechs der acht Reinigungskräfte übernommen, was aus dem Vorlagebeschluss nicht hervorgeht.

²⁰³ EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259 Rz 6.

wieder aufgenommen wird. In Abweichung zu der Entscheidung *Schmidt* wies der EuGH darauf hin, dass das Fehlen einer vertraglichen Beziehung zwischen Veräußerer und Erwerber oder, wie im vorliegenden Fall, zwischen zwei Unternehmen, denen nacheinander der Auftrag zur Reinigung einer Schule erteilt worden ist, ein Indiz darstellt, dass kein Übergang im Sinne der Richtlinie erfolgt ist. Eine ausschlaggebende Bedeutung komme dem jedoch nicht zu, da die wirtschaftliche Einheit nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden dürfe. Ihre Identität ergebe sich auch aus den Merkmalen wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln.²⁰⁴

Der bloße Verlust eines Auftrages an einen Mitbewerber stellt für sich genommen keinen Übergang im Sinne der Richtlinie dar, weil das zuvor beauftragte Dienstleistungsunternehmen lediglich einen Kunden verliere, ansonsten jedoch im vollen Umfang weiterbestünde, ohne dass einer seiner Betriebe oder Betriebsteile auf den neuen Auftragnehmer übertragen worden wäre.²⁰⁵

Der EuGH hielt jedoch insoweit an seiner Entscheidung in der Rs *Christel Schmidt* fest, als er darauf hinweist, dass es einer Übertragung von Betriebsmitteln nicht bedürfe. Insbesondere in Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann eine wirtschaftliche Einheit auch darin gesehen werden, dass eine Gesamtheit von Arbeit-

²⁰⁴ EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259 Rz 15.

²⁰⁵ EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259 Rz 16; zuletzt EuGH 20.01.2011, Rs C-463/09, *CLECE*, Slg 2011, I-95.

nehmern durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist.²⁰⁶

Eine solche Einheit könne ihre Identität bewahren, wenn der neue Unternehmensinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit fortgeführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hatte. In diesem Falle erwirbt der neue Inhaber eine organisierte Gesamtheit von Faktoren, die ihm die Fortsetzung der Tätigkeiten oder bestimmter Tätigkeiten des übertragenden Unternehmens auf Dauer erlaubt.

Die Entscheidung in der Rechtssache *Süzen* kann zu Recht als Meilenstein in der Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs und insbesondere des Bundesarbeitsgerichts²⁰⁷ und als erste Definition der wirtschaftlichen Einheit²⁰⁸ angesehen werden.

In Abgrenzung der Auftrags-/Funktionsnachfolge vom Betriebsübergang stellt der EuGH negativ abgrenzend fest, dass die bloße Tätigkeit nicht ausreiche, um den Begriff der wirtschaftlichen Einheit auszufüllen.²⁰⁹ Vielmehr sieht der EuGH die wirtschaftliche Einheit als eine „organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung“²¹⁰. Ob eine solche wirtschaftliche Einheit identitätsbewahrend übergeht, ist nach Tätigkeit und Branchen zu differenzieren und inwieweit es dort im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft an-

²⁰⁶ EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259 Rz 21.

²⁰⁷ Vgl zu der durch die Entscheidung *Süzen* eingeleiteten Rechtssprechungsänderung des BAG: *Willemsen* in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung⁴ 781 Rz 10 ff; *Meyer*, Tatbestand des Betriebsübergangs 58 ff.

²⁰⁸ AA *Annuß*, Der Betriebsübergang nach „Ayse Süzen“, NZA 1998, 70 (72), der darin noch keine verlässliche Definition sieht.

²⁰⁹ EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259 Rz 15.

²¹⁰ EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259 Leitsatz Abs 2.

komme. Dies führte im Folgenden bei der Art des Unternehmens (erstes Kriterium der *Spijkers*-Entscheidung) zu der Unterscheidung im Übergang von Einheiten bei betriebsmittelarmen und betriebsmittelintensiven Branchen.

Festzuhalten ist aus der Entscheidung der Rs *Süzen*, dass die Tätigkeit alleine keinen Betriebsübergang rechtfertigt, was grundsätzlich auch mit der Entscheidung Rs *Spijkers* konform geht, da eines der Kriterien der Rs *Spijkers*, die „Ähnlichkeit der Tätigkeit vor und nach dem Übergang“ nicht isoliert bewertet werden darf. Der Auftrags- oder Funktionsnachfolge liegt stets zugrunde, dass die Tätigkeiten einander ähneln.

Richtig ist indes, dass keine wirtschaftliche Einheit mit allen inneren und äußeren Faktoren, sondern nur die Funktion oder der Auftrag übertragen werden. Losgelöst von weiteren Übertragungsinhalten nach den sieben Kriterien der *Spijkers*-Entscheidung und insbesondere ohne Übertragung wesentlicher Betriebsmittel, Personal oder Know-How erhält der Erwerber auch keine Identität bewahrende Einheit.

Auftrags-/Funktionsnachfolgen sind stets dort anzunehmen, wo es sich um eine Nachfolge oder (Rück-)Übernahme eines Vertragsverhältnisses oder eine erstmalige Fremdvergabe einer arbeitstechnischen Aufgabe handelt, ohne dass Betriebsmittel oder Personal übernommen werden.

4.1.5 Abgrenzung zu Betriebsstilllegung

Nicht nur hinsichtlich des Kriteriums „Dauer einer Unterbrechung der Tätigkeit“ als siebtes Kriterium der *Spijkers*-Entscheidung, sondern insgesamt ist der Übergang der wirtschaftlichen Einheit als Tatbestandsmerkmal der BÜ-RL abzugrenzen von der Betriebsstilllegung.

Entscheidend ist hierbei, dass die wirtschaftliche Einheit zumindest zum Zeitpunkt des Übergangs besteht. Der EuGH geht von dem Anwendungsbereich der BÜ-RL insbesondere dann aus, wenn der Erwerber die wirtschaftliche Einheit bewahrt durch Fortführung des Betriebs oder tatsächliche Wiederaufnahme. Dies ist als siebtes Kriterium der Dauer der Unterbrechung der Tätigkeit in der Rs *Spijkers* in die ständige Rechtsprechung des EuGH eingegangen. Die Würdigung des Einzelfalls bleibt dabei den nationalen Gerichten vorbehalten.

Dennoch kann auch auf der europarechtlichen Ebene konstatiert werden, dass der Identitätsverlust der wirtschaftlichen Einheit den Betriebsübergang ausschließt. Ähnlich der Abgrenzung zu der Auftrags-/Funktionsnachfolge liegt es dem Betriebsübergang zugrunde, dass der Erwerber von der weiter bestehenden wirtschaftlichen Einheit profitiert. Dies ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn diese Einheit vor der Übertragung ihre wertenden Faktoren verloren hat und in der Gesamtschau auf Seiten des Erwerbers keine identitätsbewahrende Fortführung oder Wiederaufnahme erfolgt. Die Unterbrechung der Tätigkeit im Zuge der Übertragung spricht als eines der Kriterien in der Gesamtschau gegen den Betriebsübergang, ohne dass dies jedoch als entscheidende Kriterien in den Rs *Bork*²¹¹, *Ny Mølle Kro*²¹² oder *Spijkers*²¹³ angesehen worden wäre. In diesen drei Entscheidungen war jeweils eine nur kurze Stilllegung der Neuaufnahme vorausgegangen.

²¹¹ EuGH 15.06.1988, Rs 101/87, *Bork*, Slg 1988, 03057 Rz 4: Stillstand des Buchenfurnierwerks und vollendete Ausstellung der Mitarbeiter; jedoch nur im Zeitraum 22.12.1981 bis 04.01.1982.

²¹² EuGH 17.12.1987, Rs 287/86, *Ny Mølle Kro*, Slg 1987, 5465 Rz 4: Geschlossene Gaststätte für ca 3 Monate wird als nur vorübergehende Schließung angesehen, Rz 19.

²¹³ EuGH 18.03.1986, Rs 24/85, *Spijkers*, Slg 1986, 1119: Einstellung für etwas mehr als zwei Monate eines Schlachtbetriebs.

Die nationale Rechtsprechung hat daher bei Betriebsstilllegungstatbeständen auch einen Blick auf die europarechtlichen Vorgaben zum Betriebsübergang in der Gesamtschau zu bewahren²¹⁴ und zwar darauf, ob eine Schließung dazu führt, dass das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit zu bestehen aufhört.²¹⁵

4.2 Die österreichische Rechtsprechung

4.2.1 Betriebsbegriff

Eine gesetzliche Definition des Betriebsübergangs enthält das österreichische Recht nicht. Die nationalgesetzliche Regelung des § 3 Abs 1 AVRAG unterscheidet nicht danach, ob es sich um ein Unternehmen, einen Betrieb oder einen Betriebsteil handelt, sondern behandelt diese von Anfang an entsprechend wortgleich des Art 1 Abs 1 der RL 77/187/EWG (nun RL 2001/23/EG) gleichrangig um einen möglichst weiten Anwendungs- und Schutzbereich zu schaffen. Im Einzelnen sind die Begriffe und Tatbestandsmerkmale im Lichte der europäischen Vorgaben der BÜ-RL sowie der dazu im Einzelfall ergangenen Rechtsprechung auszulegen und zu konkretisieren.

Dennoch war zunächst für den Tatbestand des § 3 AVRAG eine Begriffsdefinition nötig, da sich der Begriff „Unternehmen“ in der österreichischen Arbeitsrechtsordnung nicht findet.²¹⁶ Hinsichtlich des Begriffs „Betrieb“ nahm der OGH vielfach Bezug auf § 34 Abs 1 ArbVG, wonach als Betrieb jede

²¹⁴ EuGH 17.12.1987, Rs 287/86, *Ny Mølle Kro*, Slg 1987, 5465 Rz 21, vgl auch *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 66.

²¹⁵ EuGH 17.12.1987, Rs 287/86, *Ny Mølle Kro*, Slg 1987, 5465 Rz 20.

²¹⁶ *Binder*, Die österreichische Betriebsübergangsregelung – eine geglückte Bedachtnahme auf die europarechtlichen Vorgaben?, DRdA 1996, 1 (2).

Arbeitsstätte gilt, die eine organisatorische Einheit bildet, innerhalb der eine physische oder juristische Person oder eine Personengemeinschaft mit technischen oder immateriellen Mitteln die Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse fortgesetzt verfolgt, ohne Rücksicht darauf, ob Erwerbsabsicht besteht oder nicht.²¹⁷ *Binder*²¹⁸ sieht hierin bereits eine weitgehende Übereinstimmung des betriebsverfassungsrechtlichen Begriffs mit dem des Betriebsübergangstatbestands.

Die Rechtsprechung des EuGH in der Rs *Spijkers* als Schritt zu einer europarechtlichen Definition als den Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit, bei der im Einzelnen nicht mehr nach Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteilen mehr unterschieden wurde, hat sich auch der OGH in seiner Rechtsprechung unter europarechtskonformen Auslegung angeschlossen.²¹⁹ Entsprechend der Auslegung des EuGH ist die wirtschaftliche Einheit als organisatorische Zusammenfassung von Betriebsmitteln zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit entscheidend.²²⁰

Insoweit herrscht Kongruenz der österreichischen Rechtsprechung mit den Vorgaben des EuGH, wonach der OGH sämtliche den Übergang prägenden Tatsachen anhand der sieben Kriterien der *Spijkers*-Entscheidung in einem beweglichen System²²¹ analysiert und bewertet: In einer spezifischen Gesamtbetrachtung nach dem Geschäftszweck der Tätigkeit sind die not-

²¹⁷ OGH 12.10.1995, 8 Ob 15/95; OGH 28.08.1997, 8 ObA 91/97h; OGH 22.10.1997, 9 ObA 73/97v; OGH 27.01.2000, 8 Obs 219/99k; OGH 24.09.2003, 9 ObA 17/03w.

²¹⁸ *Binder*, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz² § 3 Rz 8.

²¹⁹ Vgl OGH 8 ObA 41/03t, ARD 5443/5/2003; OGH 9 ObA 17/03m, ARD 5469/4/2004; OGH 5 Ob 114/03 f, ARD 5478/2/2004.

²²⁰ OGH 22.02.2011, 8 ObA 41/10b, SZ 2011/21; *Binder*, AVRAG², § 3 Rz 7 ff; *Holzer/Reissner*, Arbeitsvertragsrecht-Anpassungsgesetz² § 3 Rz 33 ff.

²²¹ *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 12.

wendigen Faktoren für die Produktions- oder Dienstleistung festzustellen und einer Bewertung zu unterziehen. Je nach hergestelltem Produkt oder Tätigkeit ist diese Bewertung nach der dafür notwendigen Anlagen-, Kapital- oder Personalintensität vorzunehmen.²²²

Dies entspricht gerade dem, was der EuGH in seinen Entscheidungen, wenngleich nicht in dieser Klarheit mit der Gesamtschau aller Faktoren fordert.

4.2.2 Übergang des Betriebs

4.2.2.1 Gesamtschau der *Spijkers*-Kriterien

Der OGH übernimmt in seiner ständigen Rechtsprechung die Vorgaben des EuGH zu einer globalen Bewertung der aufgestellten Kriterien der Rs *Spijkers* im Lichte der Branchenunterscheidungen der Rs *Süzen* nach betriebsmittelarmen oder betriebsmittelgeprägten²²³ Tätigkeiten.

In einer Entscheidung führt der OGH weitergehend unter Bezugnahme auf die sieben Kriterien der *Spijkers*-Entscheidung aus:

„Bei der Beurteilung, ob eine Betriebsübergang vorliegt, ist es eines beweglichen Systems eine Gesamtwertung der einzelnen vorliegenden Tatbestandsmerkmale vorzunehmen, wobei die Übernahme der materiellen und immateriellen Betriebsmittel, des Großteils der Belegschaft, die Ähnlichkeit der vor und nach der Übernahme verrichteten Tätigkeit, Übergang der Kund-

²²² *Binder, AVRAG*² § 3 Rz 12.

²²³ ZB OGH 9 ObA 232/02m, *ecolex* 2003, 117 hinsichtlich der Übernahme von Einrichtung, Räumlichkeiten und Lieferanten und Kundenstamm einer Trafik, bei der der Übernahme der Belegschaft eine nur untergeordnete Rolle zugesprochen wurde.

schaft, Fortführung der wirtschaftlichen Einheit, Übertragung einer organisierten Gesamtheit von Personen und Sache zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung usw. wesentlich sind“²²⁴

Wie sich bereits der Rechtsprechung des EuGH entnehmen lässt, beurteilt sich der Tatbestand des Betriebsübergangs insbesondere nach dem Zweck der Regelung, nämlich der Aufrechterhaltung der Rechte des Arbeitnehmers bei Wechsel des Unternehmensinhabers so weit wie möglich zu gewährleisten. Dem folgt der OGH²²⁵ in seiner Beurteilung und Judikatur, was auch zu Kritik führte, da nicht strikt zwischen Tatbestand und Rechtsfolge getrennt wird.

Die Übertragung der wirtschaftlichen Einheit kann in vielfältiger Art und Weise²²⁶ geschehen, so dass über den reinen Wortlaut hinaus auch Kauf, Verpachtung, Verschmelzung²²⁷, Umwandlung, Einbringung, Zusammenschluss, Realteilung und Spaltung umfasst sind. Die Rechtsgrundlage der Übertragung ist nicht letztlich ausschlaggebend. Es genügt auch der faktische Übertragungsvorgang²²⁸, so dass rechtliche Anknüpfungen an ein Rechtsgeschäft, wie Entgeltlichkeit oder Eigentumswechsel nicht erforderlich sind.²²⁹ Auch Tausch, Schenkung, bloß dingliches oder schuldrechtliches Nutzungsrecht können im Einzelfall ausreichen.²³⁰ Auch der Übergang von einem Pächter auf einen andern oder Rückfall vom Pächter an den Eigentümer²³¹

²²⁴ OGH 29.04.2009, 9 ObA 22/09i, DRdA 2009,534 = DRdA 2011/12 (*Binder*).

²²⁵ OGH 22.10.1997, ecolex 1998, 156.

²²⁶ Hierzu ausführlich zu den Übertragungsformen *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 16 ff.

²²⁷ Art 1 Abs 1 lit a RL 2001/23/EG; OGH 26.02.2004, 8 ObA 113/03f.

²²⁸ OGH 08.10.2008, 9 ObA 122/08v.

²²⁹ OGH 30.05.2005, 8 ObA 63/04d.

²³⁰ OGH 30.05.2005, 8 ObA 63/04d.

²³¹ EuGH 17.12.1987, Rs 287/86, *Ny Mølle Kro*, Slg 1987, 5465; ASG Wien 04.10.2004, ZAS 2005, 219.

und die Neuverpachtung können grundsätzlich als Betriebsübergang angesehen werden. Der OGH führt hierzu explizit aus:

„Dies ist auch dann der Fall, wenn der Fruchtnießer den Betrieb wieder an den Eigentümer zurückstellt, oder der Betrieb von einem Pächter auf den anderen übergeht.“²³²

Der OGH hat in diesem Zusammenhang bereits richtig herausgearbeitet, dass die Umsetzung der BÜ-RL in das österreichische Recht bereits richtlinienkonform erfolgte und durch § 3 AVRAG *„eine umfassende Einbeziehung aller erdenklichen Phänomene erreicht wird, als das Gesetz offensichtlich auf das Faktum der Übertragung und nicht auf einen rechtlichen Anhaltspunkt abstellt (9 ObA 153/98k mwN).“²³³*

Entscheidend ist in jedem Falle, dass ein Inhaberwechsel stattfindet.²³⁴ Dieser ist entsprechend den Vorgaben und Schutzzweck der BÜ-RL weit zu fassen und nach der Rechtsprechung des OGH ist alter/neuer (Betriebs-)Inhaber *„diejenige natürliche oder juristische Person, die für den Betriebs des Unternehmens verantwortlich ist und gegenüber den im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern die Arbeitgeberverpflichtung eingeht.“²³⁵ Dies ist der für den Betrieb Verantwortliche.²³⁶*

Der Wechsel (selbst der Gesamtwechsel) von Gesellschaftern der Inhabergesellschaft ist mangels „Inhaberwechsels“ jedoch kein Betriebsüber-

²³² Zuletzt OGH 27.01.2000, 8 Obs 219/99k; davor bereits OGH 9 ObA 193/98t, OGH 9 ObA 140/99z, OGH 9 ObA 197/99g, OGH 9 ObA 192/99x.

²³³ OGH 29.09.1999, 9 ObA 140/99z.

²³⁴ OGH 07.02.2008, 9 ObA 94/07z.

²³⁵ OGH 29.09.2004, 9 ObA 47/04h, wbl 2005, 90 f.

²³⁶ Vgl hierzu auch *Jöst*, Inhaber im Sinne des § 3 Abs 1 AVRAG und des Art 1 Abs 1 der Betriebsübergangsrichtlinie – Arbeitgeber oder Betriebsinhaber, ZAS 1999, 38.

gang im Sinne des § 3 AVRAG²³⁷, sondern nur ein gesellschaftsrechtlicher Vorgang ohne Auswirkung, respektive Übergang auf den Betrieb oder das Unternehmen.

4.2.2.2 Zeitpunkt der Übertragung

Nach herrschender Auffassung²³⁸ ist ein Betriebsübergang dann als vollzogen zu betrachten, wenn die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Betrieb oder Betriebsteil und damit die wesentlichen Arbeitgeberfunktionen auf den Erwerber übergegangen sind. Es ist somit auf die tatsächliche Übernahme der arbeitstechnischen Organisations- und Leitungsmacht durch den Erwerber abzustellen, wobei dieser Zeitpunkt durchaus zwischen dem Zustandekommen des Verpflichtungsgeschäfts und dem Vollzug des Verfügungsgeschäfts liegen kann.²³⁹

4.2.2.3 Ausnahmen im System des Betriebsübergangs

Eine wichtige Ausnahme gilt im Falle des Konkurses. § 3 Abs 2 AVRAG regelt, dass der Betriebsübergang iSd § 3 Abs 1 AVRAG nicht im Fall des Konkurses des Veräußerers gilt.

Damit hält sich die österreichische Regelung innerhalb der Vorgaben der RL 2001/23/EG, die eine solche Erweiterung des Schutzes der Arbeitnehmer nicht verlangt. Es ist den nationalstaatlichen Regelungen vorbehalten, den Schutz des Arbeitsverhältnisses bei Betriebsübergang in der Insolvenz zu re-

²³⁷ OGH 29.09.2004, 9 ObA 47/04h, wbl 2005, 90 f.

²³⁸ *Gahleitner* in ZellKomm § 3 AVRAG Rz 32; *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 75 ff; *Holzer/Reissner* AVRAG² § 3 Rz 5; *Krejci*, Betriebsübergang 54.

²³⁹ OGH 02.09.2008, 8 ObS 54/08f.

geln. In der bundesdeutschen Regelung des § 613 a BGB ist der Fall der Insolvenz nicht ausgenommen, so dass die Regelungen auch im Falle der Insolvenz grundsätzlich anzuwenden sind. Die Einschränkung des § 3 Abs 2 AVRAG ist jedoch in der Rechtsprechung und der Lehre umstritten.²⁴⁰ Im Zusammenhang mit der Judikatur des EuGH²⁴¹ zum europarechtlichen Konkursbegriff ist im Streit, inwieweit eine richtlinienkonforme Auslegung vorzunehmen ist. Der EuGH lässt eine Ausnahmeregelung für Konkursfälle dann zu, wenn diese in erster Linie auf die Zerschlagung des Unternehmens abzielen. Demgegenüber kommt der OGH in zwei Entscheidungen zu einer anderen Wertung.²⁴² Einerseits wurde entschieden, dass im Falle einer Veräußerung eines Unternehmens im Konkurs, die zur Weiterführung des unverändert fortbestehenden Betriebes durch den Erwerber führt, die Arbeitsverhältnisse der Betriebsratsmitglieder (unabhängig von § 3 Abs 2 AVRAG) ex lege auf den Erwerber übergehen, welcher die Eintrittsautomatik keinesfalls verdrängt.²⁴³ Der Bestandschutz der Belegschaftsvertreter liegt in der Bestrebung, der Belegschaft des Betriebs, solange dieser unverändert fortbesteht, die im ArbVG vorgesehene Vertretung zu sichern.

4.3 Die deutschen Rechtsprechung

4.3.1 Betriebsbegriff

Die Umsetzung der Betriebsübergangs-RL in das bundesdeutsche

²⁴⁰ Vgl. *Risak*, Der Betriebsübergang im österreichischen Arbeitsrecht, NZA-Beilage 4/2008, 145 (146 f).

²⁴¹ ZB EuGH 07.02.1985, Rs 135/83, *Abels*, Slg 1985, 469.

²⁴² OGH 19.12.2007, 9 ObA 106/06p, RdW 2008, 145; OGH 27.02.2009, 9 Ob A 161/07b.

²⁴³ OGH 26.01.2006, 8 ObA 7/05w; OGH 07.02.2008, 9 ObA 161/07b.

Recht muss gegenüber der österreichischen Regelung als missverständlich und unzureichend angesehen werden, da § 613a Abs 1 BGB lediglich von einem Übergang eines „Betrieb oder Betriebsteils durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber“ spricht. Insbesondere das Kriterium „Unternehmen“ des Art 1 der RL 2001/23/EG findet sich im Wortlaut der nationalen Regelung gar keine Berücksichtigung.

Der deutsche Gesetzgeber hat es auch nicht für notwendig erachtet, diese Grundregelung aus dem Jahre 1972 klarstellend den veränderten Bestimmungen der europäischen Richtlinien anzupassen. Zumindest im Interesse eines klareren Gesetzeswortlauts wäre dies sinnvoll gewesen, wenngleich aufgrund der zwingenden Interpretation und Auslegung anhand der europäischen Vorgaben nur wenig Handlungsspielraum verblieben ist und letztendlich eine Abkehr von den Begrifflichkeiten Betrieb, Unternehmen hin zu einer wirtschaftlichen Einheit erfolgte.

Bevor der EuGH die wirtschaftliche Einheit prägte, verblieb nationaler Definitionsbedarf, wobei in der Rechtsprechung des BAG auf den betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff²⁴⁴ zurückgegriffen wurde: eine organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sächlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt.²⁴⁵

Dem von dem EuGH geprägten Überbegriff der wirtschaftlichen Einheit jenseits der Begriffe Unternehmen, Betrieb oder jeweils Teilen davon

²⁴⁴ *Preis* in Erfurter Kommentar¹⁴ § 613a BGB Rz 5.

²⁴⁵ BAG 21.01.1988, 2 AZR 480/87, NZA 1988, 838.

folgt das BAG in ständiger Rechtsprechung²⁴⁶ und hat damit den Wortlaut des § 613a Abs 1 BGB europarechtskonform erweitert.

4.3.2 Rechtsprechungslinien und Spijkers-Kriterien

Die allgemeinen Rechtsprechungslinien des BAG orientieren sich zur Recht an den europarechtlichen Vorgaben.

So setzt das BAG bei einem Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB die *Wahrung der Identität einer auf gewisse Dauer angelegten, hinreichend strukturierten und selbstständigen wirtschaftlichen Einheit voraus, wobei sich die Wahrung der Identität aus dem Übergang sachlicher und immaterieller Betriebsmittel, aber auch aus dem Übergang von Personal, Führungskräften, der Übernahme von Arbeitsorganisation und Betriebsmethoden herleiten kann.*²⁴⁷

Im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Umstände²⁴⁸ muss eine im Wesentlichen unveränderte Fortführung der bisher in dieser abgrenzbaren Einheit geleisteten Tätigkeiten möglich sein.²⁴⁹ Dabei reicht die bloße Möglichkeit, den Betrieb selbst unverändert fortführen zu können, nicht für die Annahme eines Betriebsübergangs aus. Vielmehr muss der Betrieb auch tatsächlich weitergeführt werden.²⁵⁰ Keine unveränderte Fortführung liegt vor, wenn der neue Betreiber eine andere Leistung erbringt, den Betriebszweck

²⁴⁶ St Rspr seit BAG 13.11.1997, 8 AZR 295/95, NZA 1998, 251.

²⁴⁷ zB BAG 26.06.1997, 8 AZR 426/95, NZA 1997, 1228; BAG 12.11.1998, 8 AZR 282/97, NZA 1999, 310; BAG 22.01.1998 NZA 1998, 638.

²⁴⁸ BAG 02.12.1999, 8 AZR 796/98, NZA 2000, 369.

²⁴⁹ BAG 27.04.1995, 8 AZR 197/94, NZA 1995, 1155.

²⁵⁰ BAG 13.07.2006, 8 AZR 331/05, NZA 2006, 1357.

ändert oder ein anderes Konzept verfolgt.²⁵¹ Ebenso reicht eine bloße Funktionsnachfolge nicht aus, bei der nur die Tätigkeit ausgeübt oder die Funktion am Markt übernommen wird, ohne Übernahme der Betriebsmittel oder der Belegschaft.²⁵²

In Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH ist eine Gesamtabwägung vorzunehmen, bei der je nach Einzelfall relevante Umstände in Betracht zu ziehen sind: die Art des Betriebs oder des Unternehmens; der Übergang der materiellen Betriebsmitteln wie Gebäude, Maschinen und bewegliche Güter sowie deren Wert und Bedeutung; der Wert der übernommenen immateriellen Betriebsmittel und der vorhandenen Organisation; die Weiterbeschäftigung der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, also des nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des Personals; der etwaige Übergang der Kundschaft und der Lieferantenbeziehungen; der Grad der Ähnlichkeit zwischen denen vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten; die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit²⁵³.

4.3.3 Betriebsmittel-Rechtsprechung des BAG

Dennoch vollzog sich die Europarechtskonformität nur zögerlich, wenn nicht sogar zum Teil widerwillig²⁵⁴, wie es sich in der von dem BAG jahrzehntelang verfolgten Betriebsmittel-Rechtsprechung zeigte.

²⁵¹ BAG 04.05.2006, 8 AZR 299/05, NZA 2006, 1096.

²⁵² BAG 24.08.2006, 8 AZR 317/05, NZA 2007, 1287.

²⁵³ BAG 22.05.1997, 8 AZR 101/96, NZA 1997, 1050; BAG 13.11.1997, 8 AZR 295/95, NZA 1998, 251; BAG 13.11.1997, 8 AZR 375/96, NZA 1998, 1883; BAG 25.05.2000, 8 AZR 416/99, NZA 2000, 1115;

²⁵⁴ *Willemsen* in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung⁴ 771 Rz 7 spricht von einer über Jahrzehnte lang zum Teil völlig parallel zu dem EuGH verlaufenden Judikatur.

Nach der Auffassung des BAG war für das Vorliegen eines Betriebsübergangs der Übergang wesentlicher sächlicher oder immaterieller (insb bei Handels- und Dienstleistungsunternehmen die Kundenbeziehungen, Geschäftspapiere oder Kundenlisten)²⁵⁵ Betriebsmittel notwendig, soweit der Erwerber mit diesen Betriebsmitteln den Betrieb oder Betriebsteil fortführen kann. Allein die Fortführungsmöglichkeit, die das BAG in damals ständiger Rechtsprechung²⁵⁶ forderte, war von einer arbeitnehmerfreundlichen Tendenz geprägt.²⁵⁷

Auf die Übernahme von Teilen der Belegschaft oder Arbeitnehmer stellte das BAG nicht ab, da der Übergang der Arbeitsverhältnisse als Rechtsfolge des Betriebsübergangs und nicht Voraussetzung desselben angesehen wurde (sog „Konfusionsargument“²⁵⁸).²⁵⁹

Erst nach der Entscheidung des EuGH in der Rs *Schmidt* wurde auch durch das BAG die Übernahme von Arbeitnehmern als Indiz für das Vorliegen eines Betriebsübergangs angenommen, insbesondere dann, wenn es sich bei diesen Arbeitnehmern um sog Know-How-Träger handelte.²⁶⁰ Ausdrücklich aufgegeben wurde das Konfusionsargument durch das BAG jedoch erst nach

²⁵⁵ BAG 25.6.1985, 3 AZR 254/83, DB 1985, 2459; BAG 22.05.1985, 5 AZR 30/84, DB 1985, 2409.

²⁵⁶ zB BAG 24.04.1997, 8 AZR 848/94, NZA 1998 253; BAG 18.03.1999, 8 AZR 196/98, NZA 1999, 869; BAG 22.05.1985, 5 AZR 30/84, DB 1985, 2409.

²⁵⁷ Hierzu auch Heilmann, Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs zum Betriebsübergang im Vergleich, ArbuR 1996, 168.

²⁵⁸ *Annuß*, Der Betriebsübergang nach Aysel Sützen, NZA 1998, 71; *Heilmann*, Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs zum Betriebsübergang im Vergleich, ArbuR 1996, 168 ff begründet dies mit unterschiedlichen Ansatzpunkten, da das BAG einen formalistischen Betriebsbegriff definiert, der die betroffenen Arbeitnehmer ausschließt und der EuGH unmittelbar am Schutzzweck der Richtlinie ansetze.

²⁵⁹ Zu ähnlicher Tendenz innerhalb der österreichischen Literatur vgl *Binder AVRAG*² § 3 Rz 13 mwN.

²⁶⁰ BAG 09.02.1994, 2 AZR 781/93, NZA 1994, 612.

der Entscheidung des EuGH in der Rs *Süzen*.

Der EuGH korrigierte dabei Fehlinterpretationen der Entscheidung Rs *Schmidt* und stellte klar, dass eine bloße Tätigkeit nicht ausreicht für Begriff der wirtschaftlichen Einheit. Dies wurde auch als Absage an die von dem BAG bisher vertretene Betriebsmittel-Rechtsprechung angesehen.²⁶¹ Anstelle der Übernahme wesentlicher Betriebsmittel und Fortführungsmöglichkeit wurde nun von dem EuGH der Blick gewandt auf die Absichten des Erwerbers der tatsächlichen Fortsetzung und insbesondere darauf, dass ein Übergang materieller oder immaterieller Betriebsmittel in bestimmten - betriebsmittelarmer - Branchen gar nicht notwendig sei.²⁶²

Soweit das BAG die Übernahme von Know-How-Trägern ein Indiz gewertet hat, war nun die Übernahme oder Nichtübernahme von Personal in bestimmten Branchen ein zentrales und fallentscheidendes Kriterium, dem sich das BAG in einem „Paradigmenwechsel (...) buchstäblich von heute auf morgen“²⁶³ angeschlossen hat.²⁶⁴

Die bisher vertretene Fortsetzungsmöglichkeit war durch das BAG dahingehend abzuändern, dass der Erwerber die wirtschaftliche Einheit tatsächlich fortgeführt oder wieder aufgenommen wird.

Die Entscheidung in der Rs *Süzen* brachte für die deutsche Rechtsanwendung aber auch eine gewünschte Klarstellung, dass eine wirtschaftliche

²⁶¹ Annuß, NZA 1998, 73.

²⁶² EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259 Rz 18.

²⁶³ *Willemsen* in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung⁴ 800 Rz 47.

²⁶⁴ BAG 24.04.1997, 8 AZR 848/94, NZA 1998, 253; BAG 22.05.1997, 8 AZR 101/96, NZA 1997, 1050 stellt ausdrücklich fest, dass die Übernahme von Arbeitnehmern in bestimmten Fällen ein identitätsbestimmendes Kriterium des Tatbestands des § 613 a BGB ist.

Einheit nicht die bloße Tätigkeit sei und dass die wirtschaftliche Einheit eine auf Dauer angelegte Einheit, organisatorische Gesamtheit von Ressourcen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Zielsetzung darstelle, die nach der Gesamtschau der sieben *Spijkers*-Kriterien zu bestimmen sei.

4.3.4 Rechtsprechungslinie zu eigenwirtschaftlicher Nutzung

Eine weitere Rechtsprechungslinie hat das BAG im Hinblick auf die materiellen Betriebsmittel in der Unterscheidung der Tätigkeiten „an“ und „mit“ fremden Betriebsmitteln verfolgt.

Die Frage der sog eigenwirtschaftlichen Nutzung solcher materiellen Betriebsmittel wurde vom BAG in der sieben Punkte Prüfung (entsprechend den *Spijkers*-Kriterien) dann berücksichtigt, wenn solche fremden, dh dem Betrieb oder Unternehmen nicht zugehörigen Betriebsmittel übernommen wurden und über deren Nutzung nach Art und Weise nach eigenwirtschaftlichem Interesse nach entschieden werden konnte. Das BAG formulierte hierbei die Nutzung „innerhalb eigener Verfügungsmacht und auf Grund eigener Kalkulation“.²⁶⁵ War dies gegeben, lag eine eigenwirtschaftliche Nutzung vor, die das BAG als Voraussetzung für die Übertragung von Betriebsmitteln innerhalb der Gesamtschau annahm. Die Übertragung von sächlichen Betriebsmitteln, die nicht eigenwirtschaftlich genutzt wurden, stellte demgegenüber eine Tätigkeit „an“ fremden Betriebsmitteln dar, die bei der Gesamt-

²⁶⁵ BAG 11.12.1997, 8 AZR 426/94, NZA 1998, 532 hinsichtlich eines Caterings; BAG 22.01.1998, 8 AZR 775/96, NZA 1998, 638 und 418/96 NZA 1999, 483 hinsichtlich der Neuvergabe eines Bewachungsauftrags.

schau außer Betracht blieb.²⁶⁶

Diese von dem BAG gezogene Unterscheidung der eigenwirtschaftlichen Nutzung wurde jedoch von dem EuGH nicht aufgegriffen. Insbesondere in der Rs *Abler* wurde mit den sächlichen Betriebsmitteln des Verpächters die Spitalskantine betrieben, die deshalb nach der Rechtsprechungslinie des BAG bei der Übertragung nicht berücksichtigt worden wären. Demgegenüber und in Abweichung einer wohl durch das BAG anders getroffenen Entscheidung²⁶⁷ stellte der EuGH hierauf nicht ab.

In der Rs *Güney Görres* vollzog der EuGH jedoch dann eine klare Ablehnung der durch das BAG gezogenen Unterscheidung zwischen der eigen- oder fremdwirtschaftlichen Nutzung. Diese Unterscheidung war gerade in der Entscheidung des EuGH nicht vorzunehmen²⁶⁸ mit dem Argument, dass sich aus der BÜ-RL ein derartiges Kriterium nicht entnehmen lasse.

Unter diesen Vorgaben des EuGH hatte das BAG in richtlinienkonformer Auslegung seine Rechtsprechung anzupassen²⁶⁹ und das Kriterium der Eigenwirtschaftlichkeit aufzugeben.

Die Unterscheidung zwischen Betriebsmitteln, mit denen der Auftragnehmer arbeitet und an denen er seine Leistung erbringt, bleibt jedoch insoweit prüfungsrelevant, wenn diese Betriebsmittel wie zB bei Bewachungs-, Reinigungs- oder Reparaturtätigkeiten an Einrichtungen des Auftraggebers

²⁶⁶ Vgl zum Ganzen *Willemssen*, "Mit oder an?" - § 613 a BGB und der Wertschöpfungsgedanke, in FS Reinhard Richardi (2007) 475 ff; Schlachter, Betriebsübergang bei "eigenwirtschaftlicher Nutzung" von Betriebsmitteln des Auftraggebers, NZA 2006, 80.

²⁶⁷ ZB BAG 11.12.1997, 8 AZR 426/94, NZA 1998, 532 zum Fall eines Caterings.

²⁶⁸ EuGH 15.12.2005, RS C-232/04, *Güney Görres*, Slg 2005 I, 11237 Rz 39 ff.

²⁶⁹ Geschehen mit Entscheidungen BAG 02.03.2006, 8 AZR 147/05, NZA 2006, 1105; BAG 06.04.2006, 8 AZR 222/04, NZA 2006, 723.

erbracht werden.

Diesen Einrichtungen des Auftraggebers selbst ist kein Betriebsmittelcharakter als Identität der wirtschaftlichen Einheit zuzusprechen, weil diese nicht Voraussetzung, sondern nur den Gegenstand der Tätigkeit bilden. Als Betriebsmittel im Rahmen der *Spijkers*-Kriterien sind diese nicht zu berücksichtigen.²⁷⁰

4.3.5 Rechtsprechung zu identitätszerstörender Eingliederung

In einer weiteren Rechtsprechungslinie verfolgte das BAG die Auffassung, dass die Identität der übernommenen Einheit auf Grund ihrer Eingliederung in den Betrieb des Erwerbers entfallen könne.²⁷¹

Hintergrund dessen ist, dass der Erwerber bei Umstrukturierungen oder Integration in seine eigene Betriebsgliederung die bisher bestehenden Strukturen nicht nutzt, sondern neu aufbauen muss. Dies wurde zumeist als identitätszerstörende Eingliederung angesehen und damit das Fortführen der wirtschaftlichen Einheit verneint.²⁷² Dies wurde in der Beratungspraxis gerne aufgenommen, um bei Übertragungen oder Outsourcing-Sachverhalten dem Vorliegen eines Betriebsübergangs entgegenzuwirken.

Mit der Entscheidung des EuGH in der Rs *Klarenberg* schien zunächst der EuGH diesen vermeintlich sicheren Weg der Beratungspraxis unterbro-

²⁷⁰ Weiter offenbar *Schlachter*, Betriebsübergang bei "eigenwirtschaftlicher Nutzung" von Betriebsmitteln des Auftraggebers, NZA 2006, 80 (83) für den Fall, dass Mittel vertraglich vorgegeben sind.

²⁷¹ BAG 14.08.2007, 8 AZR 1043/06, NZA 2007, 1431.

²⁷² ZB BAG 06.04.2006, 8 AZR 249/04, NZA 2006 1039; BAG 24.04.2008, 8 AZR 268/07, NZA 2008, 1314; BAG 30.10.2008, 8 AZR 855/07, NZA 2009, 723.

chen zu haben. Die mannigfaltige Literatur hierzu lässt diesen Schluss zu.²⁷³

In der Entscheidung vom 12.02.2009 hat der EuGH²⁷⁴ bestätigt, dass grundsätzlich die Organisation zu den Kriterien für die Bestimmung der Identität einer wirtschaftlichen Einheit gehört. Nach Art 1 Abs 1 lit b der BÜ-RL 2001/23/EG wird die Identität einer wirtschaftlichen Einheit einerseits über das Merkmal der Organisation der übertragenen Einheit, andererseits über das Merkmal der Verfolgung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit definiert. Es sei für das Vorliegen eines Betriebsübergangs nicht erforderlich, dass der Übernehmer die konkrete Organisation der verschiedenen übertragenen Produktionsfaktoren beibehalte, sondern die funktionelle Verknüpfung der Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung der Produktionsfaktoren beibehalten werde. Diese erlauben nämlich bereits den Erwerber, die Produktionsfaktoren in ihrer Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung zu nutzen, selbst wenn sie nach der Übertragung in eine neue, andere aber Organisationsstruktur eingegliedert werden, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen.

Dem folgt das BAG in ständiger Rspr seit seiner Entscheidung vom 22.01.2009.²⁷⁵

²⁷³ Gaul/ Ludwig, Wird § 613a BGB jetzt uferlos?, *Der Betrieb* 2011, 298 ff; *Schiefer*, Betriebsübergang gem. § 613a BGB – von Christel Schmidt bis Klarenberg -, *Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer* (2010) 901 ff; *Salamon/Hoppe*, Die Maßgabe der fortbestehenden Organisationsstrukturen für den Betriebsteilübergang nach „Klarenberg“, *NZA* 2010, 989; *Willemssen*, Erneute Wende im Recht des Betriebsübergangs - ein "Christel Schmidt II"-Urteil des EuGH?, *NZA* 2009, 289;

²⁷⁴ EuGH 12.02.2009, Rs C-466/07, *Klarenberg*, *Slg* 2009, I-803 = *NZA* 2009, 251.

²⁷⁵ BAG 22.01.2009, 8 AZR 158/07, *NZA* 2009, 905.

4.3.6 Bereichsausnahme Hoheitliche Tätigkeit

In der Entscheidung der Rs *Scattolon* hat der EuGH bei einem durch Gesetz erfolgten Übergang eines Arbeitsverhältnisses als Hausmeisterin von dem kommunalen Arbeitgeber auf das Ministerium für Unterricht, Universitäten und Forschung den Anwendungsbereich der BÜ-RL für gegeben angesehen.²⁷⁶ Begründet wurde dies damit, dass die Tätigkeit einer wirtschaftlichen Betätigung und nicht einer hoheitlichen (Verwaltungs-)Aufgaben zuzuordnen sei, die von einer öffentlichen Verwaltung auf eine andere übertragen werde.

Soweit ersichtlich würde das BAG in einem solchen Fall die Anwendbarkeit des § 613a BGB zwei Voraussetzungen kumulativ fordern: Das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit und die Übertragung durch Rechtsgeschäft. Eine mit der Rs *Scattolon* durchaus vergleichbare Entscheidung des BAG bzgl. der „Stiftung Oper in Berlin“ verneinte das BAG den Anwendungsbereich des § 613a BGB, da der Übergang unmittelbar durch Gesetz erfolgte.²⁷⁷ In diesem entschiedenen Fall war ein Widerspruchsrecht im Streit, das der Kläger nicht aus der gesetzlichen Grundlage des Stiftungsgesetzes ableiten konnte und deshalb die Anwendbarkeit des § 613a Abs 6 BGB geltend gemacht hat.

Nach der neueren Rechtsprechung des EuGH wird diese Entscheidung und die Prüfungspraxis des BAG in einem für den Arbeitnehmer und seinen Schutz günstigeren Licht zu sehen sein.

²⁷⁶ EuGH 06.09.2011, Rs C-108/10, *Scattolon*, EuZW 2011, 798 = NZA 2011, 1077.

²⁷⁷ BAG 28.09.2006, 8 AZR 441/05, NZA 2007, 352 (Ls).

4.4 Stellungnahme

Im Mittelpunkt der frühen Rechtsfortbildung des EuGH steht zunächst die Definition der wirtschaftlichen Einheit. Die Rechtsprechung hat auch Einzug in die Änderungs-RL 1998 gefunden und bringt inzwischen eine greifbare Kontur der wirtschaftlichen Einheit als Objekt der Übertragung.

Dem EuGH ist zuzustimmen, dass im Ziel und Interesse der Vereinheitlichung der Rechtsprechung die Tatbestandsmerkmale Betrieb oder Unternehmen großzügig auszulegen und anzuwenden sind. Nationale Definitionen dürfen im Interesse der länderübergreifenden Auslegung und Anwendung der Richtlinie keine maßgebliche Bedeutung zukommen, da es die Einheitlichkeit der Rechtsprechung innerhalb der Staatengemeinschaft erfordert, soweit die Richtlinie der Anwendung nationalen Rechts nicht Vorrang gibt, wie dies zB bei der Definition der Arbeitnehmereigenschaft in Art 2 Abs 1 lit d der RL 2001/23/EG der Fall ist.

Es bedurfte daher einer übergeordneten abstrakten Definition, die der EuGH in der wirtschaftlichen Einheit gefunden hat. Insoweit ist es auch konsequent und sachgerecht, dieser Einheit ein Mindestmaß innerer Struktur und Verbundenheit abzuverlangen, die sich bei dem Veräußerer gebildet haben. Nur in diesem Fall erhält der Erwerber eine Einheit, die er sich zunutze machen kann und die auch rechtfertigt, die damit verbundenen Arbeitsverhältnisse bei einem Übergang zu schützen. Sachgerecht ist in der Judikatur des EuGH in diesem Zusammenhang auch, dass es bei dieser Einheit nur auf eine eigene Zielsetzung ankommt und nicht auf die einer etwaig größeren Organisationsstruktur, in die die Einheit einbezogen ist. Anderenfalls wäre der Schutz der Arbeitsverhältnisse strategischen und strukturellen Entscheidungen der Beteiligten ausgesetzt.

Ob es schließlich eines weiteren Kriteriums der Dauerhaftigkeit bedurfte, kann bezweifelt werden. Einerseits ist die Dauerhaftigkeit der Tätigkeit relativ und für sich genommen wenig aussagekräftig. Auch (Reinigungs-)Aufträge sind in aller Regel zeitlich begrenzt. Rechtlich konsequent wäre, die wirtschaftliche Einheit in diesen Fällen genauer zu betrachten. Eine Argumentation wäre auch gewesen, in vergleichbaren Fällen wie der RS *Rygaard* das Fehlen einer wirtschaftlichen Einheit festzustellen, so dass es eines weiteren Kriteriums der Dauerhaftigkeit nicht bedurfte. Der Gleichlauf des aktuellen Arbeitsplatzes mit dem zugehörigen Arbeitsverhältnis als Schutzzweck der BÜ-RL war im Falle der RS *Rygaard* nicht aufgehoben worden. Die betriebliche Organisationseinheit bei der Tischlerei blieb durch die Auftragsvergabe unangetastet, so dass es sich hierbei um einen unerheblichen Fall einer Nachfolge unter gleichzeitiger Veräußerung handelte.²⁷⁸

Hauptaugenmerk der Judikatur des EuGH lag stets darauf, den Übergang der wirtschaftlichen Einheit juristisch greifbar und handhabbar zu machen. Bereits früh in der Rechtsprechung war festzustellen, dass trotz der Einzelfallentscheidungen der Vorabanfrageverfahren ein Bedürfnis bestand, Prüfungsumfang und -kriterien für das Vorliegen eines Betriebsübergangs aufzustellen. Maßgeblich prägte der EuGH dies in der RS *Spijkers* in einer Bewertung von sieben Kriterien im Rahmen einer Gesamtschau. Diese frühe Entscheidung des EuGH in der RS *Spijkers* kann als Referenzentscheidung angesehen werden, auf die insbesondere in späteren Entscheidungen zu der Frage, ob ein Betriebsübergang im Sinne der Richtlinie vorliegt, meist verwie-

²⁷⁸ *Annuß*, Der Betriebsübergang nach „Ayse Sützen“, NZA 1998, 70 (75 f).

sen wird.²⁷⁹ Die Entscheidung in der Rs *Spijkers* stellt außerdem klar, dass der EuGH in Auslegung der Richtlinie davon ausgeht, dass die zu übertragene wirtschaftliche Einheit zum Zeitpunkt des Übergangs bestehen muss und nicht erst zu einer solchen wirtschaftlichen Einheit auf der Erwerberseite wird. Vielmehr bedarf es der Kontinuität dieser Einheit selbst durch die Übertragung. Für das Vorliegen einer solchen wirtschaftlichen Einheit spricht, wenn der neue Inhaber diese mit derselben oder gleichartigen Geschäftstätigkeit tatsächlich weiterführt oder wieder aufnimmt. Damit rückt der EuGH die fortbestehende Funktionsfähigkeit dieser wirtschaftlichen Einheit in den Vordergrund und zwar dahingehend, dass tatsächlich diese beim Inhaber weiterhin oder wieder genutzt wird.

Bis zu der Entscheidung in der Rs *Süzen* war die Linie des EuGH in der für ihn typischen Art der Rechtsprechung nicht immer überzeugend und vielfach von dem legitimen Ziel des effektiven Schutzes des Arbeitsverhältnisses und einer weiten Anwendung der Betriebsübergangsrichtlinien geprägt. Kritik kann geäußert werden an der Art der Entscheidungen, die sich weniger mit der Subsumtion als dem Aufstellen von Rechtssätzen befasst, bei denen der EuGH nicht immer stringent zwischen der wirtschaftlichen Einheit einerseits und dem Übergang andererseits unterscheidet. Vielmehr wird gerade in früheren Entscheidungen wie zB Rs *Schmidt* von der Möglichkeit der Fortführung auf den Übergang einer solchen Einheit geschlossen.

Korrigierend bzw konkretisierend brachte die EuGH-Entscheidung in der Rs *Süzen* zunehmende Klarheit und die wichtige Weichenstellung inner-

²⁷⁹ ZB EuGH 19.05.1992, Rs C-29/91, *Redmond Stichting*, Slg 1992, I-3189 Rz 24; EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259 Rz 14; EuGH 14.04.1994, Rs C-392/92, *Schmidt*, Slg 1994, I-1311 Rz 16.

halb der sieben Kriterien der Spijkers-Entscheidung differenziert nach der betriebsmittelarmen und betriebsmittelgeprägten wirtschaftlichen Einheiten.

Die inzwischen ergangene umfangreiche Rechtsprechung des EuGH zeigt inzwischen ein homogenes Bild in der Auslegung der Betriebsübergangs-RL und eine gesicherte Judikatur. In Randbereichen zeigt die neuere Rechtsprechung zB der Rs *Klarenberg*²⁸⁰, *Albron*²⁸¹ und *CLECE*²⁸² und auch, dass diese noch immer im Fluss ist.

5 Individualrechtliche Rechtsfolgen

5.1 Ex-Lege-Übergang

Individualrechtlich wurde der Übergang des Arbeitsverhältnisses in § 3 Abs 1 AVRAG bzw § 613a Abs 1 BGB als ex-lege-Eintritt des Erwerbers in die Arbeitsverhältnisse ausgestaltet.

Nach der gesetzlichen Formulierung des § 3 Abs 3 S 1 AVRAG bleiben „die Arbeitsbedingungen aufrecht“. Ausnahmen hierzu lassen lediglich die Bestimmungen des AVRAG hinsichtlich des Wechsels der Kollektivvertragsangehörigkeit (§ 4 AVRAG), hinsichtlich betrieblicher Pensionszusagen (§ 5 AVRAG) oder im Hinblick auf die Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen (§ 31 f AVRAG) zu, soweit deren Voraussetzungen vorliegen.

²⁸⁰ EuGH 12.02.2009, Rs C-466/07, *Klarenberg*, Slg 2009, I-803.

²⁸¹ EuGH 21.10.2010, Rs C-242/09, *Albron Catering*, Slg 2010, I-10309.

²⁸² EuGH 20.01.2011, Rs C-463/09, *CLECE*, Slg 2011, I-95.

Auch die bundesdeutsche Regelung des § 613a Abs 1 S 1 BGB spricht von einem Eintritt des neuen Inhabers in die „Rechte und Pflichten“ der im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse.

Der Erwerber ist nach dem Schutzzweck und der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses verpflichtet, das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers und dessen Bedingungen so zu übernehmen, wie diese zum Zeitpunkt des Übergangs bestehen. Dabei kommt es nicht auf den Willen der Parteien an, vielmehr vollzieht sich der Übergang grds außerhalb deren Disposition und sogar gegen deren Willen²⁸³ und unabhängig von einem Kennen oder einem Kennen-müssen.

5.1.1 Betroffene Arbeitsverhältnisse

5.1.1.1 Arbeitnehmerbegriff

Entsprechend dem Schutzzweck der Betriebsübergangsrichtlinie regelt § 3 Abs 1 AVRAG als wesentliche Rechtsfolge den Eintritt des Erwerbers in die zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten.

Geschützt ist daher der von Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer, besser gesagt, das bestehende Arbeitsverhältnis eines Arbeitneh-

²⁸³ OGH 08.10.2008, 9 Ob A 122/08v; *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 79 uVa OGH 26.06.2003, 8 ObA 46/03b, ARD 5457/8/2003 und mwN verweist jedoch auch zu Recht darauf, dass eine Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer möglich sein muss.

mers²⁸⁴. Dabei sind nach Art 2 Abs 2 RL 2001/23/EG Teilzeitarbeitsverhältnisse, befristete Arbeitsverhältnisse oder Leiharbeitsverhältnisse²⁸⁵ ebenfalls umfasst.

§ 3 AVRAG orientiert sich grds am Arbeitnehmerbegriff des § 1151 Abs 1 ABGB²⁸⁶ und erfasst in einem weiten Arbeitnehmerverständnis alle Personen, die für Rechnung eines anderen in einem Unterordnungsverhältnis Arbeit gegen Bezahlung verrichten.²⁸⁷ Geschützt sind alle Formen des Anstellungsverhältnisses, auch die leitender Angestellter und von Lehrlingen.²⁸⁸ Einschränkend werden die in § 1 Abs 2 bis 4 AVRAG genannten Arbeitsverhältnisse grds nicht vom Schutz der § 3 ff AVRAG erfasst sowie die nach § 1 Abs 3 und Abs 4 AVRAG ausgenommen Beschäftigungsverhältnisse nach dem Heimarbeitsgesetz 1960²⁸⁹ und die Arbeitsverhältnisse, für die das Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz (HGHaG²⁹⁰) gilt.

Binder hielt diese Ausnahmeregelungen weitgehend für gemeinschaftswidrig.²⁹¹ Der OGH²⁹² hat nach Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens diese gesetzgeberische Vorgabe mit der Begründung gebil-

²⁸⁴ Der Arbeitnehmerbegriff bestimmt sich nach dem nationalen Recht. Erstmals in der Änderungsrichtlinie RL 98/50/EG wurde niedergelegt, dass sich der Begriff des Arbeitnehmers nach dem jeweiligen einzelstaatlichen Arbeitsrecht bestimmt und somit kein rein gemeinschaftsrechtlicher Begriff ist; vgl. Art 2 Z 1 lit d RL 2001/23/EG.

²⁸⁵ Ein Leiharbeitnehmer, der durch ein Verleihunternehmen an einen Entleiher verliehen wurde, ist jedoch grds nicht als dessen Arbeitnehmer anzusehen. Der EuGH hat im Einzelfall der Rs *Albron* dennoch einen Betriebsübergang eines entliehenen Arbeitnehmers angenommen (EuGH 21.10.2010, Rs C-242/09, *Albron Catering*, Slg 2010, I-10309).

²⁸⁶ *Binder*, DRdA 1996, 5; ausführlich *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 27 ff.

²⁸⁷ OGH 07.10.1998, 9 ObA 193/98t.

²⁸⁸ vgl auch ausführlich *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 80.

²⁸⁹ BGBl Nr 105/1961.

²⁹⁰ BGBl Nr 235/1962.

²⁹¹ *Binder*, DRdA 1996, 5.

²⁹² OGH 09.06.2005, 9 ObA 92/05b.

ligt, dass staatliche Einrichtungen die Betriebsübergangsrichtlinie unmittelbar anzuwenden haben.²⁹³ Gegenüber dem Einzelnen kann sich der Veräußerer jedoch nicht auf diese Richtlinie berufen, sodass er seinen Arbeitnehmern die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zum Erwerber nicht zur Pflicht machen kann.²⁹⁴

Nach den bundesdeutschen Regelungen des § 613a BGB bezieht sich der ex-lege-Übergang auf Arbeitsverhältnisse des bundesdeutschen Arbeitnehmerbegriffs. Selbständige Dienstverhältnisse oder Beamtenverhältnisse sind hiervon ausgenommen.²⁹⁵

5.1.1.2 Bestehendes Arbeitsverhältnis

Der Schutz des Arbeitsverhältnisses bezieht sich nur auf im Zeitpunkt des Übergangs noch nicht beendete Arbeitsverhältnisse. Ruhende Arbeitsverhältnisse werden ebenso erfasst²⁹⁶, da die Frage der Arbeits- oder Vergütungsverpflichtung nicht entscheidend ist. Vielmehr ist die grundsätzlich bestehende rechtliche Verbindung entscheidend, da dieses Arbeitsverhältnis schützenswert ist. Auch bereits gekündigte Arbeitsverhältnisse gehen grundsätzlich im gesetzten Status über, wobei den Haftungsregelungen in § 6 AVRAG, § 613a Abs 2 BGB des Veräußerers und Erwerbers uU besondere Bedeutung zukommt. Lediglich bereits zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs rechtlich beendete Arbeitsverhältnisse werden durch den Betriebsübergang nicht erfasst.

²⁹³ So nun auch *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 3 mit Verweis auf den föderalistischen Aspekt, der eine solche Geltungsbereichsausnahme notwendig machte und prinzipiell von einer unmittelbaren Geltung der Betriebsübergangsrichtlinie ausgeht.

²⁹⁴ OGH 09.06.2005, 9 ObA 92/05b.

²⁹⁵ *Preis* in Erfurter Kommentar¹⁴ § 613a BGB Rz 67.

²⁹⁶ *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 37; *Preis* in Erfurter Kommentar¹⁴ § 613a BGB Rz 68 f.

5.1.2 Zuordnung

Im Urteil in der Rs *Botzen* hat der EuGH ausgeführt, dass für den Übergang der Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer „allein entscheidend sei, ob die Abteilung, der sie angehörten und die den organisatorischen Rahmen bilde, innerhalb dessen sich das Arbeitsverhältnis konkretisiere, übertragen worden sei“.²⁹⁷

Die Arbeitsverhältnisse müssen sich in dem Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil befinden, der übergeht. Nur auf diese beziehen sich die Rechte und Pflichten aus § 3 Abs 1 AVRAG, § 613a BGB.

Die Grenzen sind jedoch mitunter nicht scharf zu ziehen. Gerade in größeren Unternehmensstrukturen und bei Übergang nur eines Betriebsteils oder Unternehmensteils sind die Zuordnungen schwierig. Hinzu kommen Managementstrukturen (zB Matrix-Strukturen), bei denen Mitarbeiter mehreren Bereichen zugeordnet sind.

Der EuGH hat in der Entscheidung RS *Botzen*²⁹⁸ eine enge Handhabung angenommen und ausgeführt, dass sich Art 3 Abs 1 der RL nur auf die unmittelbar beschäftigten Arbeitnehmer beziehe und Außenstehende, selbst wenn diese mit Betriebsmitteln des übertragenen Betriebsteils arbeiten oder sonst für diesen Betriebsteil arbeiten, nicht erfasst würden.

Auch der OGH sieht Berührungspunkte und Überschneidungen zu anderen Bereichen für unschädlich an.²⁹⁹ Zu klären ist aber zunächst in einer

²⁹⁷ EuGH 07.02.1985, Rs 186/83, *Botzen*, Slg 1985, 519 Rz 14.

²⁹⁸ EuGH 07.02.1985, Rs 186/83, *Botzen*, Slg 1985, 519 = ZIP 1985, 828.

²⁹⁹ OGH 11.06.2001, RdW 2001, 760.

formalen Betrachtungsweise die objektive Zuordnung³⁰⁰ des Arbeitsverhältnisses zu der wirtschaftlichen Einheit. Dem folgt grds auch das BAG, das auf die tatsächliche Eingliederung zu dem übergehenden Teil abstellt.³⁰¹

*Binder*³⁰² geht in Einzelfällen nicht klarer Zuordnung zu der wirtschaftlichen Einheit davon aus, die Zuordnung daran zu orientieren, ob eine identische Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bei dem Erwerber besteht und das betreffende Arbeitsverhältnis wegen Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit bei dem Veräußerer bedroht ist.

Nicht in jedem Fall wird dies jedoch ein eindeutiges Ergebnis bieten, so zB bei sog Matrix- oder Querschnittsfunktionen, bei dem Aufgabenbereiche einerseits der übergehenden wirtschaftlichen Einheit zuzurechnen sind, andererseits jedoch auch anderen wirtschaftlichen Einheiten zuzurechnen ist, die nicht übergehen.

*Risak*³⁰³ argumentiert zunächst dafür, zum Schutz des Arbeitnehmers auch bei einem Übergang das Arbeitsverhältnis aufzuspalten bzw aufzuteilen, was jedoch einerseits unpraktikabel und zum anderen nicht mit der BÜRL zu vereinbaren wäre. Schließlich kommt *Risak* mit überzeugenden Argumenten dazu, auf die überwiegend ausgeübte Tätigkeit abzustellen und im Zweifel, dh wenn kein Schwerpunkt festgestellt werden kann, dazu, dass das Arbeitsverhältnis nicht dem Betriebsteil zugeordnet werden kann und bei

³⁰⁰ Nach dem Überwiegen des Schwerpunktes der Tätigkeit vgl OGH 28.08.1997, 8 ObA 91/97h, ZAS 19 98,143 (*Winkler*) = DRdA 1998,284 (*Wahnest*).

³⁰¹ *Preis* in Erfurter Kommentar¹⁴ § 613a BGB Rz 71 f mwN.

³⁰² *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 82 mVa die Ausführungen von *Alvensleben*, Betriebsübergang 230 ff (234) und *Buchner*, ZAS 1997, 77.

³⁰³ *Risak*, Die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen zum übergehenden Betrieb/Betriebsteil, ZAS 2001, 44 (49).

dem Veräußerer verbleibt.³⁰⁴

Das BAG³⁰⁵ legt den Schwerpunkt zunächst auf das durch den Arbeitgeber im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis angewandte Direktionsrecht iSv § 106 GewO, mit dem Arbeitnehmer die Arbeitspflicht in arbeitsvertraglichen, gesetzliche und/oder kollektiv-rechtlichen Grenzen zuzuweisen.

Ist in rechtmäßiger Ausübung des Direktionsrechts eine eindeutige Zuordnung erfolgt, gilt diese auch für einen etwaigen Übergang dieser wirtschaftlichen Einheit. Dennoch ist dies nicht dahingehend zu verstehen, dass es dem Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechts stets unbenommen sei, Arbeitnehmer in eine übergehende Einheit zu versetzen.³⁰⁶ Vielmehr wird die gewillkürte Verschiebung zulasten einzelner Arbeitnehmer als treuwidrig anzusehen sein.³⁰⁷

5.1.3 Zeitpunkt

§ 3 Abs 1 AVRAG spricht insoweit lediglich davon, dass ein Betrieb oder ein Betriebsteil auf einen anderen Inhaber übergeht. *Binder* stellt zunächst unter Verweis auf § 1409 ABGB und bzgl der „Übernahme“ darauf ab, dass der Übergang zu dem Zeitpunkt vorliegen könne, der sich am Vollzug

³⁰⁴ *Risak*, ZAS 2001, 44 (50).

³⁰⁵ BAG 21.02.2013, 8 AZR 877/11, BB 2013, 1853 ff.

³⁰⁶ In der Entscheidung des BAG 21.02.2013, 8 AZR 877/11, BB 2013, 1853 ff wurde eine Zuordnung im Rahmen eines Interessenausgleichs zwischen BR und Arbeitgeber keine bindende Wirkung zu gesprochen, da dies als eine nachträgliche Zuordnung unter Verstoß gegen § 613a BGB angesehen wurde.

³⁰⁷ Instrukтив *Elking/Aszmons*, Nicht zuzuordnende Arbeitsverhältnisse beim Betriebsübergang – Neue Rechtsprechung, Theorie und Praxisempfehlung, BB 2014, 373 ff; *Elking*, Zuordnungsentscheidung und Versetzung vor Betriebsübergang, NZA 2014, 295.

der sachenrechtlichen Vorschriften bemessen lässt.³⁰⁸ Im Interesse des Gleichlaufs verschiedener Rechtsbereiche wäre dies wünschenswert, dürfte aber nicht mit dem Schutzzweck der Regelungen zum Betriebsübergang zu vereinbaren sein.

Vielmehr wird in der Rechtsprechung des EuGH, OGH³⁰⁹ und BAG³¹⁰ auf den Übergang der tatsächlichen Verfügungsmacht³¹¹ abgestellt.³¹²

5.1.4 Inhalt des ex-lege-Übergangs

5.1.4.1 Individual-rechtliche Inhalte

Der Eintritt des Erwerbers in das bestehende Arbeitsverhältnis erfolgt grds als neuer Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten. Mit dem Schutzzweck der Betriebsübergangsrichtlinie ist es nur dann vereinbar, dass unter Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses dieses Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber fortgeführt werden muss. Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit zurückgelegten oder anerkannten Zeiten der Betriebszugehörigkeit³¹³,

³⁰⁸ Vgl hierzu auch *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 75.

³⁰⁹ OGH 28.08.1997, 8 ObA 91/97h, DRdA 1998,284 = ZAS 1998,143.

³¹⁰ BAG 06.02.1985, 5 AZR 411/83, NZA 1985, 735; BAG 26.03.1996, 3 AZR 965/94, NZA 1997,94.

³¹¹ Sehr instruktiv und umfassend zur tatsächlichen Betriebsführung: *Krause*, Die tatsächliche Betriebsführung als konstitutives Erfordernis des Betriebsübergangs, ZfA 2001, 67 ff.

³¹² EuGH 14.11.1996, Rs C-305/94, *Rotsart de Hertaing* ua, Slg 1996, I-5927; EuGH 26.05.2005, Rs C-478/03, *Celtec Ltd.*, Slg. 2005, I-4389; *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 76 mwN.

³¹³ Zu beachten ist, dass das Dienstalder an sich stellt noch kein Recht dar (vgl. EuGH 14.09.2000, Rs C-343/98, *Collino*, Slg 2000, I-6659.). Nur wenn dieses dazu dient, finanzielle Rechte der Arbeitnehmer zu bestimmen, muss unter Berücksichtigung von der EuGH Entscheidung RS *Scattolon* (Rs C-108/10, NZA 2011, 1077) genauer Sinn und Zweck geprüft werden.

Urlaubsansprüchen, Entgeltbedingungen uä sind aufrecht zu erhalten.³¹⁴ Lediglich der Arbeitgeber ändert sich.

5.1.4.2 Kollektiv-rechtliche Inhalte

Grundsätzlich werden durch den Betriebsübergang nach § 3 Abs 1 AVRAG, § 613a Abs 1 S 1 BGB auch auf das Arbeitsverhältnis einwirkende kollektiv-rechtliche Bestimmungen nicht beseitigt. Geltende Betriebsvereinbarungen und/oder tarifvertragliche Bestimmungen bleiben grundsätzlich aufrecht.

Ob und inwieweit kollektivvertragliche Bestimmungen mit Auswirkung auf das Arbeitsverhältnis über diesen Grundsatz hinaus eine Abänderung erfahren können, hängt von mehreren Faktoren ab. Die unterschiedlichen Ausprägungen kollektivvertraglichen Normen in Österreich und Deutschland lassen im Zuge dieser Untersuchung nur eine grobe Skizzierung zu. Die Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen ist insoweit weniger problematisch. Diese gelten fort, wenn die Betriebsidentität im Wesentlichen erhalten bleibt.

Weit umfangreicher und problematischer ist die Rechtslage im Hinblick auf die tarifvertragliche Bindung und die Geltung von tarifvertraglichen Regelungen im bzw auf das Arbeitsverhältnis. Besteht eine tarifvertragliche Regelung lediglich in Form einer statischen oder dynamischen Bezugnahme auf einen Tarifvertrag, wird dieser Tarifvertrag lediglich individualvertraglich in Bezug genommen und diese Regelung geht nach der Grundvorschrift des Betriebsübergangs in § 3 Abs. 1 AVRAG, § 613a Abs 1 Satz 1 BGB mit über.

³¹⁴ Vgl im Einzelnen *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 137 ff; *Preis* in Erfurter Kommentar¹⁴ § 613a BGB Rz 73 ff.

Dies gilt zumindest dann, wenn weder der Arbeitgeber noch der Arbeitnehmer tarifgebunden waren. Der Erwerber ist an die individualvertragliche Regelung weiterhin gebunden.³¹⁵

Nach § 613a Abs 1 S 2 BGB werden Rechte und Pflichten aus den Rechtsnormen eines Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer. Die parallele Vorschrift im österreichischen Recht stellt der § 4 Abs 1 AVRAG dar, der ebenfalls regelt, dass die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen in gleichem Maße aufrechtzuerhalten sind, wie sie in den Kollektivvertrag für den Veräußerer vorgesehen waren. Dies gilt zumindest bis zur Kündigung oder zum Ablauf des Kollektivvertrages oder bis zum Inkrafttreten oder bis zur Anwendung eines anderen Kollektivvertrages.

In beiden Fällen, dem § 4 Abs 1 AVRAG und § 613a Abs 1 S 2 BGB gilt dies zumindest für die Zeitdauer von einem Jahr nach Betriebsübergang. Die nationalen Regelungen entsprechen damit den europarechtlichen Vorgaben des Art 3 Z 3 der BÜ-RL 2001/23/EG, begrenzt auf das Mindestmaß der Fortgeltung kollektiv-rechtlicher Bestimmungen von einem Jahr. Damit werden die Inhalte der Kollektivregelungen zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses transformiert. Dies erfolgt statisch, dh auf den Stand zum Zeitpunkt des Übergangs des Arbeitsverhältnisses, so dass spätere Veränderungen sich nicht -dynamisch- auswirken.³¹⁶ Der Regelungsgehalt dieser Normen bezieht sich als

³¹⁵ Zur Problematik, ob dynamische Bezugnahme- und Verweisungsklauseln nach den Entscheidungen des EuGH in den Rs *Werhoff*, *Alemo-Herron* und *Scattolon* noch Bestand haben können vgl. *Commadeur/Kleinebrink*, Das Ende der dynamischen Verweisungsklauseln beim Betriebsübergang, BB 2014, 181.

³¹⁶ *Binder*, AVRAG² § 4 Rz 5; *Preis* in Erfurter Kommentar¹⁴ § 613a BGB Rz 112.

Art Auffangregelung³¹⁷ darauf, dass zumindest bei der Veränderung der kollektivrechtlichen Bezugssysteme die bisherigen Regelungen und Standards auch nach dem Betriebsübergang vom Erwerber zu einem Zeit von einem Jahr beachtet und gewährt werden müssen.³¹⁸ Man spricht insoweit auch von einer Transformation³¹⁹ der kollektivrechtlichen Bestimmungen in das Arbeitsverhältnis. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Erwerber selbst nicht tarifgebunden bzw kollektivvertragsfrei³²⁰ ist.

Dies gilt jedoch dann nicht, wenn diese Rechten und Pflichten der neuen Inhaber durch kollektiv-rechtlichen Normen eines anderen Tarifvertrages oder einer anderen Betriebsvereinbarung geregelt werden (§ 613 Abs 1 S 3 BGB). Sinn und Zweck dieser Regelung ist, dass beim Erwerber geltende kollektiv-rechtlichen Bestimmungen per se einen Mindeststandard begründen, der es erlaubt, den bisherigen durch kollektivvertragliche Regelungen geschalteten Standards des Veräußerers abzuweichen, soweit dieser einen identischen Regelungsbereich umfasst und selbst wenn dieser negativ abweichende Bedingungen vorsieht.³²¹

Die sog normative Weitergeltung der Kollektivverträge geht der Transformation vor. Normativ wirken die Kollektivverträge auch nach Betriebsübergang weiter, wenn eine identische Kollektivvertrags-Angehörigkeit von

³¹⁷ Jacobs, Fortgeltung und Änderung von Tarif- und Arbeitsbedingungen, NZA 2009, Beilage 1, 45 (46).

³¹⁸ Zu den Abweichungen der einjährigen Veränderungssperre s auch § 613a Abs 1 S 4 BGB, § 4

³¹⁹ Das BAG geht von einer Transformation mit kollektivem Charakter aus, in der dt Lit sog Sukzessionsmodell genannt, vgl *Preis* in Erfurter Kommentar¹⁴ § 613a BGB Rz 112.

³²⁰ *Binder*, AVRAG² § 4 Rz 13.

³²¹ Vgl *Preis* in Erfurter Kommentar¹⁴ § 613a BGB Rz 123.

Veräußerer und Erwerber vorliegt.³²² Voraussetzung hierfür ist jedoch die beidseitige Tarifbindung, dh die Mitgliedschaft des Arbeitnehmers zu der tarifschließenden Gewerkschaft und die Mitgliedschaft des Erwerbers in einem Arbeitgeberverband oder als Partei eines Firmentarifvertrages. Der Arbeitnehmer ist hinsichtlich seiner kollektiv-rechtlichen Rechte und Pflichten insoweit nicht negativ durch den Betriebsübergang tangiert, weshalb insoweit auch eine Transformation und eine Veränderungssperre von mindestens einem Jahr keine Anwendung findet.

Erfolgt jedoch nach bisheriger beidseitiger kollektivvertraglicher Bindung des Arbeitnehmers und des Veräußerers der Betriebsübergang auf einen Erwerber mit abweichender Kollektivvertragsbindung, gilt im dt Recht die sog Ablösung nach § 613a Abs 1 S 3 BGB.³²³ Die Fortgeltung der bisherigen kollektivvertraglichen Bestimmungen des Veräußerer-Betriebs gelten nicht im Erwerberbetrieb weiter, sondern werden durch diese Kollektivregelungen ersetzt. Voraussetzung hierfür ist jedoch aber, dass Arbeitnehmer und Erwerber weiterhin jeweils Mitglied der entsprechenden Tarifparteien des beim Erwerber geltenden Tarifvertrages sind oder auf das Arbeitsverhältnis ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag (§ 5 TVG) nach deutschem Recht zur Anwendung kommt. Da die kollektivrechtliche Ablösung im Sinne von § 613a Abs 1 Satz 3 BGB auch zu einer negativen Abweichung führen kann, ist die gesetzliche Regelung in Deutschland abweichend von § 4 Abs 2 AVRAG als unvollkommen zu bezeichnen.

§ 4 Abs 2 AVRAG sieht eine Veränderungssperre insbesondere in Bezug auf das bisherige kollektiv-vertragliche Entgelt vor. Eine solche Regelung

³²² Vgl auch erste Fallgruppe von *Binder*, AVRAG² § 4 Rz 6.

³²³ *Preis* in Erfurter Kommentar¹⁴ § 613a BGB Rz 123 ff.

fehlt im bundesdeutschen Recht des Betriebsübergangs. Dies wird inzwischen im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH in der Rs *Scattolon* kritisch gesehen.³²⁴

Obwohl grundsätzlich nach Art 3 Z 3 RL 2001/23/EG der neue Kollektivvertrag den alten abgelöst, darf die Ablösung jedoch nicht dazu führen, dass insgesamt schlechtere Arbeitsbedingungen nach dem Übergang für den Arbeitnehmer bestehen. In der EuGH-Entscheidung der Rs *Scattolon* wird argumentiert, dass dies dem Ziel der Richtlinie zuwiderlaufe.

Aufgrund der in Österreich geltenden Branchen-Kollektivverträge sind das Tarifgefüge und die Normen zum Kollektivvertragswechsel aufgrund des Betriebsübergangs unterschiedlich ausgeprägt. Kommt es durch einen Betriebs(teil)übergang zu einem Wechsel der Zugehörigkeit der kollektivvertragsfähigen Arbeitgeberorganisation, erfolgt dadurch auch ein Wechsel der Kollektivverträge.³²⁵ In diesem Fall sind die Arbeitnehmer durch die Veränderungssperren des § 4 Abs 2 AVRAG im Entgelt und des Bestandschutzes abgesichert, weil diese durch den Wechsel der Kollektivvertragsangehörigkeit infolge des Betriebsüberganges nicht geschmälert werden dürfen.³²⁶ Ist der Erwerber jedoch kollektivvertragsfrei, regelt § 8 Z 2 ArbVG eine Kollektivvertragsangehörigkeit des Erwerbers, auf den der Betrieb oder ein Teil des Betriebs des kollektivvertragsangehörigen Veräußerers übergeht.³²⁷

³²⁴ EuGH 06.09.2011, Rs C-108/10, *Scattolon*, NZA 2011, 1077; krit *Preis* in Erfurter Kommentar¹⁴ § 613a BGB Rz 125 mwN.

³²⁵ *Schrank*, Kollektivvertragsrechtsfragen bei Ausgliederung und Umstrukturierungen, *ecolex* 2000, 660 (661); dritte Fallgruppe von *Binder*, AVRAG² § 4 Rz 9.

³²⁶ Zu den Lit Meinungen zur Auflösung von Konkurrenzen der Veräußerer und Erwerber Kollektivverträge s *Binder*, AVRAG² § 4 Rz 10 und *Schrank*, *ecolex* 2000, 660 (661).

³²⁷ Zu den daraus resultierenden Lücken s *Binder*, AVRAG² § 4 Rz 7 f.

5.2 Die Ausnahme von bzw Beseitigung der ex-lege Wirkung

5.2.1 Das Widerspruchsrecht

5.2.1.1 Die deutsche Regelung

Im bundesdeutschen Recht des Betriebsübergangs bestimmt § 613a Abs 6 BGB ein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers, das innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach § 613a Abs 5 BGB schriftlich ausgeübt werden kann. Dieser Widerspruch ist gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber oder dem neuen Inhaber zu erklären.³²⁸

Mit dem Widerspruch beseitigt der Arbeitnehmer rückwirkend den ex-lege-Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber. Das Arbeitsverhältnis wird daher mit dem Veräußerer fortgeführt.³²⁹ Das im Gegensatz der österreichischen Regelung allumfassende und auch grundlos ausübbares Widerspruchsrecht wurde durch den EuGH in der Rs *Katsikas*³³⁰ gebilligt, wenngleich es in der BÜ-RL zu keinem Zeitpunkt verankert wurde.

5.2.1.2 Die österreichischen Regelungen

5.2.1.2.1 Anerkennung eines allgemeinem Widerspruchsrechts

³²⁸ Zu den Fragen, ob und wann der Arbeitnehmer auf das Widerspruchsrecht verzichten kann vgl *Pils*, Der Verzicht auf das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB, BB 2014, 185.

³²⁹ Zu den Auswirkungen der Zeit zwischen Betriebsübergang und Widerspruch vgl *Preis* in Erfurter Kommentar¹⁴ § 613a BGB Rz 105.

³³⁰ EuGH 16.12.1992, Rs C-132/91, *Katsikas*, Slg 1992, I-6577.

Ein Widerspruchsrecht³³¹ des Arbeitnehmers gegen diesen gesetzlichen Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber kennt das österreichische Recht im Allgemeinen nicht. Der OGH³³² hat in seiner Entscheidung vom 23.05.1997 ausnahmsweise ein allgemeines Widerspruchsrecht angenommen, wenn dem Arbeitnehmer die Begründung des Arbeitsverhältnisses zum Erwerber unzumutbar ist.

Darüber hinaus wird ein allgemein geltendes Widerspruchsrecht aber abgelehnt.³³³ Der OGH setzt sich der Entscheidung vom 22.02.2011 detailliert mit den Literaturmeinungen und den europarechtlichen Vorgaben auseinander. Zu Recht geht er dabei davon aus, dass eine europarechtliche Vorgabe hinsichtlich der Anerkennung eines allgemeinen Widerspruchsrechts nicht besteht, da die BÜ-RL den Erhalt der Rechtsposition der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang bezwecken und jedoch nicht die Fortsetzung des Arbeitsvertrags oder -verhältnisses mit dem Veräußerer.³³⁴ Auch in der Rs *Katsikas*³³⁵ stellt der EuGH klar, dass aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht und der BÜ-RL keine Vorgaben eines Widerspruchsrechts der Arbeitnehmer zu entnehmen seien. Vielmehr kann der jeweilige Mitgliedstaat in der Umsetzung der BÜ-RL in das nationale Recht auch vorsehen, dass das Arbeitsverhältnis

³³¹ Vgl hierzu insgesamt *Köck*, Widerspruch des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang, *ecolex* 1993, 547; *Schwarz-Löschnig*, Arbeitsrecht aus trüber Quelle, *ÖJZ* 1994, 223; *Tomandl*, Arbeitsrechtliche Konsequenzen beim Betriebsübergang eines Betriebsteiles, *ZAS* 1993, 306.

³³² OGH 23.05.1997, 8 ObA 105/97t = DRdA 1998, 106 (*Runggaldier*) = ASok 1997, 343 (*Gahleitner*) = DRdA 1997, 420 (*Mayr*) = RdW 1997, 611 (*Andexlinger*) = RdW 1997, 610 (*Holzer*) = WBI 1997, 435 (*Grillberger*).

³³³ OGH 22.02.2011, 8ObA41/10b.

³³⁴ EuGH 05.05.1988, Rs C-144/87 und C-145/87, *Berg/Busschers* ua, Slg 1988, 2559 Rz 11 ff.

³³⁵ EuGH 16.12.1992, Rs C-132/91, *Katsikas*, Slg 1992, I-6577.

damit als vom Arbeitnehmer oder auch vom Arbeitgeber beendet gilt.³³⁶ Die Wahlmöglichkeit zum Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zum Veräußerer ist gerade nicht bezweckt und auch zur Erreichung des Schutzes notwendig.

In der österreichischen Literatur wird ebenfalls weitgehend ein allgemeines Widerspruchsrecht abgelehnt.³³⁷ Nicht wenige haben sich jedoch auch für die Ausweitung in Form eines allgemeinen Widerspruchsrechts ausgesprochen.³³⁸ Die Entscheidung des OGH ist indes eindeutig. Der Gesetzgeber hat im Falle des Betriebsübergangs im § 3 Abs 1 AVRAG ganz allgemein die Rechtsfolge des Übergangs der Arbeitsverhältnisse vorgesehen. Ein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers wird ausdrücklich und nur unter den Voraussetzungen in § 3 Abs 4 AVRAG geregelt für bestimmte Fälle einer massiver Interessenbeeinträchtigung der Arbeitnehmer.

Ein über die vorgesehenen Fälle hinausgehendes Widerspruchsrecht wird hingegen dort zu bejahen sein, wo ein den Widerspruchsgründen des § 3 Abs 4 AVRAG gleichgewichtiger Grund für den Widerspruch vorhanden war,

³³⁶ EuGH 07.03.1996, Rs C-171/94 und C-172/94, *Merckx und Neuhuys*, Slg 1996, I-1253 Rz 35.

³³⁷ So zB *Runggaldier*, Betriebsübergang und Übergang der Arbeitsverhältnisse - Anmerkungen zum Entwurf eines Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, RdW 1992, 375 ff; *Schrank*, Eintrittsautomatik bei Betriebsübergang, ecolex 1993, 541 f; *Köck*, Widerspruch des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang, ecolex 1993, 547; *Tomandl*, Arbeitsrechtliche Konsequenzen beim Übergang eines Betriebsteiles, ZAS 1993, 193 f.

³³⁸ *Schrammel*, Rechtsfragen des Betriebsübergangs, ZAS 1996, 6 f; *Binder*, Die Österreichische Betriebsübergangsregelung - eine geglückte Bedachtnahme auf die europarechtlichen Vorgaben?, DRdA 1996, 1; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht aus trüber Quelle, ÖJZ 1994, 217 ff; *Tinhofer*, Der Wechsel des Vertriebshändlers als Betriebsübergang - Anmerkungen zum Urteil des EuGH vom 7. 3. 1996, Rs C-171 und C-172/94, *Merckx gegen Ford Motors Company*, RdW 1996, 211 ff; Differenzierend, insbesondere darauf zielend, ob die Fortsetzung zumutbar sei: *Wachter*, Widerspruchsrecht und privilegierte Kündigung des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang, in FS Gitter, 1023 ff; *Köck*, Widerspruch des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang, ecolex 1993, 547 f.

darauf aber vom Gesetzgeber offenkundig nicht Bedacht genommen wurde³³⁹ oder in besonders gelagerten Einzelfällen, dass die „Person“ des Arbeitgebers auch als Inhalt des Arbeitsvertrags anzusehen ist, wenn etwa auch zu Ausbildungszwecken ein Arbeitsverhältnis zu einem besonderen Künstler begründet wird. Schließlich muss in Einzelfällen geprüft werden, ob ein Rechtsmissbrauch vorliege.³⁴⁰

5.2.1.2.2 Das Widerspruchsrecht des § 3 Abs 4 AVRAG

Gesetzlich normiert wird ein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers gegen den von Gesetzes wegen durchgeführten Übergang seines Arbeitsverhältnisses in den Voraussetzungen des § 3 Abs 4 AVRAG, wenn der Erwerber entweder die Übernahme eines kollektivvertraglichen Bestandsschutzes nach § 4 AVRAG oder eine auf Einzelvertrag beruhende betriebliche Pensionszusage nach § 5 AVRAG ablehnt.³⁴¹

In der ersten Alternative des § 3 Abs 4 AVRAG bezieht sich das Widerspruchsrecht darauf, dass der Betriebsübergang zu einem Wechsel der Kollektivvertragszugehörigkeit iSv § 8 ArbVG führen kann. In diesem Fall löst der nach Übergang nun anzuwendende Kollektivvertrag den bisherigen ab (§ 4 Abs 1 AVRAG) und zwar uU auch zu ungünstigeren Bedingungen.

Die Regelungssperre des § 4 Abs 2 S 1 AVRAG besteht lediglich des Entgelts und auch die Transformation der kollektivrechtlichen Bestimmungen nach § 4 Abs 2 S 2 AVRAG findet nur statt, wenn das Unternehmen des Veräußerers im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang nicht weiter besteht.

³³⁹ Vgl zum Verlust des Bestandsschutzes OGH 23.05.1997, 8 ObA 105/97t.

³⁴⁰ OGH 19.12.2007, 9 ObA 106/06p.

³⁴¹ Vgl *Egger*, Arbeits- und Sozialrecht² 479; *Pelzmann* Rz 68; *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 100.

Dies ist regelmäßig bei einem Betriebsteilübergang nicht der Fall. Werden in diesen Fällen die die Bestandsschutzregelungen des bisherigen Kollektivvertrags nicht übernommen, kann der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechen. Zu den Bestandsschutzregelungen iSd § 3 Abs 4 AVRAG gehören alle Kollektivregelungen, die die Kündigung des Arbeitsverhältnisses erschweren oder unmöglich machen, wie zB verlängerte Kündigungsfristen, Regelungen zu Unkündbarkeit uä.³⁴²

Nach § 5 Abs 1 S 1 AVRAG wird eine auf Einzelvereinbarung beruhende betriebliche Pensionszusage Inhalt des Arbeitsvertrages zwischen Arbeitnehmer und Erwerber, wenn der Erwerber Gesamtrechtsnachfolger ist. Liegt jedoch keine Gesamtrechtsnachfolge vor, kann der Erwerber gemäß § 5 Abs 1 S 2 AVRAG durch rechtzeitigen Vorbehalt die Übernahme einer solchen betrieblichen Pensionszusage ablehnen.

Auch in diesem Fall hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, dem Betriebsübergang zu widersprechen.

5.2.1.3 Ausübung des Widerspruchs

Gemäß § 3 Abs 4 S 2 AVRAG hat der Arbeitnehmer den Widerspruch innerhalb eines Monats ab Ablehnung der Übernahme oder bei Nichtäußerung des Erwerbers zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges innerhalb eines Monats nach Ablauf einer vom Arbeitnehmer gesetzten angemessenen Frist zur Äußerung zu erfolgen. Widerspricht der Arbeitnehmer, so bleibt sein Arbeitsverhältnis zum Veräußerer unverändert aufrecht (§ 3 Abs 4 S 3

³⁴² Vgl auch *Binder*, AVRAG² § 4 Rz 20 f.

AVRAG).³⁴³

5.2.2 Die Kündigung

5.2.2.1 Kündigung vor dem Übergang

Eine vor dem ex-lege-Übergang des Arbeitsverhältnisses ausgesprochene arbeitgeber- oder arbeitnehmerseitige Kündigung berührt den Übergang grds nicht. Das gilt auch dann, wenn die Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen und das Arbeitsverhältnis noch nicht beendet ist. Insoweit geht das gekündigte Arbeitsverhältnis zunächst mit über und zwar in dem status quo als gekündigtes Arbeitsverhältnis.

5.2.2.2 Arbeitnehmerkündigung vor oder nach Übergang

Der Arbeitnehmer hat nach allgemeinen Regeln sowohl vor als auch nach Übergang seines Arbeitsverhältnisses die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der individuellen (vertraglichen, gesetzlichen oder kollektivvertraglichen) Fristen zu kündigen. Selbstverständlich ist er nach Sinn und Zweck der BÜ-RL darin nicht beschränkt, wenn diese Kündigung auf das dauerhafte Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis gerichtet ist und keine Absprachen hinzukommen, die ggf eine Umgehung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses aufgrund des Betriebsübergangs begründen könnten.³⁴⁴

Nach § 3 Abs 5 AVRAG hat der Arbeitnehmer jedoch auch die Möglich-

³⁴³ Zu den weitergehenden Rechtsproblemen der Ausübung und den Rechtsfolgen vgl *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 109 ff.

³⁴⁴ Vgl BAG 27.09.2012, 8 AZR 826/11, BB 2013, 2235 ff (*Lipinski*).

keit, sein übergegangenes Arbeitsverhältnis zu dem Erwerber begünstigt³⁴⁵ aufzulösen. Diese Privilegierung greift dann, wenn sich die Arbeitsbedingungen nach dem Betriebsübergang aufgrund des anzuwendenden Kollektivvertrags oder der anzuwendenden Betriebsvereinbarungen wesentlich verschlechtern. Der Arbeitnehmer kann innerhalb eines Monats ab dem Zeitpunkt, ab dem er die Verschlechterung erkannte oder erkennen musste, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der individuellen Kündigungsfristen kündigen. Die Kündigung kann bereits vor dem Betriebsübergang gegenüber dem Veräußerer ausgesprochen werden.³⁴⁶

Dem Arbeitnehmer stehen dann die zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gebührenden Ansprüche wie bei einer Arbeitgeberkündigung zu (§ 3 Abs 5 AVRAG) und er behält insbesondere seine Ansprüche auf Abfertigung und Sonderzahlungen.³⁴⁷ Zur Feststellung, ob die Voraussetzung der privilegierten Kündigung nach § 3 Abs 5 AVRAG vorliegen, kann der Arbeitnehmer gemäß § 3 Abs 6 AVRAG innerhalb eines Monats ab Kenntnis der Änderung der Arbeitsbedingungen eine Feststellungsklage erheben mit dem Ziel, durch das Gericht klären zu lassen, ob eine wesentliche Verschlechterung³⁴⁸ der Arbeitsbedingungen vorliegt. Gegebenenfalls hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, innerhalb eines Monats ab Rechtskraft des Urteils das Arbeitsverhältnis nach § 3 Abs. 5 AVRAG durch Kündigung gegenüber dem Erwerber auflösen.

Eine dem österreichischen Recht vergleichbare Norm der privilegier-

³⁴⁵ *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 121 spricht von der begünstigten Kündigung als außerordentliche Kündigung unter Einhaltung der Kündigungsfrist.

³⁴⁶ OGH 22.02.2011, 8 ObA 41/10b.

³⁴⁷ *Pelzmann*, Rz 148; *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 120.

³⁴⁸ Vgl hierzu ausführlich *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 123 ff.

ten Arbeitnehmerkündigung besteht im deutschen Recht nicht. Dies liegt insbesondere in dem Fehlen vergleichbarer Folgen der Kündigung, wie zB von Abfertigungsansprüchen.

5.2.2.3 Arbeitgeberkündigung

Ein ausdrückliches Verbot der übergangsbedingten Kündigung hat keinen Eingang in die Regelung des § 3 AVRAG gefunden, wenngleich dies in Art 4 RL 2001/23/EG so vorgesehen ist.

§ 613a Abs 4 BGB regelt, dass eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Übergangs des Betriebs oder eines Betriebsteils unwirksam ist. Das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen bleibt hiervon jedoch unberührt.

Selbst wenn die österreichische Kodifizierung im Recht des Betriebsübergangs das Kündigungsverbot nicht explizit normiert, ist im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung durch die Rechtsprechung die Unwirksamkeit solcher Kündigungen festgestellt.³⁴⁹ Dabei wird von der Nichtigkeit gem § 879 ABGB und nicht bloßen Anfechtbarkeit ausgegangen.³⁵⁰ Dies gilt sowohl für die Kündigung des Veräußerers (vor dem Übergang) als auch des Erwerbers (nach dem Übergang), wenn die Kündigung durch im Betriebsübergang gelegene Gründe bedingt ist.³⁵¹ Ist der Betriebsübergang jedoch nicht der

³⁴⁹ Vgl *Egger*, Arbeits- und Sozialrecht² 480 mit Verweis auf OGH 12.10.1995, 8 ObA 15/95 = DRdA 1997, 115 (*Kirschbaum*) = ecolex 1996, 471 (*Lengauer*) mwN; *Mayr*, Kündigung im Betriebsübergang, ecolex 1995, 499; *Holzer*, Kündigungen bei Betriebsübergängen, DRdA 1995, 375..

³⁵⁰ *Pelzmann*, Rz 144; OGH 28.04.2008, 8 ObA 26/08; OGH 01.12.2007, 9 ObA 16/06b.

³⁵¹ OGH 05.06.2002, 9 ObA 97/02h.

Grund der Kündigung, so ist diese wirksam.³⁵²

Insoweit sind Regelungsinhalt und -tiefe im österreichischen und bundesdeutschen Recht gleich gelagert.

Dass die Kündigung nicht „wegen“ des Betriebsübergangs (§ 613a Abs 4 BGB) erfolgte oder entsprechend der Rechtsprechung des OGH nicht durch im Betriebsübergang gelegene Gründe bedingt ist, ist durch den Kündigenden zu beweisen.³⁵³ Die Abgrenzung zwischen der unzulässigen betriebsübergangsbezogenen Kündigung und der Kündigung aus anderen betrieblichen Gründen gibt zunächst Art 4 Z 1 S 2 RL 2001/23/EG selbst, wonach diese Regelung „*etwaigen Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung mit sich bringen, nicht entgegen*“ steht.

Die BÜ-RL sieht damit Kündigungen der vorgenannten Art dann als zulässig an, wenn diese den Schutzzweck der RL selbst nicht aushöhlen. Dies ist auch folgerichtig, wenn die Kündigung quasi zufällig im zeitlichen, räumlichen oder sachlichen Zusammenhang mit dem Betriebsübergang erfolgt. Die Abgrenzung ist im Einzelfall schwierig und aufgrund der erheblichen Auswirkungen für die Outsourcing-Maßnahme auch der Kreativität juristischer Berater anheimgestellt.

Das BAG zieht in einer abstrakten Formel die Grenze dort, wo der Betriebsübergang nur äußerer Anlass, aber nicht tragender Grund für die Kün-

³⁵² OGH 12.07.2000, 9 ObA 93/00t.

³⁵³ *Pelzmann*, Rz 145.

digung gewesen ist.³⁵⁴ In diesem Sinne judiziert auch der OGH, dass der Betriebsübergang das ausschlaggebende Motiv sein muss und alleine eine zeitliche Nähe der Kündigung zum Betriebsübergang nicht für die Nichtigkeit der Kündigung spricht.³⁵⁵

Eine Ursächlichkeit des Betriebsübergangs für die Kündigung ist durchaus möglich und kein Verstoß gegen das Kündigungsverbot, wenn der Übergang des Arbeitsverhältnisses nicht der Beweggrund für die Kündigung war, sondern zB neben dem Betriebsübergang geplante Umstrukturierungsmaßnahmen.³⁵⁶

5.2.3 Fortsetzungs- oder Wiedereinstellungsanspruch

Ob ein Betriebsübergang erfolgen wird oder nicht, ist von dem subjektiven Verständnis oder Willen der Parteien unabhängig und nach objektiven Kriterien zu beurteilen. Gerade in Krisen eines Unternehmens mit beginnenden (Re-)Strukturierungsmaßnahmen können personalbezogene Maßnahmen in Form von Kündigungen bereits eingeleitet worden sind, die im Nachhinein im Kontext eines Betriebsübergangs (neu) zu bewerten sind. So kann zB eine zunächst geplante Betriebs(teil)stilllegung wegen des doch noch möglichen Verkaufs als überholt anzusehen sein. Es stellt sich dabei das Spannungsverhältnis der sich einerseits auf den Kündigungsausspruch vorgenommenen Prognose und unternehmerischen Entscheidung, die einen Betriebsübergang nicht vorsieht und die später objektivierte Rechtslage, da grds

³⁵⁴ Preis in Erfurter Kommentar¹⁴ § 613a BGB Rz 154 mVa BAG 16.05.2002, 8 AZR 319/01, NZA 2003,93, BAG 20.09.2006, 6 AZR 249/05, NZA 2007,387.

³⁵⁵ OGH 12.07.2000, 9 ObA 93/00t; vgl. auch *Gahleitner*, Betriebsschließung oder Betriebsübergang?, DRdA 2000, 426.

³⁵⁶ Vgl hierzu aber auch oben Teil II Z 5.5.2, S 126.

das Arbeitsverhältnis in dem Zustand ex lege übergeht, in dem es sich zum Zeitpunkt der BÜ befindet.

5.2.3.1 Ansprüche im bundesdeutschen Recht

In der bundesdeutschen Rechtsprechung wurde auf der Grundlage von § 611 BGB in Verbindung mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB ein Fortsetzungs- bzw. Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers entwickelt, wenn sich nach dem Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung und während der Kündigungsfrist unvorhergesehen eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den gekündigten Arbeitnehmer ergibt.³⁵⁷

Dies gilt auch für den Fall, dass sich anstelle des zur Kündigung herangezogenen Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit danach ein Betriebsübergang stattfindet oder zumindest beschlossen wurde. Die Rechtsprechung hat den Wiedereinstellungsanspruch zumindest für den Zeitraum anerkannt, in dem die Kündigungsfrist noch nicht ausgelaufen ist. Eine Veränderung der früheren Kündigungssituation ist nach Treu und Glauben zu Gunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, weshalb ein solcher Wiedereinstellungsanspruch zugewilligt wird.³⁵⁸

Besteht eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit jedoch erst nach Ablauf der Kündigungsfrist, kommt nur ausnahmsweise ein solcher Wiedereinstellungsanspruch in Betracht. Das Bundesarbeitsgericht sieht eine solche ausnahmsweise Zubilligung eines Wiedereinstellungsanspruches dann vor, wenn

³⁵⁷ BAG 25.07.2007, 8 AZR 989/06, NZA 2008, 357; BAG 13.11.1997, 8 AZR 295/95, NZA 1998, 251, *Düwell*, Arbeitsrechtliche Chancen und Risiken von Outsourcing, 101 (108 f).

³⁵⁸ *Preis* in Erfurter Kommentar¹⁴ § 613a BGB Rz 163.

der Betrieb oder Betriebsteil, dem der Arbeitnehmer zugeordnet war im Wege eines Betriebsübergangs auf einem Betriebserwerber übergeht und zwar auch dann, wenn während der Kündigungsfrist nur die Entscheidung zum Betriebsübergang, noch nicht aber der Vollzug des Betriebsübergangs erfolgte.³⁵⁹

Die Rechtsprechung legt an die Sachverhalte, bei denen sich die ursprüngliche Kündigungssituation als Betriebsübergangssituation herausstellt naturgemäß zunächst Vermutungen an, insbesondere dann, wenn nach der Stilllegung doch eine Wiederaufnahme durch einen Erwerber erfolgt. Die subjektive Seite der Kündigung wird durch objektive Kriterien und Vermutungen in einer richtlinienkonformen Handhabung erweitert zum Schutz des Arbeitsverhältnisses.³⁶⁰

Diese Erweiterung des Schutzes des Arbeitsverhältnisses gegenüber der zunächst bestehenden Handlungsfreiheit des Kündigenden ist auch gerechtfertigt, da sich der Tatbestand des Betriebsübergangs uU ohne oder gegen den Willen des Kündigenden ergeben kann, wenn zB in der Sphäre des Erwerbers die Voraussetzungen für den Betriebsübergang erst gesetzt werden und der Kündigende davon keine Kenntnis und/oder keinen Einfluss hat.

Im Einzelnen ist die dogmatische Herleitung des Wiedereinstellungsanspruches und das Spannungsfeld zwischen der Kündigung einerseits und dem später sich ergebenden Betriebsübergang andererseits umstritten.³⁶¹ Dies zeigen die in der Rechtsprechung im Einzelfall gezogenen Grenzen des

³⁵⁹ BAG 25.08.2008, 8 AZR 607/07, NZA-RR 2009, 469 Rz 35.

³⁶⁰ *Preis* in Erfurter Kommentar¹⁴ § 613a BGB Rz 163, der jedoch darin eine teleologische Extension sieht.

³⁶¹ Vgl. *Krieger/Willemsen*, Der Wiedereinstellungsanspruch nach Betriebsübergang, NZA 2011, 1128.

Wiedereinstellungsanspruches, zB bei der Unzumutbarkeit des Erwerbers als neuen Arbeitgebers, der bereits anderweitige Dispositionen getroffen hat.³⁶²

5.2.3.2 Ansprüche im österreichischen Recht

Auch im österreichischen Recht gilt der Grundsatz, dass der Kündigungsschutz bei nur vorübergehenden Betriebsstilllegungen oder Scheinstilllegungen nicht aufgeweicht werden darf. Es bestehen darüber hinaus sogar gesetzliche Regelungen, wie zum Beispiel § 10 Abs 5 Mutterschutzgesetz 1979 (MuttSchG) für die Wiederaufnahme des Arbeitsverhältnisses bis zum 4. Monat nach Entbindung sowie nach § 14 Abs 2 Arbeitsplatz-Sicherungsgesetz 1991 (APSG), wenn der Grund der bevorstehenden Stilllegung des Betriebs während der Zeit des Kündigungsschutzes entfällt und der Arbeitnehmer dies innerhalb einer Frist von 14 Tagen nach Verständigung mit dem Arbeitgeber oder nach Kenntnis über den Wegfall des Kündigungsgrundes das verlangt. Eine Wiederaufnahmepflicht kann sich auch durch die Regelung des § 14 Abs 3 BAG für Lehrlinge ergeben und ist gesetzlich niedergelegt.³⁶³

5.3 Unterrichtungs- und Informationspflichten

5.3.1 Regelung der Betriebsübergangs-Richtlinie

Die BÜ-RL 2001/23/EG regelt in Art 7 Z 1, dass Veräußerer und Erwerber verpflichtet sind, die Vertreter ihrer jeweiligen von einem Übergang be-

³⁶² BAG 04.05.2006, 8 AZR 477/05, NZA 2006, 1096; Krieger/Willemsen, NZA 2011, 1131; *Preis* in Erfurter Kommentar¹⁴ § 613a BGB Rz 164.

³⁶³ OGH, 8 ObA 2100/96y, JBl 1997,58 bestätigt, dass in diesen Fällen die Betriebsstilllegung nur dann vorliegt, wenn auch kein Betriebsübergang gegeben ist.

troffenen Arbeitnehmer zu informieren über den Zeitpunkt bzw den geplanten Zeitpunkt des Übergangs, den Grund für den Übergang, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und die die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen. Diese sich zunächst an die Arbeitnehmervertreter gerichtete Vorschrift wird in Art 7 Z 6 RL 2001/23/EG insoweit erweitert, dass dieselben Informationen auch den Arbeitnehmern gegenüber zu erfolgen hat, wenn keine Arbeitnehmervertretung besteht.

5.3.2 Österreichische Regelung

Weitgehend wortgleich übernahm die österreichische Regelung diese Bestimmung der BÜ-RL in § 3a AVRAG, dass Veräußerer oder Erwerber in Unternehmen oder Betrieben, die über keine Arbeitnehmervertretung verfügen, die vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer im Vorhinein über (1.) den Zeitpunkt bzw. den geplanten Zeitpunkt des Übergangs, (2.) den Grund des Übergangs, (3.) die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer sowie (4.) die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen schriftlich zu informieren haben.

Ergänzend hierzu regelt § 3 Abs 3 S 2 AVRAG, dass der Erwerber verpflichtet ist, die sich durch den Betriebsübergang ändernden Arbeitsbedingungen unverzüglich mitzuteilen.

Mit der ordnungsgemäßen Durchführung dieser Mitteilungen und Informationen beginnen auch die für den Arbeitnehmer zB einzuhaltenden Fristen für die ggf mögliche privilegierte Kündigung nach § 3 Abs 5 AVRAG, den Widerspruch nach § 3 Abs 4 AVRAG und die Frist für die Einbringung der

Feststellungsklage nach § 3 Abs 6 AVRAG zu laufen.

5.3.3 Bundesdeutsche Regelung

In der bundesdeutschen Regelung zur Information nach Art 7 BÜ-RL wird keine Unterscheidung getroffen zwischen der Information der Arbeitnehmer in Betrieben/Unternehmen mit Arbeitnehmervertretung und solchen ohne Arbeitnehmervertretungen und zwar auch grds unabhängig von der Größe des Betriebs.

§ 613a Abs 5 BGB sieht vor, dass der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber die von einem Übergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang in Textform zu unterrichten hat über (1.) den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs, (2.) den Grund für den Übergang, (3.) die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und (4.) die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen.

Damit geht die bundesdeutsche Regelung über die Vorgaben der BÜ-RL hinaus, die die Information der betroffenen Arbeitnehmer nur dann fordert, wenn keine Arbeitnehmervertretung besteht (Art 7 Z 6 BÜ-RL).

Die Auswirkungen sind als durchaus gravierend anzusehen, da nur die ordnungsgemäße Information an die Arbeitnehmer die Monatsfrist des grund- und voraussetzungslos möglichen Widerspruchs des Arbeitnehmers beginnen lässt.³⁶⁴ Der 8. Senat des BAG, zuständig für die Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang, hat zwischenzeitlich mit einer

³⁶⁴ St Rspr seit BAG 24.05.2005, 8 AZR 398/04, NZA 2005, 1302.

eingehenden und dezidierten Judikatur die Anforderungen an die Informationspflicht verschärft. An den Kriterien der Vollständigkeit und Richtigkeit der Information hat sich eine umfangreiche Kasuistik entwickelt.³⁶⁵ Die notwendigerweise jedem betroffenen Arbeitnehmer gegenüber vorzunehmende Unterrichtung und die Auswirkungen auf das Widerspruchsrecht lassen die Informationspflicht für die Rechtsberater in M&A-Vorgängen zu einer gefürchteten Vorgabe werden, wie sich in dem Fall BenQ³⁶⁶ gezeigt hat.

5.4 Haftung

Art 3 Z 1 Abs 2 RL 2001/23/EG regelt, dass die Mitgliedstaaten vorsehen können, dass der Veräußerer und der Erwerber nach dem Zeitpunkt des Übergangs gesamtschuldnerisch für die Verpflichtungen haften, die vor dem Zeitpunkt des Übergangs durch einen Arbeitsvertrag oder ein Arbeitsverhältnis entstanden sind, der bzw das zum Zeitpunkt des Übergangs bestand.

Entsprechend diesen Vorgaben haben Österreich und Deutschland in §§ 3 Abs 1, 6 AVRAG bzw § 613a Abs 2 BGB Regelungen zur Haftung des Veräußerers und des Erwerbers im Hinblick auf das übergehende Arbeitsverhältnis getroffen.

Nach § 3 Abs 1 AVRAG tritt der Erwerber in das Arbeitsverhältnis zum

³⁶⁵ Vgl hierzu *Willemsen in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung*⁴ 907 Rz 210 ff.

³⁶⁶ Erst in der Entscheidung BAG 23.07.2009, 8 AZR 538/08, NZA 2010, 89 wurde rechtskräftig festgestellt, dass die Unterrichtung/Information des Erwerbers unzureichend war, weil die Arbeitnehmer nicht in die Lage versetzt wurden, über den möglichen neuen Arbeitgeber Erkundigungen einzuholen. Die Widerspruchsfrist wurde daher nicht in Gang gesetzt und konnte noch viel später ausgeübt werden, als bereits feststand, dass der Erwerber BenQ insolvent wurde. Der vormalige Veräußerer Siemens musste die widersprechenden Mitarbeiter weiterbeschäftigen.

Zeitpunkt des Übergangs, wie es besteht. Demgemäß haftet der Erwerber für neue Verbindlichkeiten aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis aber auch für alle im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bereits entstandenen Ansprüche.³⁶⁷ Ergänzend hierzu haftet der Veräußerer für alle bis zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bereits entstandenen Ansprüche weiter. Für Ansprüche des Arbeitnehmers aus einer nichtigen Kündigung haften Veräußerer und Erwerber solidarisch.³⁶⁸

Darüber hinaus bestehen Sonderregelungen der gesamtschuldnerischen Haftung für betriebliche Pensionszusagen des Veräußerers (§ 6 Abs 1 AVRAG) und für Abfertigungsansprüche.³⁶⁹

Die bundesdeutsche Regelung des § 613a Abs 2 BGB entspricht den vorgenannten Grundsätzen. Der Erwerber übernimmt das Arbeitsverhältnis mit allen bestehenden Ansprüchen des Arbeitnehmers, selbst wenn diese vor dem Betriebsübergang entstanden sind. Als Gesamtschuldner haftet der Veräußerer neben dem Erwerber für die Ansprüche, die bis zum Betriebsübergang entstanden sind und bis zu einem Jahr nach Übergang fällig werden.

5.5 Zwingender Charakter und abweichende Gestaltungen

Das Regelungsregime der BÜ-RL ist für die Parteien zwingend und zwar sogar so weit, dass der Arbeitnehmer auf die ihm gewährten Rechte

³⁶⁷ Vgl hierzu auch *Gahleitner*, Arbeitgeberhaftung bei Betriebsübergang, *ecolex* 1994, 694.

³⁶⁸ OGH 10.06.1998, 9 Ob A 55/98y; OGH 11.11.1998, 9 Ob A 240/98d.

³⁶⁹ Vgl hierzu auch *Wiesinger*, Haftung für Betriebspensionen und Abfertigungen beim Betriebsübergang, *ecolex* 1994, 702.

weder verzichten noch einer Verkürzung zustimmen kann³⁷⁰, es sei denn im Rahmen der Freiheit, das Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber nicht fortzusetzen.

5.5.1 Aufhebungs-/Abänderungsverträge

5.5.1.1 Problemfeld Vertragsfreiheit contra Bestandsschutz

Nicht selten werden im Vorfeld einer Umstrukturierungsmaßnahme, die sich als Betriebsübergang darstellen könnten oder auch nach einem solchen Betriebsübergang einvernehmliche Aufhebungsvereinbarungen zwischen den Veräußerer/Erwerber und dem betroffenen Arbeitnehmer getroffen. Diese bezwecken zumeist die Herstellung einer dem Erwerber angenehme Personalstärke oder -struktur und versuchen, auf den ex-lege-Übergang des Arbeitsverhältnisses Einfluss zu nehmen.

Die Rechtmäßigkeit dieser einvernehmlichen Regelungen sind im Lichte und Spannungsverhältnis zwischen Schutzzweck der BÜ-RL und der Vertragsfreiheit zu bewerten. Der Schutzzweck der BÜ-RL richtet sich grds nicht darauf, zum Erwerber übergehen zu müssen, wie die ausgestalteten Kündigungs- oder Widerspruchsrechte des Arbeitnehmers zeigen.

Insoweit ist eine einvernehmliche Regelung zur Aufhebung des Arbeitsverhältnisses grds möglich. Der Unterschied zu dem Widerspruch liegt jedoch darin, dass durch Aufhebungsvereinbarungen zumeist kein Arbeitsverhältnis mit dem Veräußerer verbleibt, sondern eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses insgesamt angestrebt wird. Versprochene finanzielle An-

³⁷⁰ EuGH 10.02.1988, Rs 324/86, *Daddy's Dance Hall*, Slg 1988, 739.

reize in solchen Vereinbarungen lassen jedoch an dem unbeeinflussten Willen des Arbeitnehmers zweifeln und legen den Schluss nahe, den Schutzzweck des Kündigungsverbots wegen des Übergangs des Arbeitsverhältnisses als Maßstab der Betrachtung entsprechend heranziehen. In wieweit die einvernehmliche Beendigung mit dem Schutzzweck der BÜ-RL und den nationalstaatlichen Ausgestaltungen kollidiert, bedarf einer genaueren nachfolgenden Betrachtung.³⁷¹

5.5.1.2 Grundsatz

Grundsätzlich orientieren sich die Beendigungsverbote im Zusammenhang mit Betriebsübergängen an den arbeitgeberseitigen Kündigungen. Sinn und Zweck dieser Restriktionen ergibt sich aus dem Schutzzweck der BÜ-RL im Hinblick auf die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses im Betriebsübergang. Die Sach- und Interessenlage ist mit einvernehmlichen Beendigungen des Arbeitsverhältnisses nicht vergleichbar, zumal der Arbeitnehmer einem solchen zumindest zweiseitigen Vertrag zustimmen muss.

Wird diese Zustimmung vom Arbeitnehmer frei von unlauteren Mitteln erlangt, gehen die Grundsätze der Vertragsfreiheit vor. Ein solcher Aufhebungsvertrag verstößt dann nicht gegen den Kontinuitätsschutz der BÜ-RL.

5.5.1.3 Linien der deutschen Rechtsprechung

Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 10.12.1998³⁷² festgestellt, dass die Vertragsparteien (idR Veräußerer und Arbeitnehmer, ggf auch Er-

³⁷¹ Hinsichtlich besonderer Gestaltungen zur Vermeidung und Gestaltung von Betriebsübergängen vgl unten Teil IV Z 5.5.2 S 126 ff.

³⁷² BAG 10.12.1998, 8 AZR 324/97, NZA 1999, 422.

werber und Arbeitnehmer) das Vertragsverhältnis auch ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes wirksam durch einen Aufhebungsvertrag auflösen können, *„wenn diese Vereinbarung auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet ist.“*³⁷³

In den Entscheidungsgründen führt das BAG aus, dass *„keine Legitimation“* der Rechtsprechung bestehe, den Schutz des § 613a BGB über die Grenzen des Wortlautes hinaus auszulegen und auf das tatsächliche Ausscheiden gerichtete Aufhebungsverträge von einem sachlichen Grund abhängig zu machen.³⁷⁴ Damit stärkt das BAG den Grundsatz der Vertragsfreiheit, wenn die Parteien den Willen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses haben.

Abweichend davon werden Aufhebungsverträge dann kritisch beurteilt, wenn sie eine faktische Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erwerber bezwecken. Dies können zB vorübergehende Beendigungen sein, die mit einer Wiedereinstellungszusage zu veränderten Bedingungen verbunden sind. Das BAG nimmt die Nichtigkeit dieser Aufhebungsverträge wegen objektiver Gesetzesumgehung an, wenn der Aufhebungsvertrag *„lediglich die Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes bezweckt. Diesem Zweck dient der Abschluß eines Aufhebungsvertrages, wenn zugleich ein neues Arbeitsverhältnis zum Betriebsübernehmer vereinbart oder zumindest verbindlich in Aussicht gestellt wird.“*³⁷⁵

³⁷³ BAG 10.12.1998, 8 AZR 324/97, NZA 1999, 422, Ls 2.

³⁷⁴ BAG 10.12.1998, 8 AZR 324/97, NZA 1999, 422.

³⁷⁵ BAG 10.12.1998, 8 AZR 324/97, NZA 1999, 422, Ls 2 in Bestätigung von BAG 28.4.1987, 3 AZR 75/86, NZA 1988, 198.

An diesen abstrakten Kriterien müssen sich auch Abänderungsverträge messen lassen, die auf die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses und dessen Konditionen Einfluss nehmen.

Zunächst forderte das BAG für Vereinbarungen, in denen einzelvertragliche Ansprüche des Arbeitnehmers zu dessen Lasten modifiziert werden, einen sachlichen Grund, um nicht als nichtig angesehen zu werden.³⁷⁶ Die Maßstäbe des sachlichen Grundes wurden jedoch nicht allzu eng gezogen und der drohende Verlust von Arbeitsplätzen sollte hierfür bereits ausreichen.³⁷⁷ Das Erfordernis des sachlichen Grundes ließ das BAG jedoch später fallen für Vereinbarungen, die zB nach dem Betriebsübergang zwischen Erwerber und Arbeitnehmer für die Zukunft getroffen werden, selbst wenn diese für den Arbeitnehmer nachteilig sind.³⁷⁸

Diese Entscheidung ist konsequent daran orientiert, dass eine solche Vereinbarung die Kontinuität der Arbeitsbedingungen durch den Betriebsübergang zunächst nicht tangierte, sondern danach modifizierte. Ebenfalls konsequent den vorstehenden Grundsätzen folgend, nahm das BAG die Nichtigkeit einer Vereinbarung an, die eine Arbeitnehmerin mit dem Veräußerer getroffen hat und auf rückständige Gehaltsansprüche in Form von Weihnachts- und Urlaubsgeldansprüche verzichtete.³⁷⁹ Dieser Erlassvertrag griff unzulässig in die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses nach § 613a Abs 1 BGB ein, da bestimmte Rechte zum Zeitpunkt des Übergangs nicht mehr be-

³⁷⁶ Vgl zB für den Verzicht auf Versorgungsanswartschaften: BAG 12.05.1992, 3 AZR 247/91, NZA 1992, 1080.

³⁷⁷ BAG 18.08.2005, 8 AZR 523/04, NZA 2006, 145 (148).

³⁷⁸ BAG 07.11.2007, 5 AZR 1007/06, NZA 2008, 530.

³⁷⁹ BAG 19.03.2009, 8 AZR 722/07, NZA 2009, 1091; vgl im Einzelnen auch *Bunte*, Nichtigkeit eines Erlassvertrags zur Umgehung der Rechtsfolgen des § 613 a I 1 BGB, NZA 2010, 319 ff.

standen und damit nicht durch den Erwerber fortgeführt werden mussten. Dies wertete das BAG als eine Umgehung der gesetzlichen Vorschriften und sprach die Nichtigkeit der Vereinbarung aus.

5.5.1.4 Linien der österreichischen Rechtsprechung

Auch in der österreichischen Rechtsprechung wird die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses grds nicht als Umgehung des Schutzes des § 3 Abs 1 AVRAG angesehen.³⁸⁰ Hinsichtlich einer Vereinbarung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der OGH³⁸¹ festgestellt, dass es dem Arbeitnehmer freistehe, mit dem bisherigen Arbeitgeber (Veräußerer) eine Regelung zu treffen, dass sein Arbeitsverhältnis nicht auf dem Erwerber übergehe und er insofern auf den Schutz des § 3 Abs 1 AVRAG verzichtet.

Selbst wenn nach der einvernehmlichen Beendigung ein Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber abgeschlossen wird, ist dies nicht zu beanstanden, wenn die Konditionen gegenüber den bisherigen Bedingungen vorteilhafter sind.³⁸² Insbesondere im Verhältnis des Arbeitnehmers zu dem potentiellen Veräußerer besteht im Vorfeld eines Betriebsübergangs ein erhebliches Unsicherheitspotential, das zu einem Verhandlungsungleichgewicht führen kann, da sich der Arbeitnehmer mit dem Verlust des Arbeitsplatzes bedroht sehen kann. Dieses kann sich aber auch bei dem Erwerber trotz zunächst erfolgtem Übergang fortsetzen, der mit Synergie-Effekten, notwendigen Rationalisierungen uä ebenfalls Einfluss auf die Arbeitsbedingungen nehmen will.

³⁸⁰ *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 129.

³⁸¹ OGH 12.10.1995, 8 Ob 15/95 = DRdA 1997, 115 (*Kirschbaum*) = ecolex 1996, 471 (*Lengauer*).

³⁸² aA wohl *Marhold*, der auch Verschlechterungsvereinbarungen mit dem Erwerber oder Veräußerer prinzipiell als zulässig ansieht, vgl *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 134.

Insoweit und unter Berücksichtigung der Regelungsinhalte der §§ 3 ff AVRAG ist eine unbeschränkte Zulassung verschlechternder Vereinbarungen abzulehnen. Vielmehr sind gerade die Vorgaben des § 3 Abs 1 AVRAG hinsichtlich der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses und seiner Bedingungen sowie die Veränderungssperre von einem Jahr des § 4 Abs 2 S 1 AVRAG Maßstab und Grenze der Zulassung von verschlechternden Vereinbarungen zwischen dem Arbeitnehmer und dem Veräußerer oder Erwerber.³⁸³

Maßstab hierbei ist ein Günstigkeitsvergleich wie bei abweichenden Vereinbarungen zu Kollektivregelungen. Nach § 3 Abs 1 ArbVG sind arbeitsvertragliche Abänderungen oder solche in Betriebsvereinbarungen nur dann wirksam zu vereinbaren, wenn diese zumindest günstiger sind (§ 3 Abs 1 S 2 Alt 2 ArbVG). § 3 Abs 2 ArbVG regelt den Maßstab des Günstigkeitsvergleichs in dem die Bestimmungen zusammenzufassen und gegenüberzustellen sind, die in einem rechtlichen und sachlichen Zusammenhang stehen (sog Gruppenvergleich³⁸⁴). Für die Frage der „wesentlichen Verschlechterung“ iSd § 3 Abs 5 u 6 AVRAG als Bedingung für die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung³⁸⁵ sieht *Binder* ausnahmsweise die Notwendigkeit, einen Gesamtgünstigkeitsvergleich anzustellen, wenn es zu der Verdrängung der bisherigen Kollektivvereinbarungen durch neue kommen soll.³⁸⁶

Die veränderten Bedingungen sind nach ihrem gesamten wirtschaftlichen und rechtlichen Gehalt in Bezug auf die ansonsten eingetretene Situation des ex-lege-Übergangs zu untersuchen.³⁸⁷ Führt dieser Vergleich zu keiner

³⁸³ Vgl *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 134.

³⁸⁴ *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 135.

³⁸⁵ S hierzu oben Teil II Z 5.2.2.2, S 108.

³⁸⁶ *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 136 mVa aA OGH 8 ObA 41/03t.

³⁸⁷ OGH 24.09.2003, 9 ObA 17/03w.

negativen Abweichung, ist die Disposition der Parteien nicht beschränkt.

5.5.1.5 Stellungnahme

Das Schutzniveau der Arbeitnehmer bei einvernehmlichen Vereinbarungen ist im österreichischen und deutschen Recht vergleichbar. Erfolgt nach einer Beendigungsvereinbarung die Wieder- oder Neueinstellung des Arbeitnehmers bei dem Erwerber zu negativ veränderten Konditionen, wird dies idR als eine unzulässige Umgehung der gesetzlichen Bestimmungen angesehen, die gerade die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses und seine Bedingungen zumindest für ein Jahr schützen will.

5.5.2 Maßnahmen sog Veräußerer- oder Erwerberkonzepte

Aufgrund des Arbeitsverhältnis schützenden Charakters der Regelungen des Betriebsübergangs wird versucht, durch Gestaltungen die für die Parteien gewünschte Folge durch flankierende Strukturierungsmaßnahmen zu begleiten. Veräußerer und Erwerber versuchen damit ua eine bessere Kalkulierbarkeit des Outsourcings herbeizuführen.

In diesem Zusammenhang wird in Rechtsprechung und Literatur Österreichs und Deutschlands die Zulässigkeit und Grenzen entsprechender Maßnahmen auf Veräußerer- oder Erwerberseite diskutiert. Ausgangspunkt hiervon ist die europarechtliche Vorgabe, Kündigungen oder andere verschlechternde Arbeitsbedingungen wegen des Betriebsübergangs auszuschließen. In der Umsetzung in das nationale Recht sind arbeitgeberseitige Kündigungen im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang unzulässig.

Kündigungen des Erwerbers nach dem Betriebsübergang, zB wenn

diese im Zusammenhang mit sich anschließenden Umstrukturierungsmaßnahmen einhergehen bleiben grundsätzlich hiervon unberührt und sind hinsichtlich ihrer Wirksamkeit nach den generellen nationalen Regelungen zu beurteilen.

Nicht selten ist die Interessenlage des Erwerbers jedoch die, bereits zu dem Betriebsübergang flankierende Maßnahmen frühzeitig durchzuführen und zwar sogar noch im Zeitpunkt der Verhandlung zu Veräußerer. Die Gründe hierfür liegen vielfach in dem Zeitvorteil, etwaig einzuhaltende langer Kündigungsfristen und ähnlichem. Selbst wenn bestimmte Umstrukturierungsmaßnahmen nicht durch den (potentiellen) Erwerber initiiert werden, kann es ein Interesse des Veräußerers geben, durch bereits eingeleitete Restrukturierungsmaßnahmen ein Outsourcing, welches mit einem Betriebsübergang einhergehenden könnte, für einen Erwerber attraktiv zu machen. Zu bewerten ist daher die Möglichkeit und die Grenzen solcher so genannten Veräußerer- oder Erwerberkonzepte im Hinblick auf das an sich bestehende Kündigungsverbot im System des Betriebsübergangs.

5.5.2.1 Rechtsprechung und Literaturmeinungen

Der OGH sieht es als grundsätzlich unzulässig an, bereits auf der Seite des Veräußerers vorsorgliche Rationalisierungskündigungen einzuleiten oder gar Sanierungs- und Rationalisierungskonzepte eines Erwerbers umzusetzen.³⁸⁸ Lediglich Kündigungen, die ungeachtet des Betriebsübergangs betriebsnotwendig sind, sind zulässig.³⁸⁹

³⁸⁸ OGH 28.08.1997, 8 ObA 91/97h; OGH 05.06.2002 9 ObA 97/02h.

³⁸⁹ Vgl OGH 9 ObA 206/98d.

Eine solche Betriebsnotwendigkeit sieht der OGH jedoch nicht in Rationalisierungskündigungen, die dem Erwerber neue Strukturierungen oder Einsparungen ermöglichen sollen. Vielmehr ist es geboten, Restrukturierungsbestrebungen auf Veräußererseite danach zu beurteilen, ob diese auch ohne Übertragung des Betriebs ausgesprochen worden wären, da diese keinen Bezug zum Betriebsübergang haben und nicht von Kündigungsverbot im Betriebsübergang umfasst sind.³⁹⁰

Auch in der deutschen Rechtsprechung³⁹¹ und Literatur³⁹² werden Maßnahmen zumindest aufgrund eines Erwerberkonzepts kontrovers behandelt. Entsprechend dem OGH sieht auch das BAG das Kündigungsverbot (§ 613 Abs 4 BGB) dann für gegeben an, wenn der Betriebsübergang den entscheidenden Beweggrund für die Kündigung darstellt.³⁹³ Begründet wird dies damit, dass die Betriebsübergangsrichtlinie vor übergangsbedingten Veränderungen des Arbeitsverhältnisses, insbesondere dessen Beendigung, schützen soll, darüber hinaus gehende, vom Betriebsübergang unabhängige Veränderungen jedoch nicht schützt (Argument aus § 613a Abs 4 S 2 BGB).

So stellt sich auch in der deutschen Rechtsprechung die Frage, inwieweit Maßnahmen auf Veräußererseite unter Berücksichtigung eines etwaigen

³⁹⁰ OGH 28.08.1997, 9 ObA 73/04g.

³⁹¹ ZB BAG 20.03.2003, 8 AZR 97/02, NZA 2003, 1027; BAG 23.09.1983, 5 AZR 474/81, DB 1983, 2690.

³⁹² Vgl. *Hauck*, Neueste Rechtsprechung zu § 613a BGB, Sonderbeilage zu NZA Heft 18/2004, 17; *Gaul*, Betriebsübergang: Neues zur betriebsbedingten Kündigung aufgrund Erwerberkonzepts, DB 2003, 1902; *Haase*, Kündigung des Veräußerers nach Erwerberkonzept – contra legem?, FS Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein, 613ff.; *Meyer*, Personalanpassung des Betriebsveräußerers auf Grund eines Erwerberkonzepts, NZA 2003, 244; *Schumacher-Mohr*, Zulässigkeit einer betriebsbedingten Kündigung durch den Veräußerer bei Betriebsübergang, NZA 2004, 629.

³⁹³ St Rspr seit BAG 26.05.1983, 2 AZR 477/81, NJW 1984, 627.

Betriebsübergangs noch von dem Kündigungsverbot umfasst sind. Dass es auf der Seite von Veräußerer und Erwerber ein Interesse gibt, Restrukturierungsmaßnahmen möglichst früh durchzuführen, liegt auf der Hand. Der Erwerber hat ein Interesse einer wirtschaftlichen Kalkulierbarkeit insbesondere im Hinblick auf zu übernehmende Arbeitsverhältnisse und auch darauf, etwaige Anpassungsmaßnahmen möglichst frühzeitig einzuleiten; gegebenenfalls parallel zu den handels-/ gesellschaftsrechtlichen oder kaufvertragsrechtlichen Outsourcing-Vorgang.

Die deutsche Rechtsprechung erkennt an, dass der Veräußerer vor dem Betriebsübergang grundsätzlich uneingeschränkt betriebsbedingte Kündigungen aussprechen kann, aus Gründen, die mit dem Betriebsübergang nicht zusammenhängen. Unproblematisch wird dies auch dann bejaht, wenn sich der Veräußerer hierbei die Idee eines Konzepts des Erwerbers zu eigen macht und umsetzt, solange diese Umsetzung auch ohne einen späteren Betriebsübergang möglich wäre. Maßstab ist hierbei, ob bei Fortführung des Betriebes (dh ohne Betriebsübergang) die Maßnahme ebenfalls hätte durchgeführt werden können.³⁹⁴

In der frühen Rechtsprechung des BAG wurde es jedoch abgelehnt, dass ein Konzept, welches der Veräußerer selbst nicht hätte durchführen könne als Grundlage dafür dient, bereits vor dem Übergang Kündigungen auszusprechen.³⁹⁵ Ein solches sog Erwerberkonzept liegt dann vor, wenn zwar die Kündigung auf Veräußererseite erklärt wird, die für die Kündigung herangezogenen Gründe jedoch erst in einer Situation liegen, die nach Betriebsübergang und auf Seiten des Erwerbers gegeben wären.

³⁹⁴ BAG 26.05.1983, 2 AZR 477/81, NJW 1984, 627.

³⁹⁵ BAG 26.05.1983, 2 AZR 477/81, NJW 1984, 627.

Insoweit wird begrifflich unterschieden zwischen einem sich „selbst tragenden“ Konzept, welches auch auf Veräußererseite zur Kündigung berechtigt hätte und dem „nicht selbst tragenden“ Konzept, welches nur im Zusammenhang mit der Situation nach dem Betriebsübergang eine Kündigung rechtfertigen würde.³⁹⁶ Das nicht selbst tragende Erwerberkonzept wurde als Kündigungsberechtigung abgelehnt.

Mit einer Rechtsprechungsänderung im Jahre 2003 hat das BAG jedoch festgestellt, dass es auf die Tragfähigkeit des Konzepts auf Veräußererseite für die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung nicht (mehr) ankäme.³⁹⁷ Zumindest in der dort behandelten insolvenzrechtlichen Situation wurde das so genannte Erwerberkonzept anerkannt.³⁹⁸ Zurzeit beschränkt sich die Rechtsprechung des BAG soweit ersichtlich auf insolvenzrechtliche Sachverhalte, bei denen die Kündigung auf Veräußererseite erfolgt. Ob eine Anerkennung durch das BAG auch stattfindet auf andere Bereiche, bleibt abzuwarten. In der Struktur der betriebsbedingten Kündigung nach deutschem Recht erscheint die Erstreckung des Erwerberkonzeptes auf Sachverhalte außerhalb des Insolvenzrechts durchaus möglich.³⁹⁹

Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz hat in einer Entscheidung vom 11.03.2013⁴⁰⁰ eine Kündigung nach Erwerberkonzept gebilligt und führt

³⁹⁶ Vgl zur Begrifflichkeit auch *Willemsen in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung*⁴, 1005 Rz 110, 113.

³⁹⁷ BAG 20.03.2003, 8 AZR 97/02, NZA 2003, 1027.

³⁹⁸ Bestätigt von BAG 20.09.2006, 6 AZR 249/05, NZA 2007, 387.

³⁹⁹ Wohl bejahend *Fuhlrott*, Erwerberkonzeptkündigungen als Alternative zum BQG-Modell bei Betriebsübergängen, BB 2013, 2042 (2043 f), zw *Willemsen in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung*⁴, 1008 Rz 113 ff, der auf die weiteren Probleme zB der unternehmensübergreifenden Sozialauswahl hinweist.

⁴⁰⁰ LAG Rheinland-Pfalz 11.03.2003, 5 Sa 556/12 nv
http://www3.mjv.rlp.de/rechtspr/DisplayUrteil_neu.asp?rowguid=%7B1EE714FA-7F37-47FD-B545-2745F567BBBA%7D (03.10.2014).

aus:

„Das Kündigungsverbot greift deshalb dann nicht ein, wenn es neben dem Betriebsübergang einen sachlichen Grund gibt, der "aus sich heraus" die Kündigung zu rechtfertigen vermag. Es schützt also insbesondere nicht vor Risiken, die sich jederzeit unabhängig vom Betriebsübergang aktualisieren können und dient insbesondere nicht zum Ausschluss der als notwendig angesehenen unternehmerischen Maßnahmen. Der Sinn und Zweck der Regelung des § 613 a Abs. 1 S. 1, Abs. 4 BGB besteht nicht darin, den Erwerber auch bei einer aufgrund betriebswirtschaftlicher Gesichtspunkte voraussehbar fehlenden Beschäftigungsmöglichkeit zu verpflichten, das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer noch einmal ohne entsprechenden Bedarf zu verlängern, bis er selbst die Kündigung aussprechen kann. Allerdings bedarf es dafür eines verbindlichen Konzepts oder Sanierungsplan des Erwerbers, dessen Durchführung zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung bereits greifbare Formen angenommen haben muss.“⁴⁰¹

Dem Landesarbeitsgericht ließ es für die Anerkennung als Kündigungsgrund auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens ausreichen, dass der Arbeitsplatz aufgrund eines Unternehmens übergreifenden Konzepts entfällt. Dies berechtige bereits zum Ausspruch der betriebsbedingten Kündigung auf Veräußererseite, wenn nach der Prognose und deren bereits greifbaren Formen davon auszugehen ist, dass bis zum Auslauf der ordentlichen Kündigungsfrist die geplante Maßnahmen durchgeführt worden ist und der Arbeitnehmer folglich entbehrt werden kann.

⁴⁰¹ LAG Rheinland-Pfalz 11.03.2003, 5 Sa 556/12 nv
http://www3.mjv.rlp.de/rechtspr/DisplayUrteil_neu.asp?rowguid=%7B1EE714FA-7F37-47FD-B545-2745F567BBBA%7D (03.10.2014), unter II.

In Bezug auf die restriktivere Haltung des OGH zur Kündigung nach einem Erwerberkonzept hält *Binder* eine Anerkennung von Kündigungen nach einem Erwerberkonzept dann für bedenkenswert, wenn in einer Gesamtschau mehr Arbeitsplätze aufgrund eines Sanierungskonzept des Erwerbers erhalten bleiben können, als es ohne Betriebsübergang der Fall wäre. Insoweit müsse es in Grenzen auch möglich sein, eine Kündigungsberechtigung auf Veräußererseite anzuerkennen, wenn diese das zukünftige Erwerberkonzept des Erwerbers beachte und nach sozialen Kriterien umsetze.⁴⁰²

⁴⁰² *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 89 mVa *Peschek*, RdW 2005, 110.

Teil III

Outsourcing im System des Betriebsübergangs

1 Einleitung

Aufgrund der vielfältigen Durchführungs- und Erscheinungsformen des Outsourcings ist eine allumfassende Kategorisierung im System des Betriebsübergangs nicht möglich. Dennoch soll versucht werden, eine abstrakte Strukturierung zu bilden, innerhalb derer diese Outsourcing-Vorgänge im System des Betriebsübergangs schematisch untersucht werden. Darüber hinaus werden ausgewählte Maßnahmen untersucht, die im Zusammenhang mit dem Outsourcing in der Praxis angetroffen werden.

Die Grundstruktur des Outsourcings ist zunächst, dass innerhalb des Betriebs oder Unternehmens durchgeführte Leistungen, Funktionen oder Aufgaben aus dem bisherigen Verbund herausgelöst und dort fortan nicht mehr erbracht werden sollen.

Einerseits fallen damit diese auf der Seite des Betriebs oder Unternehmens weg, aber nicht ersatzlos, da das Outsourcing gerade den Bezug dieser Leistungen, Funktionen oder Aufgaben durch den Outsourcing-Partner in der Zukunft bezweckt.

Im betriebswirtschaftlichen Kontext des Outsourcings ist dies die Fra-

ge des make-or-buy⁴⁰³, wobei Outsourcing als Fremdvergabe für den fortan externen Ein- oder Zukauf („buy“) steht, da zumindest das Ergebnis der bisherigen Leistungen, Funktionen oder Aufgaben möglichst nahtlos weiter bezogen und benötigt wird. Dies kann in Form einer inhaltlichen Veränderung (zB Arbeitsstrukturen, Personalbedarf oä) und/oder einer räumlichen Veränderung (zB Verlagerung der Produktion in das Ausland) der Fall sein. Mögliche Praxis-Beispiele hierzu reichen von der Entscheidung, Reinigungsarbeiten fremd zu vergeben, Buchhaltungstätigkeiten auszulagern bis hin zu dem Zukauf von Produktionsmitteln oder (Teil-)Fertigprodukten für die eigene Produktion, die der eigenen Unternehmung fortan dienlich sein sollen.

2 Outsourcing-Grundstruktur nach den EuGH-Kriterien

2.1 Kontinuität und Ähnlichkeit der Leistungen

Entsprechend den legislativen und judikativen Strukturen des Betriebsübergangs liegt das Augenmerk bei Outsourcing-Sachverhalten auf dem Übergang der wirtschaftlichen Einheit. In der Gesamtschau der dafür herangezogenen Kriterien der Rs *Spijkers* sind insbesondere die Ähnlichkeit der Leistungen vor und nach dem Übergang (6. Kriterium der EuGH-Rechtsprechung in der Rs *Spijkers*) und die Kontinuität der Leistungen (7. Kriterium) bzw Dauer einer Unterbrechung in Abgrenzung zur Betriebsstilllegung zu berücksichtigen.

Gerade Outsourcing-Sachverhalte sind in diesem Kontext geprägt von

⁴⁰³ S o S 5.

einer Ähnlichkeit der Leistungen vor und nach der Outsourcing-Maßnahme und ohne wesentliche zeitliche Unterbrechung. Vielmehr entspricht es der Zielrichtung des Outsourcings, die gleichgerichtete Tätigkeit fortan, dh bestenfalls ohne Unterbrechung weiterhin beziehen und für sich nutzbar machen zu können.

Der EuGH betont zum Schutze des Arbeitsverhältnisses oft das Kriterium der Ähnlichkeit der Leistungen vor und nach dem Übergang. Diese scheinbar zum Teil an einem gewünschten Ergebnis orientierte Rechtsprechung des EuGH ist gerade in den bundesdeutschen Literaturmeinungen kritisiert worden; insbesondere in der Rs *Schmidt*⁴⁰⁴.

Zu beachten ist jedoch, dass alle Kriterien in einer Gesamtbewertung heranzuziehen sind und allein die kontinuierliche Fortsetzung keinen in sich substantziellen Ansatz für die Übertragung einer wirtschaftlichen Einheit in sich birgt. Vielmehr zeigen die dezidierten Rechtsprechungslinien des EuGH und der Nationalgerichte zu den Fällen der Auftrags- und Funktionsnachfolge, dass im Schwerpunkt je nach Art des Betriebs gerade der Übertragung (im-)materieller Betriebsmittel und/oder wesentlichen Personals die entscheidende Rolle zukommt.

2.2 Kriterium der Kundenbeziehung

Weiters sind Outsourcing-Vorgänge davon geprägt, dass sich der interne oder externe Kunde bzw Nutznießer der Leistungen durch die Verlagerung nicht ändert. So leistet zB die ausgelagerte Buchhaltungsabteilung noch

⁴⁰⁴ So zB statt vieler *Bauer*, Outsourcing out?, BB 1994, 1433 ff.; *Waas*, Betriebsübergang durch "Funktionsnachfolge", EuZW 1994, 528.

immer oder zumindest auch für dasselbe Unternehmen. Auch steht zB eine ausgelagerte Kantine steht noch immer demselben Kreis der Berechtigten offen. In Kontakt mit der ausgelagerten Dienstleistung kommen damit weiterhin der Outsourcende, dessen Kunden, Besucher oder Mitarbeiter. Die Übertragung von Kundenbeziehungen ist im Rahmen der Prüfung der Spijkers-Kriterien ein wertbildendes Element der wirtschaftlichen Einheit.⁴⁰⁵

Ob und inwieweit bei Outsourcing-Vorgängen dem Outsourcing-Partner als Erwerber auch Kundenbeziehungen übertragen werden, ist differenziert zu betrachten. Und zwar danach, ob diese Kunden Ergebnis der geschuldeten Tätigkeit (dh eine Leistungserbringung mithilfe der Kunden vorliegt) sind oder ob die Kundenbeziehung Mittel zur Erreichung eines eigenen weitergehenden wirtschaftlichen Zwecks (dh eine Leistungserbringung an den Kunden vorliegt) ist.⁴⁰⁶

Die Kundenbeziehung war ein wesentliches Merkmal in der Rechtsprechung des EuGH der Rs *Merckx*⁴⁰⁷. In dieser Entscheidung hatte der EuGH darüber zu entscheiden, ob die Übertragung einer Vertriebs Erlaubnis und die Übertragung der Kundenstruktur es dem Nachfolger möglich machte, den Vertrieb der Fahrzeuge selbst mit reduziertem Personal nahtlos fortzusetzen. Der EuGH bejahte den Betriebsübergang mit den Gründen, dass es sich um eine Alleinvertriebsberechtigung handelte, die die Übertragung weiterer Aktiva nicht voraussetze, um von dem Übergang einer wirtschaftlichen Einheit

⁴⁰⁵ So S 61, Z 4.1.3.2.

⁴⁰⁶ Vgl hierzu *Willemsen* in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung⁴ 822 Rz 88 mwN.

⁴⁰⁷ EuGH 07.03.1996, Rs C-171/94 und C-172/94, *Merckx und Neuhuys*, Slg 1996, I-1253.

auszugehen.⁴⁰⁸ Die wirtschaftliche Einheit machte gerade der Kundenstamm aus, um die wertschöpfende Tätigkeit des Vertriebs fortzuführen. Auch in der Rs *Oy Liikenne* nahm der EuGH auf das Kriterium der Kundenbeziehung Bezug.⁴⁰⁹ Dabei ging es um die Übertragung mehrerer Buslinien auf einen Nachfolger. Der EuGH wertete in diesem Fall die Kundenbeziehung, und zwar das Nutzen der Buslinien durch Fahrgäste alleine nicht als ausreichendes Kriterium für die Annahme eines Betriebsübergangs, wenn im Übrigen materielle Betriebsmittel nicht übergehen.

So ist auch bei Outsourcing-Sachverhalten danach zu fragen, ob und inwieweit die fortbestehende zumeist interne Kundenbeziehung der wirtschaftlichen Einheit zu dem Outsourcenden nach der Übertragung als ein ausschlaggebendes Kriterium anzusehen ist, gerade bei dem Outsourcing von Dienstleistungen, wie Serviceaufgaben der Gebäudemanagements, des Kantinenbetriebs, Reinigungs- oder Bewachungsaufgaben.

Diese Beziehungen zu den Besuchern, Nutzern oder Mitarbeitern des Auftraggebers sind jedoch nicht als relevante Kundenstruktur für die Frage des Übergangs anzusehen. In entsprechender Heranziehung der Entscheidung der Rs *Oy Liikenne* ist der Schwerpunkt auf das Betreiben der wirtschaftlichen Wertschöpfung zu legen. Der mit dieser Leistung in Berührung kommende Gast, Nutzer oder Auftraggeber alleine ist kein wertbildendes Element, das einen Betriebsübergang rechtfertigen würde.

Vielmehr kommt es auf die wertbildenden sächlichen oder immateriellen Faktoren an, die erst den Kern des Betriebs ausmachen. Ohne den Über-

⁴⁰⁸ EuGH 07.03.1996, Rs C-171/94 und C-172/94, *Merckx und Neuhuys*, Slg 1996, I-1253, Rz 22.

⁴⁰⁹ EuGH 25.01.2001, Rs C-172/99, *Oy Liikenne*, Slg 2001, I-745.

gang weiterer materieller/immaterieller Betriebsmittel oder einer wesentlichen Anzahl von Personal ist daher nicht von einem Betriebsübergang im Outsourcing auszugehen nur weil sich der Nutzende nicht ändert.

2.3 Stellungnahme

Mit der dem Outsourcing charakteristisch inne liegenden Struktur der Kontinuität, Gleichartigkeit der Leistungen und Kundenstruktur lässt sich daher ohne den Übergang weiterer materieller oder immaterieller Betriebsmittel ein Betriebsübergang alleine nicht begründen.

3 Outsourcing außerhalb des Betriebsübergangs

Unabhängig von der vorstehend dargestellten Grundstruktur der Outsourcing-Maßnahmen und vorbehaltlich der genaueren Prüfung auf der Betriebsmittelseite kann zunächst negativ abgegrenzt werden, wann ein Outsourcing keinen Betriebsübergang darstellt.

3.1 Rein gesellschaftsrechtliche Vorgänge

Soweit sich eine Outsourcing-Maßnahme ausschließlich auf die Ebene der Gesellschafter einer Gesellschaft beschränkt, bleibt die Kontinuität der betrieblichen oder unternehmerischen Einheit bestehen und für arbeitsrechtliche Konsequenzen ohne Belang.

So kann das Outsourcing zB in dem (Teil-)Verkauf einer (Konzern-)Gesellschaft bestehen, bei der der Outsourcing-Partner vollständig

oder partiell Anteile des Unternehmens (als sog „share-deal“) erwirbt. In diesem Fall kommt es lediglich zu einem Wechsel auf der Ebene der Gesellschafter, der das Unternehmen und im Zusammenhang mit der Rechtsproblematik des Betriebsübergangs die wirtschaftliche Einheit in ihrem Bestand, ihrer Struktur und der Verbindung zu den Arbeitsplätzen unberührt lässt.⁴¹⁰

Davon abzugrenzen sind die zunächst auf gesellschaftsrechtliche Vorgänge zielenden Outsourcings-Maßnahmen, die aber mit einer Organisations-/ Strukturänderungen verbunden sind. Insbesondere im Bereich des sog internen Outsourcings⁴¹¹ erfolgen vielfach Ausgründungen in Tochtergesellschaften oder innerhalb eines Konzernverbundes (zB Ausgliederungen von Betriebs-/ Besitzgesellschaften oder unterstützenden Bereichen (IT, Servicefunktionen, Kantinenbetrieb oä) in eigenständige Gesellschaften). Hierbei ist es zunächst ohne Auswirkung für die arbeitsrechtliche Beurteilung zu prüfen, ob die Ausgliederung in eine neu zu gründende oder bereits bestehende Gesellschaft erfolgt und wie deren Gesellschafterverhältnisse (zB als 100%ige Tochtergesellschaft oder mit Beteiligung von Dritten) erfolgt. Liegt gesellschaftsrechtlich bei diesen Maßnahmen eine Umwandlung (insbes Spaltung oder Verschmelzung) vor, sind diese Outsourcing-Vorgänge dem Rechtssystem des Betriebsübergangs nicht entzogen.

Vielmehr verweist *Binder* schon auf die Gesetzesmaterialien zum AVRAG, wonach die umwandlungsrechtlichen Sachverhalte Umwandlung, Einbringung, Zusammenschluss⁴¹², Realteilung und Spaltung erwähnt sind.⁴¹³

⁴¹⁰ Vgl OGH 29.09.2004, 9 ObA 47/04h; OGH 02.03.2007, 9 ObA 78/06w; *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 22.

⁴¹¹ S S 10, Z 4.1.

⁴¹² Hinsichtlich der Verschmelzung von Unternehmen vgl OGH 26.02.2004 8 ObA 113/03f.

Auch das deutsche Umwandlungsgesetz⁴¹⁴ (UWG) sieht explizit bei der Umwandlung von Rechtsträgern durch Verschmelzung, Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung), Vermögensübernahme und durch Formwechsel (§ 1 Abs 1 UWG) eine Rechtsfolgenverweisung der Anwendung des § 613a Abs 1, 4 bis 6 BGB vor (§ 324 UWG).

Insoweit kann festgehalten werden, dass sowohl nach dem österreichischen als auch dem deutschen Recht im Gesellschaftsrecht verankerte Umwandlungsvorgänge, soweit diese im Bereich des Outsourcings anzutreffen sind⁴¹⁵ grundsätzlich auch als Betriebsübergänge qualifiziert werden können.

3.2 Funktions- / Auftragsnachfolge

Mit Ausnahme der zuvor skizzierten rein gesellschaftsrechtlichen Vorgänge des Share-Deals, welche keine Auswirkung auf die wirtschaftliche Einheit haben, ist ein Outsourcing dann nicht vom Rechtssystem des Betriebsübergangs erfasst, wenn bei der Aufgabe der bisherigen internen Organisationsstruktur die bisherigen Betriebsmittel (inkl Personal) nicht auf den künftigen Dienstleister übergehen und dieser lediglich die Leistung in eigener Organisation mit seinen eigenen Betriebsmitteln und Personal ausführen wird.

Es handelt sich dabei um einen Fall der sog Funktions- oder Auftragsnachfolge⁴¹⁶, die keinen Betriebsübergang darstellen, weil hierbei gerade kein

⁴¹³ Vgl *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 23 mwN.

⁴¹⁴ Gesetz v 28.10.1994 (BGBl I S 3210) idF v 22.12.2011 (BGBl I 3044).

⁴¹⁵ ZB wird der reine Formwechsel im Bereich des Outsourcings keine eigenständige Bedeutung haben.

⁴¹⁶ S o Teil IV Z 4.1.4, S 64.

identitätsprägender Kern der Wertschöpfung übertragen oder weiter genutzt wird.⁴¹⁷ Dies ist in der nationalen Rechtsprechung Österreichs⁴¹⁸ und Deutschlands⁴¹⁹ anerkannt. Die unternehmerischen Umstrukturierungsmaßnahmen des Outsourcenden stellen sich dann im Hinblick auf die bisherige Tätigkeit innerhalb der wirtschaftlichen Einheit als eine Betriebs(teil)stilllegung dar, in deren Umsetzung es zum Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten für einzelne Mitarbeiter kommen kann.

In der Rechtsprechung des OGH ist die Betriebs(teil)stilllegung zum einen geprägt durch den subjektiven, ernsthaften und endgültigen Willen des Verantwortlichen, jede Tätigkeit im Rahmen der bisherigen Organisationseinheit auf nicht absehbare Zeit zu beenden und objektiv dadurch, dass alles dazu Notwendige getan ist.⁴²⁰ Inhaltlich gleichlaufend formuliert das BAG der bundesdeutschen Rechtsprechung *„die Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft, die ihre Veranlassung und zugleich ihren unmittelbaren Ausdruck darin findet, dass der Arbeitgeber die bisherige wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, den bisherigen Betriebszweck dauernd und für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlichen nicht unerhebliche Zeitspanne nicht weiter zu verfolgen.“*⁴²¹

Die Betriebsstilllegung ist daher die vollständige Einstellung der Tätigkeit einer organisatorischen Einheit und zwar in subjektiver und objektiver

⁴¹⁷ Vgl BAG 28.05.2009, 8 AZR 273/08, NZA 2009, 1267 (1270 Rz 49) zur Kündigung des Anzeigenvertriebs durch einen Verlag.

⁴¹⁸ ZB OGH 22.02.2011, 8 ObA 41/10b, DRdA 2012, 487 (*Firle*); *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 54 mVa OGH 8 ObA 61/91z, DRdA 2000, 332.

⁴¹⁹ St Rspr seit BAG 22.05.1985, 5 AZR 173/84, NZA 1985, 775.

⁴²⁰ OGH 29.03.2001, 8 ObA 207/00t; *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 66.

⁴²¹ BAG 10.10.1996, 2 AZR 477/95, NZA 1997, 251 (252).

Hinsicht. Damit ist im Hinblick auf einer Betriebs- oder Betriebsteilstilllegung in aller Regel auch das Kriterium einer wirtschaftlichen Einheit im Sinne des Betriebsübergangsrechts erfüllt. Insoweit schließt die Betriebsstilllegung einen Betriebsübergang aus, da keine wirtschaftliche Einheit für eine Übertragung oder Übergang (mehr) verbleibt.

Der Betriebsstilllegung muss darüber hinaus ein zeitliches Element, nämlich deren Durchführung auf eine nicht absehbare, wirtschaftlich erhebliche Zeitspanne innewohnen. Auch hier besteht eine Parallele im Betriebsübergangsrecht mit dem Kriterium der „Dauer einer eventuellen Unterbrechung der Tätigkeit“ in der Rspr des EuGH.

Der Betriebsübergang ist -vereinfacht gesprochen- die Übertragung und Fortführung der wirtschaftlichen Einheit. Ist diese zum Zeitpunkt der Fremdvergabe nicht mehr existent, schließt dies die Anwendung eines Betriebsübergangs grundsätzlich aus.⁴²² Gleiches gilt, wenn diese wirtschaftliche Einheit nicht übergeht, was bei der Funktionsnachfolge der Fall ist, wenn der neue Outsourcing-Partner (zB Vergabe von Telefonleistungen an Call-Center-Betreiber oder die Fremdvergabe von Produktionsteilen an einen Werkunternehmer) weder materielle, immaterielle Betriebsmittel, Personal oder deren bisherige Organisationsstruktur übernimmt.

Dabei kommen auch sog betriebsmittelarme Tätigkeiten in Betracht, deren Fach- und Sachkenntnis bei dem Outsourcing-Partner bereits vorhanden ist und daher eine Übernahme von Personal oder besondere Kompetenzen nicht notwendig ist oder auch Bereiche eines gezielten Zukaufs von Produkten zur weiteren Verarbeitung.

⁴²² *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 66; *Preis* in Erfurter Kommentar § 613a BGB Rz 56 mwN.

4 Outsourcing als Betriebsübergang

4.1 Vorprüfungen

Die jeweilige Prüfung und Beurteilung eines Outsourcing-Sachverhalts setzt an, ob die zu verlagernden Aufgaben, Funktionen oder Dienstleistungen einen Betrieb im Sinne einer abgrenzbaren wirtschaftlichen Einheit bei dem Outsourcenden darstellen. Fehlt es bereits an der Betriebseigenschaft, ist in der Verlagerung selbst kein Betriebsübergang zu sehen.

4.2 Eindeutige Vorgänge und Gestaltungen

Einen klassischen und im Hinblick auf das - positive - Vorliegen eines Betriebsübergangs einfach gelagerten Fall des Outsourcings stellt dabei die komplette Fremdvergabe eines Betriebs-/Unternehmensbereichs mitsamt der Organisation, Betriebsmitteln (insb des Personals) dar.

Ein solcher Sachverhalt ist zumeist in der Form des internen Outsourcings⁴²³ (auch zum Teil Ausgliederung genannt) vorzufinden, bei dem strukturelle Organisationsänderungen auf Betriebs-/Unternehmens- oder Konzern-ebene verfolgt werden. Ob eine solche Ausgliederung in eine rechtlich unabhängige Gesellschaft, ob neu gegründet oder bereits bestehend, ob zusammen mit Investoren oder innerhalb eines Konzernverbundes erfolgt, ist für die arbeitsrechtliche Beurteilung ohne Belang.

Diese Komplettübertragungen finden sich in Verselbstständigungen

⁴²³ Vgl oben Teil I Z 4.1 S 10.

von Serviceeinheiten (der Finanzen, der EDV⁴²⁴, des Vertriebs⁴²⁵ oder des Immobilienmanagements) oder in der einfachen Aufspaltung in Betriebs- und Besitzgesellschaft. In diesem Fall wird der neu geschaffene Outsourcing-Partner die bisherigen Leistungen unverändert und mit der bisherigen Organisationsstruktur weiterhin zur Verfügung stellen. Die Regelungen des Betriebsübergangs werden hierbei in aller Regel anzuwenden sein.

4.3 Betriebsmittel- / Personalübernahme nach Art des Betriebs

4.3.1 Einleitung

Nur in seltenen Fällen lassen sich Outsourcing-Maßnahmen jedoch so eindeutig beurteilen, weil zB keinerlei oder alle Betriebsmittel, Kunden, Personal usw übernommen oder nutzbar gemacht werden.⁴²⁶ Wie bereits herausgestellt wurde, liegt die Ähnlichkeit der Tätigkeit vor und nach der Übertragung und im Wesentlichen der unveränderte, partizipierende Kundenkreis vor. Auch wird hinsichtlich der Kontinuität der Tätigkeiten eine lange - gar identitätszerstörende - Dauer der Unterbrechung⁴²⁷ der Tätigkeit ebenfalls nicht vorliegen. Die Kriterien der Entscheidung der Rs *Spijkers* sind jedoch in ihrer Gesamtheit zu würdigen.⁴²⁸ Hinzu kommt, dass die Entscheidung des EuGH in der Rs *Klarenberg* herausstellt, dass bei dem Übergang einer wirtschaftlichen Einheit - auch im Rahmen des Outsourcings - die dieser Einheit

⁴²⁴ OGH 8 ObA 91/97h, DRdA 1998, 284 (*Wagnest*).

⁴²⁵ OGH 9 ObA 5/00a, RdW 2000/456, 488, OGH 8 ObA 143/98g, DRdA 2000/54, 506 (*Reissner*).

⁴²⁶ Zu den eindeutigen Negativ-Beispielen vgl oben Teil III Z 3, S 138.

⁴²⁷ Vgl *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 66; *Resch*, Betriebsstilllegung - Betriebsidentität, in *Jabor-negg/Resch* (Hrsg), Betriebsübergang. Arbeitsrechtliche Fragen (1999), 41 (45) unter Bezugnahme auf die Wertung der BÜ-RL spätestens nach dem Ablauf eines Jahres.

⁴²⁸ S o S 56, Teil II Z 4.1.3.

inne liegenden und fortgeführten funktionalen Verknüpfung ein wesentlicher Aspekt zukommt.

Dies knüpft unmittelbar an die in praxi schwierige Beurteilung der Outsourcing-Maßnahme an, ob - je nach Sicht der beteiligten Parteien - eine ausreichende oder nicht ausreichende Übernahme von sachlichen (materiellen und immateriellen) Betriebsmitteln und/oder Anteils des Personals als sachliches und/oder personelles Substrat⁴²⁹ vorliegt. Die Beurteilung des wesentlichen Substrats sachlicher oder personeller Art bestimmt sich nach der Art des Betriebs, eines Branchenbezugs und danach, ob dessen wirtschaftliche Betätigung durch wesentliche sachliche Betriebsmittel oder durch das Personal und dessen Sachkunde geprägt ist. Die Unterscheidung vollzieht sich daher nach betriebsmittelgeprägten und betriebsmittelarmen Betrieben. Die Bandbreite der Outsourcing-Vorgänge und verlagerten Produktions- oder Dienstleistungen, Funktionen oder Tätigkeiten ist insoweit groß.

Nach der Feststellung in Teil I dieser Arbeit findet sich das Outsourcing verstärkt in den Bereichen wieder, die nicht dem Kerngeschäft des Outsourcenden entsprechen und die zumeist unterstützenden Charakter haben. Im Produktionsbereich eines Unternehmens können dies zB Auftragsfertigungen Dritter sein, die als Vor- oder Zulieferprodukte der eigenen Produktion nützlich gemacht werden. Im Dienstleistungsbereich eines Unternehmens sind dies zumeist unterstützende Funktionen wie Service- und Versorgungsdienste, die zur notwendigen Unterstützung des Betriebs notwendig oder nützlich, aber nicht dem Kernbereich der Wertschöpfung zugehörig sind. Die Beispiele der Praxis beziehen sich dabei auf die Hausverwaltung nebst Bewa-

⁴²⁹ *Binder, AVRAG² § 3 Rz 50.*

chung, Reinigungsdienste, Versorgungsdienstleistungen (zB Kantinenbetrieb), Lager-/Fuhrparkverwaltung und Logistik bis zu der Personaladministration und Buchhaltung. Darüber hinaus sind dies die technisch komplexen Bereiche der IT und EDV.

Die vorgenannten Bereiche sind im Wesentlichen als Dienstleistungen durch deren Schwerpunkt im Personaleinsatz geprägt. Entscheidend ist dabei allerdings, in wie weit (zB bei der Lagerhaltung, Logistik, Fuhrpark oder IT/EDV) im Einzelfall und der speziellen Gestaltung auf die Bedeutung der sächlichen Betriebsmittel und der Absprache der Parteien zur Nutzung/Übertragung abzustellen ist.

Die früher von dem BAG getroffene Unterscheidung danach, ob eine sogenannte eigenwirtschaftliche Nutzung von Betriebsmitteln notwendig ist, besteht in dieser Form nicht mehr fort. Das Bundesarbeitsgericht hatte im Zusammenhang die Notwendigkeit der Eigenwirtschaftlichkeit der Betriebsmittel betont, wenn diese übertragen werden.⁴³⁰ Die Unterscheidungsformel war hierbei, ob die Arbeit mit Betriebsmitteln oder die Arbeit an Betriebsmitteln erfolgt, da anderenfalls gerade bei Reinigungsaufträgen in Abgrenzung zur Auftragsnachfolge die Räumlichkeiten als vom Eigentümer/Mieter/Pächter übertragene sächliche Betriebsmittel angesehen werden könnten.⁴³¹ Der europäische Gerichtshof hat demgegenüber in der Entscheidung der Rs *Güney Görres*⁴³² das Kriterium der eigenwirtschaftlichen Nutzung der Betriebsmittel zurückgewiesen. Dem folgt das BAG seitdem uneinge-

⁴³⁰ BAG 11.12.1997, 8 AZR 426/94, NZA 1998, 532 bei Neuvergabe eines Catering-Auftrags; BAG 22.01.1998, 8 AZR 775/96, NZA 1998,638 bei der Neuvergabe eines Bewachungsauftrags.

⁴³¹ Vgl insbes BAG 11.12.1997, 8 AZR 426/94, NZA 1998, 532.

⁴³² EuGH 15.12.2005, RS C-232/04, *Güney Görres*, Slg 2005 I, 11237

schränkt.⁴³³

Dennoch bleibt die schwierige Unterscheidung im Outsourcing, ob der Betrieb als solcher als Betriebsmittelarm oder Betriebsmittelgeprägt anzusehen ist, weil hiernach die Gewichtung der weiteren Kriterien der wirtschaftlichen Einheit und ihrer Identität bei dem Übergang vorzunehmen ist.

4.3.2 Betriebsmittelarme Bereiche

Nach der Entscheidung des EuGH in der Rs *Jouini*⁴³⁴, kommt es für die Beurteilung einer wirtschaftlichen Einheit iSd Betriebsübergangsrechts jedoch nicht unbedingt auf bedeutsame materielle oder immaterielle Betriebsmittel an. Vielmehr kann auch eine organisierte Gesamtheit von Arbeitnehmern in bestimmten Branchen und Wirtschaftszweigen selbst eine solche wirtschaftliche Einheit darstellen, bei denen ihre organisierte personelle Gesamtheit und ihre auf Dauer angelegte Zweckrichtung die Qualität einer wirtschaftlichen Einheit ausmachen kann. Allgemein hat sich hierbei der Begriff der betriebsmittelarmen Branche gebildet und wurde auf nationaler und europäischer Ebene gerade an Reinigungsdienstleistungen fortentwickelt.⁴³⁵ Diese Reinigungsdienstleistungen können innerhalb der Outsourcing-Praxis als Prototypus für vom Unternehmenskern ferne Leistungen angesehen werden, die besonders oft fremdvergeben werden.

Die Rechtsprechung für die betriebsmittelarmen Branchen und die Kriterien für das Vorliegen eines Betriebsübergangs sind indes nicht klar zu

⁴³³ ZB BAG 06.04.2006, 8 AZR 222/04, NZA 2006, 723.

⁴³⁴ EuGH, 13.09.2007, Rs C-458/05, *Jouini*, Slg 2007, I-7301.

⁴³⁵ zB EuGH 14.04.1994, Rs C-392/92, *Schmidt*, Slg 1994, I-1311; EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Sützen*, Slg 1997, I-1259; BAG 13.11.1997, 8 AZR 295/95, NZA 1998, 249; BAG 11.12.1997, 8 AZR 729/96, NZA 1998, 534.

greifen und vom Einzelfall abhängig. Gerade wenn weitere materielle oder immaterielle Betriebsmittel nicht übergehen, ist die Abgrenzung der Übernahme von Personal in der Struktur einer wirtschaftlichen Einheit im Einzelfall von der Auftrags-/Funktionsnachfolge abzugrenzen.

Die Grenzziehung muss dort vorgenommen werden, wo sich der Erwerber allein durch die Übernahme von Personal eine bestimmte Methodik oder Organisation der Leistungserbringung zunutze macht, die durch die Zusammenfassung der übernommenen Arbeitnehmer abbildet. Es bedarf daher einer Mindestanzahl von übernommenem Personal, die gerade diese Struktur verkörpert. Je geringer das Anforderungsniveau an das betreffende Personal ist, desto höher muss hierbei der Grad der inne liegenden Methodik/Organisation und Anzahl des Personals angesetzt werden, das auf den Erwerber übergeht.

Der EuGH hat in der Rs *Abler* hierfür auf den „nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals“ abgestellt, das vom Veräußerer bzw. Vorgänger in der Leistungserbringung für die Durchführung derselben Tätigkeit eingesetzt wurde abgestellt.⁴³⁶ Dem hat sich der OGH in der nationalen Fortführung der Sache *Abler* angeschlossen.⁴³⁷ Auch das BAG stellt auf die „Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden sind“ ab, deren Identität dann auch bei Übernahme bestehen bleibt, „wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals (Hauptbelegschaft) übernimmt, das sein Vorgänger gezielt

⁴³⁶ St Rspr seit EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259 Rz 21, vgl zB auch EuGH 20.11.2003, Rs C-340/01, *Abler*, Slg 2003, I-14023 Rz 39.

⁴³⁷ OGH 24.01.2004, 8 ObA 122/03d, DRdA 2004, 272.

bei dieser Tätigkeit eingesetzt hat.“⁴³⁸

Der nach Zahl und Sachkunde wesentliche Teil des Personals wird in der Rspr das BAG zumindest oberhalb von einem Prozentsatz von 60⁴³⁹ anzu-nehmen sein, im Einzelfall wurde aber auch die Übernahme von 75% der Belegschaft bei einfachen Tätigkeiten als nicht ausreichend für die das Vorliegen eines Betriebsübergangs angesehen.⁴⁴⁰

Soweit das Outsourcing in Bereichen stattfindet, deren Schwerpunkt auf der menschlichen Arbeitskraft liegt, wird die gegebenenfalls damit einhergehende Übertragung materieller Betriebsmittel nur untergeordnet zu berücksichtigen sein.

So ist das Outsourcing in den Bereichen der Bewachung, Reinigung, Buchhaltung und Personaladministration als betriebsmittelarm anzusehen sein und die dazu ergangene Rechtsprechung in Bezug auf die Prüfung eines Betriebsübergangs direkt anzuwenden sein.

4.3.3 Betriebsmittelgeprägte Bereiche

Die im Einzelfall konkret durchzuführende Bewertung kann mitunter schwierig sein, wie sich am Beispiel des Outsourcings von Bewirtung und eines Kantinenbetriebs in der Entscheidung des EuGH in der Rs *Abler* zeigt. Der

⁴³⁸ BAG 24.05.2005, 8 AZR 333/04, NZA 2006, 31.

⁴³⁹ Verneinend bei Übernahme im Bereich Reinigung, Essenausgabe und Küchenarbeiten vgl BAG 24.05.2005, 8 AZR 333/04, NZA 2006, 31.

⁴⁴⁰ Verneinend bei 75% der Belegschaft im Hol- und Bringdienst eines Hospitals mit geringen Qualifikationsanforderungen vgl BAG 10.12.1998, 8 AZR 676/97, NZA 1999, 420.

EuGH⁴⁴¹ und dem nachfolgend der OGH⁴⁴² legten den Schwerpunkt bei dem Betrieb der Spitalskantine auf die Betriebsmittelprägung und auf die Übertragung der materiellen Betriebsmittel. Auf die Nicht-Übernahme von Personal kam es bei der Beurteilung des Betriebsübergangs damit nicht (mehr) an.

Es zeigt sich in der Rs *Abler* besonders, dass abweichende Konstellationen in der Ausgestaltung des Outsourcings auch zu einem anderen Ergebnis kommen können. So hat zB das BAG im Falle einer Fremdvergabe der Kantine einen Betriebsübergang abgelehnt, weil sich in diesem Zusammenhang eine grundlegende Änderung der Abläufe ergeben hatte: die bisher selbst frisch durchgeführte Zubereitung der Speisen wurde fortan durch den Nachfolger umgestellt darauf, dass bereits fertig angelieferte Waren nur noch aufgewärmt und herausgegeben wurden.⁴⁴³ Durch die Änderung des Betriebskonzeptes ging das BAG davon aus, dass kein Betriebsübergang vorliegt, weil sich mit der Änderung dieses Konzeptes auch der Betriebszweck als wesentliche organisatorische Veränderung ergeben habe.⁴⁴⁴

Diese Kriterien sind auch für die anderen typischen von einem Outsourcing erfassten Bereiche zum Beispiel der Fuhrparkverwaltung, Logistik, Lagerverwaltung usw je nach Einzelfall zu übertragen, weshalb jeweils die Bedeutung, der Einsatz und die identitätsstiftende Nutzung der materiellen und immateriellen Ressourcen im Gesamtkontext zu beurteilen sind. Die Gesamtschau aller Kriterien bei dem Übergang der sächlichen und immateriellen Betriebsmittel, aber auch aus dem Übergang von Personal, Führungskräfte

⁴⁴¹ EuGH 20.11.2003, Rs C-340/01, *Abler*, Slg 2003, I-14023 = ASoK 2004, 53 (*Stärker*) = NZA 2003, 1385 = BB 2004, 272 (*Schnitker/Grau*) = DRdA 2004, 189 (*Majoros*) = ZAS 2004, 132 (krit *Loibner*) = ZESAR 2004, 135 (*Reissner*).

⁴⁴² OGH 23.01.2004, 8 ObA 122/03d, DRdA 2004, 272.

⁴⁴³ BAG 17.12.2009, 8 AZR 1019/08, NZA 2010, 499.

⁴⁴⁴ BAG 17.12.2009, 8 AZR 1019/08, NZA 2010, 499 Rz 29.

ten, der Übernahme von Arbeitsorganisation und Betriebsmethoden muss für die Frage der Wahrung der Identität herangezogen werden.

*Binder*⁴⁴⁵ geht davon aus, dass die betriebsmittelverstärkte Ausgliederung und deren Übertragung an Fremdunternehmen zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung „unzweifelhaft“ einen Übertragungstatbestand im Sinne des Betriebsübergangs darstellen. Dem kann insoweit gefolgt werden, dass eine dezidierte Kasuistik in der Rechtsprechung des OGH⁴⁴⁶ und des BAG besteht. Es dürfte jedoch als zu pauschal gelten, Outsourcing-Vorgänge „unzweifelhaft“ als Betriebsübergänge anzusehen.

4.4 Betriebsorganisation und funktionale Verknüpfung

Neben der Übertragung relevanter und prägender Betriebsmittel besteht die wirtschaftliche Einheit als Umschreibung des Betriebsbegriffes gerade aus einer ihr inne liegenden Organisationsstruktur, die sich der Erwerber zu Nutze macht, um fortan seine Leistungen zu erbringen. Die Gleichartigkeit der Tätigkeit bei fortbestehender Organisationsstruktur ist daher ein wesentliches Kriterium für die Beurteilung von Outsourcing-Vorgängen, da die Anwendbarkeit der BÜ-RL auch voraussetzt, dass eine wirtschaftliche Einheit identitätswahrend fortgeführt wird.

Wesentliches Charakteristikum für die Durchführung einer externen⁴⁴⁷ Outsourcing-Maßnahme ist, dass ein spezialisierter Partner mit den bisher unternehmens- oder betriebsintern durchgeführten Aufgaben betraut wird.

⁴⁴⁵ *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 55 auch mVa *Reissner*, JAP 2004/2005, 34 ff; *Holzer/Reissner*, ASoK 2004, 212 ff.

⁴⁴⁶ *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 55 mVa die Rspr-Übersicht.

⁴⁴⁷ S o Teil I Z 4.2, S 12,

Praktische Beispiele vergleichbarer Outsourcing-Vorgänge sind die Fremdvergabe der (Lohn-)Buchhaltung an externe Dienstleister oder die Übertragung des Server-Hostings an ein Rechenzentrum.

In all diesen Fällen wird man davon ausgehen können, dass die bisherigen Organisationsstrukturen bei der Integration ihre bisherige Struktur und Selbständigkeit verlieren, was selbst bei der Übernahme von prägenden oder wesentlichen Betriebsmitteln und/oder Personal nach der früheren Rspr des BAG einem Betriebsübergang entgegenstand.⁴⁴⁸ Ausschlaggebend für die Rechtsprechungsänderung des BAG war die Entscheidung des EuGH in der Rs *Klarenberg*.⁴⁴⁹

In der Entscheidung der Rs *Klarenberg* hatte sich der EuGH in dem Vorabentscheidungsverfahren des vorliegenden LAG Düsseldorf⁴⁵⁰ ua mit der Vorlagefrage zu befassen, dass das BAG in seiner Rechtsprechung einen Betriebsübergang nicht annehme, wenn der Erwerber den Betriebsteil nicht im Wesentlichen unverändert und unter Wahrung seiner Identität fortführe.⁴⁵¹ Im Ausgangsfall ging es darum, dass Herr Klarenberg als Kläger zunächst bei der ET Electrotechnology GmbH (nachfolgend kurz ET genannt) beschäftigt und dort Leiter einer größeren Abteilung war. Ende 2005 übertrug der Arbeitgeber einerseits alle wichtigen Betriebsmittel an die Ferrotron Technologies GmbH (nachfolgend kurz Ferrotron genannt), andererseits das Know-How und die Patente an deren amerikanische Muttergesellschaft. Von dem Erwerber Ferrotron wurden nur einzelne Arbeitnehmer übernommen, insbesondere nicht Herr Klarenberg, der weiter bei der ET arbeitete. Die über-

⁴⁴⁸ S o S 84, Teil II 4.3.5.

⁴⁴⁹ EuGH 12.02.2009, Rs C-466/07, *Klarenberg*, Slg 2009, I-803.

⁴⁵⁰ LAG Düsseldorf 10.08.2007, 9 Sa 303/07, NZA-RR 2008, 17.

⁴⁵¹ EuGH 12.02.2009, Rs C-466/07, *Klarenberg*, Slg 2009, I-803 Rz 21.

nommenen Arbeitnehmer mussten bei der Ferrotron neben ihren bisherigen auch zusätzliche Arbeiten verrichten und wurden anderen Organisationsbereichen als bisher zugeordnet. Als die ET im Jahre 2006 insolvent wurde, verklagte Herr Klarenberg die Ferrotron auf Weiterbeschäftigung mit der Begründung, auch sein Arbeitsverhältnis sei wegen eines Betriebsteilübergangs auf die Ferrotron übergegangen.

Nachdem erstinstanzlich⁴⁵² die Klage abgewiesen wurde, legte das LAG Düsseldorf als Berufungsinstanz in einem Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV dem EuGH vor, ob der Verlust der organisatorischen Selbständigkeit eines übernommenen Betriebsteils im Betrieb des Übernehmers einen Betriebsteilübergang immer ausschließt, was der EuGH in der Rs *Klarenberg* verneinte. Daraufhin entschied das LAG den Fall zugunsten von Herrn Klarenberg.⁴⁵³

Ogleich die Identität und der Fortbestand der wirtschaftlichen Einheit im Hinblick auf die zugrundeliegende Organisationsstruktur zum Wesen der wirtschaftlichen Einheit gehört, hat der EuGH damit darauf verwiesen, dass eine Änderung der Organisationsstruktur der übertragenen Einheit der Anwendung der BÜ-RL nicht entgegenstehe und verweist dabei auf die Entscheidungen in den Rs *Merckx*, *Mayeur* und *Jouini*.⁴⁵⁴ Der EuGH stellt fest, dass die Beibehaltung einer funktionalen Verknüpfung zwischen den übertragenen Faktoren ausreiche, die es dem Erwerber erlaubt, diese, selbst

⁴⁵² ArbG Wesel, Urteil vom 29.11.2006, 4 Ca 1826/06.

⁴⁵³ Letztlich wies das BAG jedoch die Klage von Herrn Klarenberg in der Revisionsinstanz ab, weil es an einer organisierte Gesamtheit von Personen und/oder Sachen als wirtschaftliche Einheit beim Veräußerer fehlte und daher kein Betriebsteils vorlag, vgl BAG 13.10.2011 8 AZR 455/10, NZA 2012, 504, instruktiv auch *Salamon*, Der Betriebssteilbegriff des § 613a BGB, NZA 2012, 482.

⁴⁵⁴ EuGH 12.02.2009, Rs C-466/07, *Klarenberg*, Slg 2009, I-803 Rz 44.

wenn sie nach der Übertragung in eine neue, andere Organisation eingegliedert werden, zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen.⁴⁵⁵

Nach der Entscheidung des EuGH in der Rs *Klarenberg* musste die Rspr des BAG zu der sog identitätszerstörenden Eingliederung angepasst werden. Bis zum Jahr 2009 ging das BAG davon aus, dass eine vollständige Eingliederung in die eigene Organisationsstruktur des Erwerbers „identitätszerstörend“ wirke und sich der Erwerber damit nicht die bisherige Organisation der wirtschaftlichen Einheit mehr zunutze mache.⁴⁵⁶ Noch in der Entscheidung vom 14.08.2007⁴⁵⁷ hat das BAG das Vorliegen eines Betriebsübergangs verneint, weil die Integration von 19 übernommenen Reinigungsfachkräften in eine bestehende Struktur von 1900 Beschäftigten eine wesentlich veränderte organisatorische Zusammenfassung der Ressourcen darstelle und die wirtschaftliche Identität des Betriebes nicht erhalten werde.

In der Entscheidung vom 22.01.2009 hatte sich das BAG⁴⁵⁸ einen Sachverhalt zu beurteilen, bei der alle bisher aufgeteilten und von verschiedenen Dienstleistern und zum Teil intern wahrgenommenen Facility Leistungen (technisches Management, Instandhaltung) zusammengefasst und an eine neu gegründete Gesellschaft vergeben wurden. Einer der bisherigen Auftragnehmer dieser Teilleistungen beschloss darauf hin, seinen Betrieb stillzulegen und seine Mitarbeiter zu entlassen.

⁴⁵⁵ EuGH 12.02.2009, Rs C-466/07, *Klarenberg*, Slg 2009, I-803 Rz 48.

⁴⁵⁶ BAG 24.04.1997, 8 AZR 848/94, NZA 1998,253; BAG 26.06.1997, 8 AZR 426/95, NZA 1997, 1228; BAG 23.09.2003, 8 AZR 421/02, NZA 2004, 316; BAG 06.04.2006, 8 AZR 249/04, NZA 2006, 1039.

⁴⁵⁷ BAG 14.08.2007, 8 AZR 1043/06, NZA 2007, 1431.

⁴⁵⁸ BAG 22.01.2009, 8 AZR 158/08, NZA 2009, 905.

Noch vor der Veröffentlichung der Entscheidung des EuGH in der Rs *Klarenberg* verneinte das BAG dabei erstmals zwar das Vorliegen eines Betriebsübergangs, setzte sich aber auch mit der Identitätsbewahrung auseinander und zwar dahingehend, dass der Fortbestand der einer organisatorischen Zusammenfassung und ihrer funktionellen Verknüpfung von Ressourcen entscheidend sei.⁴⁵⁹ Das sei „nicht so sehr auf die konkrete Organisation der verschiedenen Produktionsfaktoren durch den Unternehmer abzustellen als vielmehr auf den Zusammenhang der Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung, der die Produktionsfaktoren verknüpft.“⁴⁶⁰

Dies ist gleichlaufend mit der Entscheidung *Klarenberg*, die als identitätsbewahrende Eigenschaft der wirtschaftlichen Einheit erhalten bleibt, wenn die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehalten wird und diese es dem Erwerber erlaubt, diese Faktoren zu nutzen um derselben oder gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen.⁴⁶¹

Alleine der Verlust der Selbstständigkeit aufgrund der Eingliederung in eine größere Organisationseinheit ist daher keine wesentliche Bedeutung zuzumessen.⁴⁶² Nur im Zusammenhang der übernommenen materiellen oder immateriellen Betriebsmittel und in Bezug auf die jeweilige Besonderheit der Branche lässt sich die weiterhin bestehende Funktionsverknüpfung im Einzelfall durch die nationalen Gerichte im Rahmen der ihnen obliegenden Auslegung anhand dieser Kriterien des EuGH klären. Diese Rechtsprechung des

⁴⁵⁹ BAG 22.01.2009, 8 AZR 158/08, NZA 2009, 905 (907) Rz 22.

⁴⁶⁰ BAG 22.01.2009, 8 AZR 158/08, NZA 2009, 905 (2. Orientierungssatz der BAG-Richter).

⁴⁶¹ EuGH 12.02.2009, Rs C-466/07, *Klarenberg*, Slg 2009, I-803 Rz 48.

⁴⁶² So nun auch die st Rspr des BAG hinsichtlich des funktionalen Zusammenhangs seit BAG 28.05.2009, 8 AZR 273/08, NZA 2009, 1267; BAG 17.12.2009, 8 AZR 1019/08, NZA 2010, 499, BAG 07.04.2011, 8 AZR 730/09, NZA 2011, 1231.

EuGH in der Rs *Klarenberg* hat, wenngleich sie von dem BAG aufgegriffen und umgesetzt worden ist, eine heftige Reaktion in der Literatur erfahren.⁴⁶³ Kritisiert wurde insbesondere, dass die Frage des notwendigen Zusammenhangs der der Produktionsfaktoren und der gemeinsame Zweck erheblichen Ermessensspielraum eröffnen und in der Beratungspraxis der bisher sichere Weg (Aufhebung der Identität des übernommenen Betriebsteils) verstärkt infrage gestellt werden muss. Außerdem ist die Abgrenzung des Betriebsübergangs von der Funktions- und Auftragsnachfolge schwieriger geworden.⁴⁶⁴

4.5 Stellungnahme

Zunächst ist festzustellen, dass sich Outsourcingmaßnahmen nicht dem Grundsystem der Beurteilung von Betriebsübergängen entzogen sind, vielmehr durch die Besonderheit in der Zielrichtung der Outsourcingmaßnahme geradezu einen Grundtypus eines Betriebsübergangs darstellen. Entgegen *Binder*⁴⁶⁵ wird man allerdings nicht davon ausgehen können, dass das Outsourcing unzweifelhaft als Betriebsübergang anzusehen ist. Dem Outsourcing immanent ist die Gleichartigkeit der Leistungen, Tätigkeiten und Funktionen vor und nach dem Outsourcing. Dennoch ist entsprechend der Rechtssprechungslinien für den Einzelfall und unabhängig von groben Vor-

⁴⁶³ *Salamon/Hoppe*, Die Maßgabe der fortbestehenden Organisationsstrukturen für den Betriebsteilübergang nach „Klarenberg“, NZA 2010, 989; *Schiefer*, Betriebsübergang gem. § 613a BGB – von Christel Schmidt bis Klarenberg -, in: *Baeck, Ulrich (Hrsg)* Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag (2010) 901; *Willemsen*, Erneute Wende im Recht des Betriebsübergangs - ein "Christel Schmidt II"-Urteil des EuGH?, NZA 2009, 289; *Gaul/Ludwig*, Wird § 613a BGB jetzt uferlos?, DB 2011, 298.

⁴⁶⁴ Vgl zB *Willemsen*, NZA 2009, 289 (293), der eine erhebliche Verwässerung auf der Tatbestandsseite des § 613a BGB sieht.

⁴⁶⁵ *Binder*, AVRAG² § 3 Rz 55 mwN.

einschätzungen eine dezidierte Prüfung in einer Gesamtschau vorzunehmen, die der EuGH aufgestellt hat.

Ein relativ sicheres Mittel, bei Outsourcingvorgängen einen Betriebsübergang zu vermeiden war in der deutschen Praxis die identitätszerstörende Eingliederung in eine andere Organisationsform. Diese Rechtsspielräume sind seit der Entscheidung *Klarenberg* enger geworden. Auch die an dieser Entscheidung sich entzündende Kritik, gerade weil auch auf die Rs *Schmidt*⁴⁶⁶ Bezug genommen wurde, muss sachlicher geführt werden. Der EuGH führt bereits in Rs *Schmidt* eine funktionale Verknüpfung der übertragenen Faktoren in einer neuen Organisationsstruktur an, mit der das Ziel derselben oder gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit auszuführen.⁴⁶⁷ Erst in der Entscheidung der Rs *Süzen* hat der EuGH dies in Bezug auf die Funktions- und Auftragsnachfolge konkretisiert. Das Aufgreifen der Rechtssprechungslinie des EuGH durch das BAG und die nationalgerichtliche Ausgestaltung zu den angewandten Kriterien und der Prüfungsfolge im Einzelfall lassen die Befürchtungen einer nicht handhabbaren Verwässerung als unbegründet erscheinen. Dennoch gilt, dass ein Outsourcing außerhalb eines Betriebsübergangs eher die Ausnahme als die Regel ist und die betroffenen Arbeitsverhältnisse durch den ex-lege-Übergang zumeist geschützt sind.

⁴⁶⁶ Vgl o Fn 135.

⁴⁶⁷ EuGH 12.02.2009, Rs C-466/07, *Klarenberg*, Slg 2009, I-803 Rz 48.

Teil IV

Grenzüberschreitendes Outsourcing (Offshoring)

1 Einleitung

Outsourcing-Vorgänge, die im Folgenden als Offshoring bezeichnet werden, sind solche, bei denen die Fremdvergabe gerade darauf ausgerichtet ist, eine räumliche, meist grenzüberschreitende Veränderung herbei zu führen. Hierdurch sollen die bisherigen Funktionen, Leistungen oder Dienste fortan im Ausland oder vom Ausland aus erbracht werden. Unterschiedliche rechtliche und insbesondere finanzielle Rahmenbedingungen führen im ersten Schritt zu den Erwägungen, diese Tätigkeiten im Inland einzustellen und künftig aus dem Ausland zu beziehen.

Bei der nachfolgenden Betrachtung bleiben jedoch die grenzüberschreitenden Sachverhalte außer Betracht, bei denen keine räumliche und grenzüberschreitende Verlagerung der Tätigkeiten stattfindet, sondern der Kontext im Erwerb durch einen ausländischen Unternehmer im Inland liegt. Vielmehr soll untersucht werden, in wieweit das Recht des Betriebsübergangs durch die tatsächliche grenzüberschreitende Verlagerung berührt ist und sich ein abweichendes Schutzniveau für den betroffenen Arbeitnehmer durch den Auslandsbezug ergibt.

2 BÜ-RL und grenzüberschreitender Kontext

Die BÜ-RL bestimmt ihren territorialen Geltungsbereich in Art 1 Abs 2 für *„wenn und soweit sich das Unternehmen, der Betrieb oder der Unternehmens- bzw. Betriebsteil, das bzw. der übergeht, innerhalb des räumlichen Geltungsbereichs des Vertrags befindet.“*

Damit ist grundsätzlich sichergestellt, dass ein angeglichenes Schutzniveau durch die BÜ-RL innerhalb der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union besteht und die Richtlinie durch die erfolgte Umsetzung umfassend Anwendung findet. Dies gilt zumindest dann, wenn die wirtschaftliche Einheit zum Zeitpunkt des Übertragungsvorgangs innerhalb des räumlichen Anwendungsbereichs, dh innerhalb eines Mitgliedsstaates situiert ist. Mitumfasst sind hierbei auch die Mitgliedsstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) wie Liechtenstein, Norwegen und Island.

Die BÜ-RL sieht jedoch selbst keine Regelungen in Tatbestand und Rechtfolge für grenzüberschreitende Übergänge und Verlagerungen vor.

Als vorbereitendes Dokument in der ersten Phase der Anhörung der Sozialpartner gemäß Art 138 Absatz 2 EG-Vertrag betreffend grenzüberschreitende Übergänge von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen aus dem Juni 2007⁴⁶⁸ setzte sich die europäische Kommission speziell mit den Fragestellungen im Zusammenhang mit den grenzüberschreitenden Sachverhalten auseinander und stellte die Fragen auf, ob die Sozialpartner eine Gemeinschaftsmaßnahme insoweit für zweckmäßig halten. Dem vorangegangen war bereits im Mai 1998 der Report von Prof. *Hepp-*

⁴⁶⁸ <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2442&langId=de> (05.09.2014).

/e über die grenzüberschreitenden Konsequenzen innerhalb der europäischen Union⁴⁶⁹ sowie die Studie der Rechtsanwaltskanzlei CMS über die Anwendbarkeit der BÜ-RL auf grenzüberschreitende Betriebsübergänge⁴⁷⁰.

Soweit ersichtlich kommt die Kommission nach den in Auftrag gegebenen Studien nicht zu der Einschätzung, dass es im Hinblick auf grenzüberschreitende Sachverhalte im Zusammenhang mit Betriebsübergängen ein Handlungs- oder gar Rechtssetzungsbedarf besteht. Dennoch bergen grenzüberschreitende Verlagerungen selbst bei Anwendung des Betriebsübergangsrechts Risiken im Schutzniveau des betroffenen Arbeitnehmers.

Das durch die BÜ-RL vereinheitlichte Schutzniveau bietet selbst zwischen den EU-Mitgliedstaaten keine kongruente Deckung auf der Rechtsfolgenseite für den Fall, dass das Recht eines anderen Staates zur Anwendung kommt. Dies kann ua daraus resultieren, dass die BÜ-RL in einigen Bereichen den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit nationalstaatlicher Regelungen eröffnet hat.⁴⁷¹ So sind die Definition der Begriffe „Arbeitnehmer“, „Arbeitsvertrag“ und „Arbeitsverhältnis“ nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedsstaats zu bestimmen (Art 2 Z 1 lit d, Z 2 RL 2001/23/EG). Auch die den Mitgliedstaaten ermöglichten Optionen nach Artt 3 bis 7 der RL 2001/23/EG und die Möglichkeit, günstigere Rechts- und Verwaltungsvorschriften (Art 8 der BÜ-RL) zu schaffen, können in konkreten Betriebsübergängen und Konstellationen selbst innerhalb der EU zu einem

⁴⁶⁹ *Hepple*, The Legal Consequences of Cross Border Transfers of Undertakings within the European Union, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2446&langId=en> (05.09.2014).

⁴⁷⁰ *Gaul, Jeffreys, Tinhofer, van Wassenhove*, Study on the Application of Directive 2001/23/EC to Cross Border Transfers of Undertakings, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2445&langId=en> (05.09.2014).

⁴⁷¹ S o Seite 30, Z 3.1.4.

abweichenden Ergebnis im Schutzniveau des Arbeitnehmers führen.

Dies bestätigt auch der EuGH in der Rs *Watson Rask*⁴⁷². Der EuGH verweist in dieser Entscheidung auf die Regelungsbefugnis des Mitgliedsstaats, die Möglichkeiten des Erwerbers festzulegen, wie die Pflichten aus dem Arbeitsvertrag, Arbeitsverhältnis oder Kollektivvertrag nach dem Übergang zu regeln sind. Auch im dem Falle, dass der Arbeitnehmer sich entscheidet, das Arbeitsverhältnis nicht bei dem Erwerber fortzusetzen, richten sich die Möglichkeiten, Ausgestaltung und Folgen nach dem nationalen Recht.⁴⁷³

Es muss daher festgestellt werden, dass selbst bei EU-internen grenzüberschreitenden Offshoring-Vorgängen, erst recht aber bei der Beteiligung eines in einem Drittland situierten Erwerbers, sich durch eine ggf ändernde oder geänderte Rechtsordnung Nachteile, zumindest eine unterschiedliche Ausgestaltung für den Arbeitnehmer ergeben können.

3 Feststellung des anzuwendendes Rechts

3.1 Kollisionsregelungen im Betriebsübergangsrecht

Zunächst ist kollisionsrechtlich das für die Beurteilung der grenzüberschreitenden Verlagerung maßgebliche Rechts zu bestimmen.

Die BÜ-RL sieht für den Konflikt widerstreitender Rechtsordnungen bei einem grenzüberschreitenden Betriebsübergang selbst keine Kollisi-

⁴⁷² EuGH 12.11.1992, Rs C-209/91, *Watson Rask*, Slg 1992, I-5755.

⁴⁷³ EuGH 12.11.1998, C-399/96, *Europièces*, Slg. 1998, I-6965, NZA 1999, 31.

onsnorm für die Konkurrenz oder einen Anwendungsvorrang einer der beteiligten Rechtsordnungen vor.⁴⁷⁴ Auch die nationalen Bestimmungen des Betriebsübergangsrechts in Österreich und Deutschland (in den §§ 3 ff AVRAG bzw § 613a BGB) regeln dieses nicht.⁴⁷⁵

Noch im Vorschlag der Kommission zur Ausgangsrichtlinie RL 77/187/EWG wurde seinerzeit als Art 10 eine entsprechende Kollisionsregelung aufgenommen, dass nach dem Betriebsübergang die auf das Arbeitsverhältnis vor dem Vollzug des Übergangs geltende Rechtsordnung weiterhin Geltung behalten sollte.⁴⁷⁶ Umgesetzt wurde dieser Vorschlag jedoch weder in der RL 77/187/EWG noch der nachfolgenden Änderungs-RL 98/50/EG oder der Neukodifikation in der BÜ-RL 2001/23/EG.

3.1.1 Beurteilung nach den nationalen Regelungen des IPR

Da bei einer grenzüberschreitenden Verlagerung stets ein Auslandsbezug iSd § 1 Abs 1 IPRG bzw Art 3 EGBGB gegeben ist, muss die Bestimmung des zur Anwendung kommenden Rechts durch das angerufene Gericht vorgenommen werden (*lex fori*)⁴⁷⁷ und bestimmt sich nach den nationalen Normen des internationalen Privatrechts.

Die österreichischen international-privatrechtlichen Normen sind im

⁴⁷⁴ Ua *Hepple*, Consequences of Cross Border Transfer, 7.

⁴⁷⁵ Vgl *Cohnen*, Betriebsverlagerungen ins Ausland und § 613 a BGB in FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltsverein (2006), 595 (598 f); *Franzen*, Der Betriebsinhaberwechsel, 59; *Feudner*, Grenzüberschreitende Anwendung des § 613a BGB?, NZA 1999, 1184.

⁴⁷⁶ ABI 1974 Nr C 104, 1; *Cohnen*, Betriebsverlagerungen, 595 (599); *Hepple*, Consequences of Cross Border Transfer, 7.

⁴⁷⁷ *Cohnen*, Betriebsverlagerungen, FS Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht 595 (598); BAG 26.05.2011, 8 AZR 37/10 Rz 42, NZA 2011, 1143.

Wesentlichen im IPRG⁴⁷⁸ kodifiziert. In Deutschland sind dies die Regelungen des EGBGB⁴⁷⁹. Seit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union liegt bei den Rechtsordnungen das „Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht“ vom 19.06.1980⁴⁸⁰ (sog Europäisches Schuldvertragsübereinkommen (EVÜ)) zugrunde, wodurch auf europäischer Ebene eine weitgehende Vereinheitlichung der Rechtsvorschriften erfolgte.⁴⁸¹ Marginale Abweichungen ergeben sich im Vergleich der deutschen und österreichischen Regelungen dadurch, dass das EVÜ in Deutschland inkorporiert wurde in der Schaffung der Artt 27 ff EGBGB⁴⁸². Die Republik Österreich hat dem EVÜ als Staatsvertrag auf die nach dem 01.12.1998 abgeschlossenen Verträge⁴⁸³ unmittelbare Wirkung eingeräumt⁴⁸⁴.

3.1.2 Rom I-Verordnung

Mit der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17.06.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (sog Rom I-VO)⁴⁸⁵ traten mit Wirkung ab dem 17.12.2009 neue und innerhalb der Mitgliedstaa-

⁴⁷⁸ BGBl Nr 304/1978 zuletzt geändert durch BGBl I Nr 135/2009.

⁴⁷⁹ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, BGBl 1994 I, 2494, zuletzt geändert durch BGBl 2010 I, 977.

⁴⁸⁰ ABl 1980 Nr L 266, 1.

⁴⁸¹ Zu den Änderungen des österreichischen IPRG durch das EVÜ siehe *Egger*, DRdA 1999, 150 (151) mwN.

⁴⁸² Gem Zustimmungsgesetz v 25.07.1986 (BGBl 1986 II, 809) hatten Art 1-21 EVÜ keine unmittelbare Wirkung. Es bedurfte daher der Umsetzung durch das Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts v 25.7.1986 (BGBl 1986 I, 1142).

⁴⁸³ Für vor dem 01.12.1998 abgeschlossene Arbeitsverträge gilt weiterhin das IPRG aF.

⁴⁸⁴ BGBl III 208/1998, BGBl I 119/1998 und BGBl I 18/1999 unter anderem unter Aufhebung der bisherigen arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Art 44 IPRG, vgl *Egger*, DRdA 1999, 151 Fn 17 mwN; zur Umsetzung des EVÜ innerhalb Österreichs instruktiv *Posch*, Bürgerliches Recht VII, Rz 15/7 f.

⁴⁸⁵ ABl 2008, Nr L 177, 6.

ten⁴⁸⁶ einheitliche Regelungen des internationalen Privatrechts der vertraglichen Schuldverhältnisse⁴⁸⁷ in Kraft.

Die bisherigen einzelstaatlichen Regelungen gelten nur noch für vertragliche Schuldverhältnisse, die vor dem 17.12.2009 begründet worden sind.⁴⁸⁸ Bezogen auf die davor abgeschlossenen Arbeitsverträge als Dauer-schuldverhältnisse werden noch lange parallel die bisherigen Regelungen des EVÜ bzw des bundesdeutschen EGBGB heranzuziehen sein.

Eine wesentliche Veränderung der bisherigen Rechtslage nach EVÜ und EGBGB und der geltenden Anknüpfungsregeln erfolgte durch die Rom I-VO jedoch nicht.⁴⁸⁹ Die nachfolgenden Ausführungen orientieren sich daher an den neuen Bestimmungen der Rom I-VO. Eine Gegenüberstellung der Regelungen mit denen des EGBGB und des EVÜ erfolgt im Anhang der als Synopse.⁴⁹⁰

3.2 Anknüpfungspunkt

Da weder die BÜ-RL noch die nationalen Regelungen des AVRAG bzw BGB eine Anknüpfung für das Statut vorsehen, sind im Offshoring mehrere Anknüpfungen für das auf die Verlagerung und Beurteilung eines Betriebsübergangs anzuwendende Recht denkbar.

⁴⁸⁶ Mit Ausnahme Dänemarks, vgl. *Schneider*, Einfluss der Rom I-VO auf die Arbeitsvertragsgestaltung mit Auslandsbezug, NZA 2010, 1380 (1381) mwN.

⁴⁸⁷ Für außervertragliche Schuldverhältnisse gilt seit dem 11.09.2009 die Verordnung (EG) Nr. 864/2007 vom 31.07.2007 (Rom II-VO), ABI 2007, Nr L 199, 40.

⁴⁸⁸ Art 29 Abs 2 iVm Art 28 Rom I-VO.

⁴⁸⁹ Instrukтив und weiterführend Palandt⁷⁴-*Thorn*, BGB, (IPR) Rom I Rz 2ff.

⁴⁹⁰ S Anhang 1, S 196.

3.2.1 Statut des Veräußerungsvertrags

Zunächst liegt dem Rechtssystem des Betriebsübergangs eine rechtliche Beurteilung eines Rechtsgeschäfts oder rechtsgeschäftsähnlichen Vorgangs zugrunde zwischen dem bisherigen Inhaber des Betriebs als wirtschaftliche Einheit und dessen Nachfolger. Vereinfacht gesprochen sind dies Veräußerer und Erwerber, die vielfach ihre direkten vertraglichen Regelung zur Verlagerung der Tätigkeiten einem bestimmten Recht unterstellen.

Dass der Betriebsübergang nicht notwendigerweise auf einer direkten Vertragsbeziehung beruhen muss, wurde im Rahmen der Arbeit bereits festgestellt. Bei den hier im Fokus stehenden Outsourcing-Maßnahmen und insbesondere im Offshoring wird in aller Regel eine direkte Verbindung bestehen, weshalb vereinfacht von dem Grundtypus der vertraglich bedingten Verlagerung ausgegangen werden soll. Die Auswirkung der Verlagerung auf die betroffenen Arbeitsverhältnisse sind sodann Folge dieses Vertrags zwischen Veräußerer und Erwerber. So könnte das für den Betriebsübergang anzuwendende Recht entsprechend dem Statut des Veräußerungs-/Übernahmevertrags von maßgeblicher Bedeutung zu beurteilen sein (sog Statut des Veräußerungsvertrags).

Eine solche Anknüpfung an das Statut des Veräußerungsvertrags wird in Rechtsprechung und Literatur jedoch allgemein abgelehnt.⁴⁹¹ Hiergegen wird zurecht vorgebracht, dass der Veräußerungsvertrag als idR privatrechtl-

⁴⁹¹ *Geist*, Grenzüberschreitende Betriebsübergang und Arbeitsrecht in *Jabornegg/Resch* (Hrsg), Betriebsübergang. Arbeitsrechtliche Fragen (1999), 58 (60) mwN; *Wisskirchen/Goebel*, Arbeitsrechtliche Aspekte der Verlagerung von Arbeitsplätzen ins Ausland (Off-Shoring), DB 2004, 1937 (1938). *Cohnen*, Betriebsverlagerungen ins Ausland und § 613a BGB, Festschrift 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltsverein (2006), 595 (600 f); *Feudner*, NZA 1999, 1184 (1186).

che Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber nach den Vorschriften des internationalen Privatrechts selbst der freien Rechtswahl unterliegt (Art 3 Abs 1 Rom I-VO) und es den handelnden Parteien anheimgestellt würde, regulierend oder gar missbräuchlich in das Schutzniveau des Arbeitnehmers einzugreifen, um eine ungewünschte Rechtsfolge zu vermeiden. Gegen die Anknüpfung an das Statut des Veräußerungsvertrags spricht dabei auch, dass der Veräußerungsvertrag gesellschafts- und handelsrechtliche Elemente aufweist und regeln soll und die individualvertraglichen Auswirkungen auf das Arbeitsvertragsverhältnis nicht dieser Zweck- und Zielrichtung entsprechen.

3.2.2 Statut des Betriebsorts

Anders verhält es sich bei einer möglichen Anknüpfung an das Statut des Betriebsorts, was von einem Teil der Literatur vertreten wird.⁴⁹²

In diesem Fall wäre eine missbräuchliche Handhabung und Rechtswahl durch die handelnden Parteien ausgeschlossen, da sich das anzuwendende Recht nach der objektiv bestimmbareren Belegenheit des Betriebs richtet.

Für diese Meinung wird vertreten, dass die Beurteilung des Betriebsübergangs mit dem Vorliegen eines Betriebs als wirtschaftliche Einheit eng verbunden und der nationalen Rechtsordnung entsprechend seinem Sitz eingebunden ist. Hinzu treten Argumente, dass der Betriebsinhaberwechsel auch arbeitsmarkt- und sozialpolitische Bezüge (bzgl. Kollektiv-/Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen) aufweist und zu dem territorial gel-

⁴⁹² Feudner, NZA 1999, 1184 (1186) mit Verweis auf Junker und Drobnič/Puttfarcken.

tenden Sozialversicherungsrecht.⁴⁹³

Schließlich sprächen auch eine Gleichbehandlung der Belegschaft im Ganzen sowie der Gleichlauf der individualrechtlichen und kollektivrechtlichen Bestimmungen für das objektivierte Statut des Betriebsorts.

*Junker*⁴⁹⁴ und *Drobnig/Puttfarcken*⁴⁹⁵ vertreten darüber hinaus einen jeweils eigenen Ansatz, der sich sowohl auf das Statut des alten Betriebsorts als auch des neuen bezieht. Gem der Lehre der Statutenkumulation wird jeweils verlangt, dass am neuen Betriebsort eine der Betriebsübergangsnorm entsprechende Regelung besteht.⁴⁹⁶ Danach wäre gerade bei Verlagerungen in das außereuropäische Ausland ein Betriebsübergang wohl stets abzulehnen.

Unabhängig von Einzelansichten in der Literatur wird auch die Anknüpfung an den Betriebsort weitgehend abgelehnt, da die Hauptargumente für diese Anknüpfung (Kollektiv-/Tarifverträge, BV und Sozialversicherungsrechte mit Territorialitätsprinzip) als nicht ausreichend tragend anzusehen sind.⁴⁹⁷ Der Betriebsübergang sichert zuvorderst den Fortbestand des Individualarbeitsverhältnisses und bezweckt damit den Schutz des einzelnen Arbeitnehmers hinsichtlich seiner Arbeitsplatzkontinuität.

Kollektive Rechte oder öffentlich-rechtliche Regelungen sind demge-

⁴⁹³ *Geist*, Grenzüberschreitende Betriebsübergang und Arbeitsrecht 60 mwN; *Franzen*, Der Betriebsinhaberwechsel, 71 mVa frühe Literaturmeinungen.

⁴⁹⁴ *Junker*, Internationales Arbeitsrecht in Konzern (1992), 240.

⁴⁹⁵ *Drobnig/Puttfarcken*, Arbeitskampf auf Schiffen fremder Flaggen (1989), 79 ff.

⁴⁹⁶ Vgl. *Franzen*, Der Betriebsinhaberwechsel 72 mwN und 106 ff.

⁴⁹⁷ Ua *Feudner*, NZA 1999, 1186; *Cohnen*, FS ARGE Arbeitsrecht 600; *Richter*, Probleme beim grenzüberschreitenden Betriebsübergang, AuR 1992, 68; *Gaul/Mückl*, Off-Shoring – Freier Gestaltungsspielraum oder § 613a BGB?, DB 2011, 2318 DB 2011, 2319.

genüber untergeordnet und nur als Folge des Betriebsübergangs geregelt. Bei Vorliegen eines Betriebsübergangs werden Bestand und Inhalt des Arbeitsverhältnisses geschützt und, zumindest im deutschen Recht die kollektivrechtlichen Normen auf die Ebene des Individualvertrags transponiert und damit individualrechtlich fortgeführt (§ 613a Abs 1 S 2 BGB). Nach österreichischem Recht geht die normative Wirkung der Kollektivverträge (Kollektivvertrag ieS und BV) zwar auf den Erwerber über, selbst wenn dieser an sich nicht kollektivvertragsunterworfen war.⁴⁹⁸ Dies erfolgt jedoch auch in diesem Fall nur statisch auf das Schutzniveau zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs, weshalb der Schutzzweck des Betriebsübergangs nicht die Kollektivregelungen bezweckt, vielmehr das Arbeitsverhältnis in seiner individuellen Ausgestaltung zum Schwerpunkt hat.

Der Anknüpfungspunkt beim Rechtskomplex des Betriebsübergangs ist daher das Individualarbeitsverhältnis und weniger der Bezug zum Betrieb oder zum kollektiven Arbeitsrecht.

3.2.3 Statut des Arbeitsvertrags

Entsprechend der Zielrichtung und des Schutzzwecks des Betriebsübergangsrechts wird deshalb nach weit überwiegender Meinung der Betriebsübergang und die damit einhergehenden Folgen wie zB die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ex-lege mit den Betriebserwerber nach dem sog

⁴⁹⁸ Egger, Arbeits- und Sozialrecht² 483.

Arbeitsvertragsstatut beurteilt.⁴⁹⁹

Hierfür sprechen insbesondere die europarechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2001/23/EG und das parallel dazu entstandene Richterrecht, das stets den Schutz der Kontinuität der Individualbeziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber in den Vordergrund der Regelungen und den Schutzzweck stellt. Die zwischen den bisherigen Arbeitsvertragsparteien angewendete Rechtsordnung soll maßgeblich und gegen eine nachteilige Veränderung gesichert sein.

Dies ist im Hinblick auf die Verlässlichkeit der Kontinuität für den Arbeitnehmer auch sachgerecht und schutzwürdiger als das ggf gewählte Statut des Veräußerungsvertrags oder des Statuts des Betriebsorts. Letzteres könnte insbesondere in das Rechtsverhältnis der Arbeitsvertragsparteien eingreifen, insbesondere, wenn diese eine Rechtswahl bzgl des Arbeitsverhältnisses getroffen haben. Ohne eine solche Rechtswahl wird man allerdings idR sowohl bei dem Arbeitsvertragsstatut als auch dem Statut des Betriebsorts zu einem gleichen Ergebnis kommen.

Die Anknüpfung für die Beurteilung des Vorliegens eines Betriebsübergangs an das Arbeitsvertragsstatut ist auch in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vorgenommen worden. Bereits in einer frühen Entscheidung vom 29.10.1992 hat das Bundesarbeitsgericht aus den Gründen des Schutzes des Vertrauens des Arbeitnehmers in den Fortbestand seines

⁴⁹⁹ *Egger*, DRdA 1999, 150 (151); *Reiner*, Gedanken zur Standortverlagerung: Arbeitsbeziehungen zwischen Systemwettbewerb und Arbeitsrecht, ZAS 2010, 117 (124); BAG 26.05.2011, 8 AZR 37/10, NZA 2011, 1143. *Cohnen*, FA ARGE Arbeitsrecht 599; *Feudner*, NZA 1999, 1186; *Geist*, Grenzüberschreitende Betriebsübergang 60; aA wohl *Binder* AVRAG² § 3 Rz 153, der §§ 3 ff AVRAG als Eingriffsnormen ansieht, zumindest als zwingendes Recht nach Art 8 Abs 2 Rom I-VO.

Arbeitsverhältnisses die Maßgeblichkeit des Arbeitsvertragsstatuts für die Beurteilung von § 613a BGB angenommen.⁵⁰⁰ Auch in der jüngeren Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 26.05.2011 bestätigt es explizit die Maßgeblichkeit des Arbeitsvertragsstatuts.⁵⁰¹

3.3 Anzuwendendes Recht im Arbeitsvertragsstatut

3.3.1 Subjektive Anknüpfung - Rechtswahl

Für die Bestimmung des nach dem Arbeitsvertragsstatut anzuwendenden Rechts ist zunächst zu bestimmen, ob die Arbeitsvertragsparteien selbst eine dem Grundsatz der Vertragsfreiheit entsprechende Rechtswahl (Art 3 Rom I-VO) getroffen haben.

Die freie Rechtswahl gilt grundsätzlich auch für Individualarbeitsverträge (Art 8 Abs 1 S 1 iVm Art 3 Abs 1 Rom I-VO) und die Parteien sind darin frei, auf ihr Verhältnis ganz oder teilweise eine andere Rechtsordnung zur Anwendung zu bringen und zwar auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis gar keinen Auslandsbezug hat (vgl Art 3 Abs 3 Rom I-VO). Dabei kann die Rechtswahl ausdrücklich oder konkludent erfolgen, soweit sich diese aus den Bestimmungen des Vertrags oder zumindest aus den Umständen des Einzelfalls ergibt und zumindest Indizien hierfür vorliegen.⁵⁰²

Die Rechtswahlmöglichkeit der Parteien gilt jedoch dahingehend ein-

⁵⁰⁰ BAG 29.10.1992, 2 AZR 267/92, DB 1993, 637; vgl detailliert *Gaul/Mückl*, Off-Shoring - Freier Gestaltungsspielraum oder § 613a BGB?, DB 2011 2319 mwN.

⁵⁰¹ BAG 26.05.2011, 8 AZR 37/10, NZA 2011, 1143.

⁵⁰² Zur Problematik der stillschweigenden Rechtswahl in der dt Rspr: Palandt⁷⁴-*Thorn*, BGB (IPR) Rom I 3, Rz 7 f; *Henssler/Braun/Gröne*, Arbeitsrecht in Europa³, Rz 21.

geschränkt, dass sie nicht zwingende Vorschriften verletzt und nicht dazu führen darf, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm nach der anzuwendenden Rechtsordnung gebührt, die ohne die getroffene Rechtswahl gelten würde (dh das Recht, das nach der objektiven Anknüpfung des Art 8 Rom I-VO anzuwenden wäre).⁵⁰³ Dies gilt insbesondere für eine durchgeführte Rechtswahl, wenn das Arbeitsverhältnis keinen Bezug zu dem Staat hat, dessen Recht gewählt wurde (Art 3 Abs 3 Rom I-VO).

3.3.2 Objektive Anknüpfung

Maßstab der Begrenzung der Rechtswahl sind demgemäß die zwingenden Bestimmungen des Rechts, das zur Anwendung kommt, wenn gerade keine Rechtswahl getroffen wäre. Auch für den Fall, dass keine Rechtswahl erfolgt, ist das auf den Arbeitsvertrag anzuwendende Recht anhand objektiver Kriterien zu bestimmen.

Diese sind nach Art 8 Abs 2 bis 4 Rom I-VO entweder der Ort der gewöhnlichen Arbeitsverrichtung (Abs 2), hilfsweise der Ort der einstellenden Niederlassung (Abs 3) und schließlich, ob entgegen der Beurteilung nach Abs 2 und 3 der Vertrag eine engere Beziehung zu einem anderen Staat aufweist (Abs 4).

3.3.2.1 Bestimmung nach gewöhnlichem Arbeitsort

Bei fehlender Rechtswahl unterliegt der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrages gewöhnlich seine Tätigkeit verrichtet (Art 8 Abs 2 Rom I-VO).

⁵⁰³ Art 6 Abs 1 EVÜ; Art 30 Abs 1 EGBGB; Art 8 Abs 1 S 2 Rom I-VO.

Als Mittelpunkt der tatsächlichen Berufstätigkeit gilt dies insbesondere für im Inland tätige inländische Arbeitnehmer eines ausländischen Arbeitgebers oder im Inland tätige ausländische Arbeitnehmer einer inländischen Arbeitgebers. Insbesondere für Flugpersonal, Reisebegleiter oder Wartungsarbeiter knüpft Art 8 Abs 2 S 1 Alt 2 Rom I-VO an den Ort der Einsatzbasis („von dem aus“) an. Dieses Personal verrichtet ihre Arbeit gewöhnlich nicht in ein und demselben Staat, verfügen aber über eine Basis in einem Staat, von dem aus sie Ihre Arbeitseinsätze antreten.

3.3.2.2 Bestimmung nach dem Recht der Niederlassung

Besteht kein Ort, an oder von dem aus der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet oder liegt dieser Ort auf staatsfreiem Gebiet (zB bei Hochsee-Arbeitnehmern), so ist nach Art 8 Abs 3 Rom I-VO die Rechtsordnung des Orts der Niederlassung maßgeblich, die den Arbeitnehmer eingestellt hat.

3.3.2.3 Engere Bindung als Ausnahmeregelung

Diese Regelanknüpfungen an den Arbeitsort nach Art 8 Abs 2 Rom I-VO und den Niederlassungsort nach Art 8 Abs 3 Rom I-VO kommen allerdings dann nicht zum Tragen, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Vertrag eine engere Verbindung zu einem anderen als durch Arbeits- oder Niederlassungsort zu stimmenden Staat aufweist (Art 8 Abs 4 Rom I-VO). In diesem Fall ist das Recht des Staates anzuwenden, zu dem diese engere Verbindung besteht.

Diese Ausnahmeregelung ist jedoch restriktiv auszulegen⁵⁰⁴ und ermöglicht im Fall grob unverhältnismäßiger und unangemessener Ergebnisse der Regelanknüpfung ein Ausweichen auf eine andere Rechtsordnung. Ob eine „engere Verbindung“ vorliegt, ist anhand des Einzelfalles zu beurteilen.

Bejaht wurde die Anwendung des inhaltsgleichen Art 30 Abs 2 EGBGB für deutsches Recht bei deutschen Ortskräften deutscher Auslandsvertretungen⁵⁰⁵ oder deutscher Fernsehanstalten im Ausland. Das BAG⁵⁰⁶ hat eine engere Beziehung zu Italien angenommen im Fall eines Arbeitsverhältnisses zwischen einer italienischen Gesellschaft mit Hauptsitz in Italien und einem italienischen Arbeitnehmer, der seinen Wohnsitz in Italien hat, deren Vertrag in italienischer Sprache in Italien abgeschlossen worden ist und eine Bezahlung in italienischer Währung vorsah, wobei der Arbeitnehmer jedoch ausschließlich auf einer Baustelle in Deutschland tätig war und als Arbeitgeber des Vertrags die deutsche Niederlassung vorsah.

3.3.3 Einschränkungen

Sowohl in der Rechtswahl als auch bei der nach objektiven Bestimmung des anzuwendenden Rechts des Arbeitsvertragsstatuts bestehen Einschränkungen in der Geltung des ermittelten Rechts durch den Vorrang zwingender Bestimmungen nach Art 8 Abs 1 S 2 Rom I-VO, Eingriffsnormen nach Art 9 Rom I-VO und schließlich der Geltung des *ordre public* nach Art 21 Rom I-VO. Dabei ist im Regelungs- und Schutzbereich des Betriebsübergangs insbesondere das Zusammenwirken der Art 8 Abs 1 S 2 und 9 Rom I-VO im

⁵⁰⁴ Palandt⁷⁴-*Thorn*, (IPR) Rom I 8, Rz 13.

⁵⁰⁵ BAG 21.11.1996, 2 AZR 832/95, NZA 1997, 493.

⁵⁰⁶ BAG 09.07.2003, 10 AZR 593/02, BB 2004, 1337.

Hinblick auf die anzuwendende Rechtsordnung zu untersuchen.

3.3.3.1 Zwingendes Recht bei erfolgter Rechtswahl

Nach Art 8 Abs 1 S 2 Rom I-VO darf eine vorgenommene Rechtswahl nicht die zwingenden arbeitnehmerschützenden Vorschriften des Rechts ausschließen, das bei Anwendung der objektiven Anknüpfung zur Geltung kommen würde.

Zwingende nationale Vorschriften iSd Vorschrift sind solche, die nicht abdingbar dem Schutz des Arbeitnehmers dienen. Insbesondere die Arbeitsschutzregelungen (zB Höchstarbeitszeitregelungen, zwingende Überstunden, Nacht- und Sonntagsarbeit, Ladenöffnungszeiten, Feiertagsregelungen und vergleichbare Arbeitsschutzvorschriften) bestimmen sich daher nach dem Ortsrecht.⁵⁰⁷ Grundsätzlich sind auch die Regelungen des Betriebsübergangs als Arbeitnehmer schützende Regelungen ausgestaltet und unabdingbar innerhalb der Geltung der BÜ-RL für die Mitgliedstaaten. Die Bestimmungen des Betriebsübergangs sind damit als zwingende Regelungen iSd Art 8 Abs 1 S 2 Rom I-VO bei der Rechtswahl zu berücksichtigen.⁵⁰⁸

Zwischen der gewählten Rechtsordnung und der dadurch abgewählten anderen, an sich zur Geltung kommenden Rechtsordnung ist zur Beurteilung der Einschränkungen und partiellen Überlagerung des gewählten Rechts durch die zwingenden Bestimmungen ein Sachgruppenvergleich vorzunehmen, der die innerhalb dieser Gruppe zusammenhängenden Vorschriften der

⁵⁰⁷ Detailliert *Egger*, DRdA 1999, 150 (152 f) mwN.

⁵⁰⁸ *Binder* AVRAG² § 3 Rz 153; *Gaul/Mückl*, Off-Shoring, DB 2011, 2319; *Franzen*, Der Betriebsinhaberwechsel 116 zur Rechlage des dt Art 30 EGBGB.

Günstigkeitsprüfung unterzieht.⁵⁰⁹ Ein Einzel- oder Gesamtgünstigkeitsvergleich der Vorschriften bzw der gesamten Rechtsordnung wird allgemein abgelehnt.⁵¹⁰ Gerade die unterschiedliche Ausgestaltung des Betriebsübergangsrechts in den nationalen Bestimmungen der Mitgliedstaaten führt zu einer notwendigen Gegenüberstellung des jeweiligen Schutzniveaus der betroffenen Arbeitnehmer.

Bereits in den österreichischen und deutschen Umsetzungen der BÜ-RL zeigen sich unterschiedliche Grade des Arbeitnehmerschutzes, wie zB im partiellen bzw vollständigen Widerspruchsrechts, der in Deutschland beschränkten Haftung des bisherigen Betriebsinhabers auf nur ein Jahr nach § 613a Abs 2 BGB und der Ausgestaltung der Fortgeltung der Kollektivregelungen.

Dies gilt erst recht für den Vergleich der zwingenden Regelungen bei einer betroffenen Rechtsordnung außerhalb der EU/EWR-Mitgliedsstaaten.

3.3.3.2 Eingriffsnormen

Sowohl die Rechtswahl nach Art 3 Abs 1 Rom I-VO als auch die objektive Anknüpfung nach Art 8 Abs 2 bis 4 Rom I-VO werden schließlich durch Eingriffsnormen begrenzt (vgl Art 9 Rom I-VO).

Art 9 Abs 1 Rom I-VO nimmt eine Definition einer Eingriffsnorm⁵¹¹ vor als solche zwingenden Vorschriften, deren Einhaltung von einem Staat als so

⁵⁰⁹ *Schlachter* in Erfurter Kommentar¹⁴ Art 9 Rom I-VO Rz 19. Detailliert *Franzen*, Der Betriebsinhaberwechsel 117 f.

⁵¹⁰ *Schlachter* in Erfurter Kommentar¹⁴ Rz 19; *Franzen*, Der Betriebsinhaberwechsel 116 f.

⁵¹¹ In Art 7 EVÜ, Art 34 EGBGB "Zwingende Vorschriften" genannt.

entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation angesehen werden, so dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden sind, die in ihrem Anwendungsbereich fallen.

Nach Art 9 Abs 2 Rom I-VO berühren weder die Rechtswahl noch die objektive Anknüpfung für das Arbeitsvertragsstatut die Anwendung der Eingriffsnormen der *lex fori*. Ein Günstigkeitsvergleich der Rechtsordnungen bzw Sachgruppen zueinander wird nicht durchgeführt.⁵¹² *Schlachter* sieht darin den Vorrang international zwingender Vorschriften des nationalen Rechts, die über den individuellen Schutz auch das Interesse des Gemeinwohls betreffen.⁵¹³ Eine Abgrenzung zu Art 8 Rom I-VO ist mithin schwierig und aufgrund restriktiver Handhabung wird den Bestimmungen des Art 8 Rom-I VO der Vorrang eingeräumt⁵¹⁴, soweit nicht ein Gemeinwohlbezug überwiegt.

Im Gegensatz zu den zwingenden Bestimmungen des Art 8 Abs 1 Rom I-VO ist der Maßstab der Eingriffsnorm strenger und bezieht sich in der deutschen Rechtsprechung auf die Regelungen der Massenentlassung, des Kündigungsschutzes der Betriebsverfassungsorgane, des Schwerbehinderten- und Mutterschutzes, der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sowie Unfallverhütungsvorschriften. Die Vorschriften des deutschen allgemeinen Kündi-

⁵¹² *Franzen*, Der Betriebsinhaberwechsel 125 zu Art 34 EGBGB; *Schlachter* in Erfurter Kommentar¹⁴ Art 9 Rom I-VO Rz 21.

⁵¹³ *Schlachter* in Erfurter Kommentar¹⁴ Art 9 Rom I-VO Rz 21; *Schlachter*, Grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse NZA 2000, 57 (61 f)

⁵¹⁴ *Schlachter* in Erfurter Kommentar¹⁴ Art 9 Rom I-VO Rz 21 mwN; so auch *Franzen*, Der Betriebsinhaberwechsel 124 zu dem Verhältnis der Bestimmungen des Art 30 zu Art 34 EGBGB.

gungsschutzes⁵¹⁵ oder des Betriebsübergangs⁵¹⁶ werden jedoch nicht als Eingriffsnorm iSd Art 9 Rom I-VO angesehen.

3.3.3.3 Ordre public

Dass die Regelungen zum Betriebsübergang ein Teil des deutschen ordre public sind, wird in der Literatur⁵¹⁷ und durch das Bundesarbeitsgericht⁵¹⁸ in ständiger Rechtsprechung zu Recht verneint, da die Korrektur des an sich anzuwendenden Rechts am ordre public nur in Ausnahmefällen herbeizuführen ist, bei denen in den Kernbestand der inländischen Rechtsordnung eingegriffen und dieses Ergebnis als untragbar angesehen würde.

3.4 Offshoring als Betriebsübergang

Nachdem die herrschende Meinung davon ausgeht, dass das anzuwendende Recht nach dem Arbeitsvertragsstatut zu bestimmen ist, richtet sich auch der Tatbestand und die Rechtsfolgen eines gegebenenfalls durch die grenzüberschreitende Verlagerung gegebenen Betriebsübergangs nach dem auf das Arbeitsverhältnis anzuwendende Recht, entweder durch die Rechtswahl der Parteien oder durch die objektive Anknüpfung nach Art. 8 Rom I-VO.

Dies ist im Ergebnis auch insoweit konsequent, weil durch die Betriebsübergangsregelungen der Schutz des Arbeitsverhältnisses in der bisherigen

⁵¹⁵ BAG 24.08.1989, 2 AZR 3/89, NZA 1990, 841.

⁵¹⁶ BAG 29.10.1992, 2 AZR 267/92, NZA 1993, 743.

⁵¹⁷ Eingehend mwN *Franzen*, Betriebsinhaberwechsel, 135 f; allgemein *Schlachter*, Grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse NZA 2000, 57 (63).

⁵¹⁸ BAG 29.10.1992, 2 AZR 267/92, NZA 1993, 743.

Kontinuität gewährleistet wird. Inwieweit der Mitarbeiter schutzwürdig ist, ist deshalb auch an dem für sein Arbeitsverhältnis zugrunde zu legenden Recht zu messen.

Dennoch bedarf es einer genaueren Betrachtung bei Tatbestand und insbesondere Rechtsfolge des grenzüberschreitenden Offshorings.

3.4.1 Offshoring ohne Änderung des Arbeitsorts

Da Offshoring-Sachverhalte, nach dem hier vertretenen Verständnis ein Outsourcing mit grenzüberschreitender Verlagerung betreffen, ist der Übernahme-Sachverhalt eines im EU/EWR-Raum inländischen Betriebs durch ein ausländisches Unternehmen ohne räumliche Verlagerung nicht im eigentlichen Sinne umfasst. Rechtlich ergeben sich in diesem Fall allerdings auch keine Besonderheiten durch die Übernahme eines ausländischen Erwerbers. Vielmehr ist das Vorliegen eines Betriebsübergangs in Tatbestand und Rechtsfolge nach dem allgemeinen Prüfungsschema zu beurteilen.

3.4.2 Offshoring mit Veränderung des Arbeitsorts

Eine differenziertere Betrachtung hat jedoch dort zu erfolgen, wo auch eine Verlagerung des Tätigkeiten und Funktionen über die Landesgrenzen des bisherigen Betriebssitz-Staats hinaus erfolgt. Dies ist einerseits in der notwendigen Abgrenzung des Betriebsübergangs von der Betriebsstilllegung, andererseits in den insbesondere individualrechtlichen Folgen begründet. Eine untergeordnete Rolle spielt hierbei, in welcher zeitlichen Abfolge einerseits die Übernahme durch den Erwerber und andererseits die räumliche Verlagerung ins Ausland erfolgen.

3.4.2.1 Offshoring und Betriebsstilllegung

Den Tatbestandsvoraussetzungen entsprechend ist der Betriebsübergang die Übernahme der ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit durch einen Erwerber. In Abgrenzung zu der Betriebsstilllegung ist stets zu ermitteln, ob die der wirtschaftlichen Einheit innenliegenden Strukturen und die Zielsetzung durch die Übernahme fortbestehen oder am bisherigen Betriebsort auf Dauer eingestellt werden.⁵¹⁹

Die räumliche Veränderung im Inland aber auch die räumliche Veränderung über die Landesgrenzen hinaus stehen grundsätzlich dem Betriebsübergang nicht entgegen. Der diesbezüglich früher vereinzelt vertretenen Rechtsauffassung, eine räumlich erhebliche Verlagerung würde bereits identitätszerstörend wirken und die wirtschaftliche Einheit würde nicht übernommen werden, ist nicht zuzustimmen. Richtig ist, dass insbesondere die grenzüberschreitende Verlagerung zum Wegfall der Tätigkeiten am bisherigen Betriebsstandort führt und eine räumliche Veränderung als Wesensmerkmal aufweist. Dies ist jedoch nicht nur bei grenzüberschreitenden, sondern auch bei inländischen Standortverlagerungen der Fall.

Eine Differenzierung allein nach der räumlichen Veränderung lässt sich weder aus den legislativen noch judikativen Vorgaben entnehmen. Die räumliche Verlagerung kann auch nicht per se als Betriebsstilllegung an dem bisherigen Ort angesehen werden, ohne zu berücksichtigen, dass eine Übernahme und Fortführung beabsichtigt sein könnte oder tatsächlich vorgenommen wurde. Die Verlagerung legt vielmehr den Wunsch der Fortführung nahe, was mittels der hierfür aufgestellten Kriterien zum Betriebsübergang

⁵¹⁹ Vgl. oben zu Betriebsstilllegung S 68, Z 4.1.5.

gemessen werden muss.^{520 521}

In der jüngeren Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts⁵²² wird jedoch wiederum herausgestellt, dass eine nur 59 km entfernte Verlagerung in das Ausland keine erhebliche räumliche Entfernung sei, die die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit zweifelhaft erscheinen lasse.⁵²³ Im Umkehrschluss lässt sich dieser Entscheidung wohl entnehmen, dass eine größere räumliche Entfernung alleine die Identitätswahrung in Fragen stellen könnte. Dies ist abzulehnen.

Auch die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 29.08.2013⁵²⁴ lässt insoweit Fragen offen. Diese Entscheidung bezieht sich auf eine Produktionseinstellung im Inland und Übertragung der Maschinen an einen tschechischen Standort mit nachfolgender Kündigung der im Inland beschäftigten Arbeitnehmer. Das BAG führt hierzu aus: *„Die Verlagerung der mit der „Endfertigung“ zusammenhängenden Tätigkeiten nach J ändert - unbeschadet der Frage, wie der Begriff des Betriebs in § 1 Abs. 2 Satz 1 Kündigungsschutzgesetz zu verstehen ist - nichts daran, dass der bisherige Arbeitsplatz der Klägerin als solcher ersatzlos weggefallen ist. Für diese Bewertung spricht die erhebliche räumliche Entfernung zwischen den fraglichen Standorten, die (...) mehr als 800 km beträgt.“*⁵²⁵

⁵²⁰ So auch BAG 12.02.1987, 2 AZR 247/86, NZA 1988, 170 zu einer mehr als 300 km weiten Verlagerung und der Aufhebung der Vorinstanz, die eine Betriebsstilllegung angenommen hat.

⁵²¹ Soweit das BAG 25.05.2000, 8 AZR 335/99 n.v. (abrufbar lexetius.com/2000,4748) aufgrund der räumlichen Distanz die Identität der wirtschaftlichen Einheit infrage stellte, ist dies der früheren Rechtssprechungsline der identitätszerstörenden Eingliederung geschuldet und seit der Rs *Klarenberg* nicht mehr zu halten.

⁵²² BAG 26.05.2011, 8 AZR 37/10, NZA 2011, 1143.

⁵²³ BAG 26.05.2011, 8 AZR 37/10, NZA 2011, 1143. (1146 Rz 36).

⁵²⁴ BAG 29.08.2013, 2 AZR 809/12, NZA 2014, 730.

⁵²⁵ BAG 29.08.2013, 2 AZR 809/12, NZA 2014, 732 Rz 20.

Wenngleich sich das Bundesarbeitsgericht in dieser Entscheidung abgrenzt von der Entscheidung des 26.05.2011, erscheint das Kriterium der Entfernung dennoch eine gewisse Tragweite zu haben, zumal das Bundesarbeitsgericht in der Entscheidung des 29.08.2013 ausführt, dass es sich hier nicht um die identitätsbewahrende „Verlagerung eines Betriebsteils ins (grenznahe und überdies deutschsprachige) Ausland“ handelte.

Sollte das BAG dahingehend verstanden werden, dass die Frage der räumlichen Entfernung, insbesondere aber eine weit entfernte grenzüberschreitende Verlagerung der Identitätsbewahrung der wirtschaftlichen Einheit widerspricht, erscheint dies überaus problematisch und dürfte alleine als Kriterium vor der dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung des EuGH keinen Bestand haben, da ein Kriterium der räumlichen Nähe oder Ferne für die Frage des Übergangs einer wirtschaftlichen Einheit nach der dezidierten Rechtsprechung des EuGH nicht ersichtlich ist.

Auch die Tatfrage, in wieweit Arbeitnehmer bereit sind, aufgrund einer mehr oder weniger großen räumlichen Entfernung oder einer Verlagerung in ein anderes Land, ihre Arbeit dort fortzusetzen⁵²⁶, hat für die Beurteilung des Vorliegens eines Betriebsübergangs in aller Regel keine Rolle.⁵²⁷

Nach der hier vertretenen Auffassung⁵²⁸ sind daher weder die räumliche Entfernung noch die grenzüberschreitende Verlagerung an sich Tatbestandskriterien des Betriebsübergangs. Vielmehr sind unter Berücksichtigung

⁵²⁶ Vgl auch *Pauls*, Betriebsverlagerung ins Ausland und Wegzugsfreiheit des Unternehmers, 99 ff.

⁵²⁷ Mit Ausnahme der so genannten betriebsmittelarmen Betriebe, bei denen ein Betriebsübergang in der Regel davon abhängig ist, dass ein nach Zahl und Sachkunde erheblicher Teil der Mitarbeiter übergeht, d.h. grundsätzlich bereit ist, die Arbeit auch am anderen Ort, gegebenenfalls im Ausland fortzusetzen.

⁵²⁸ So auch *Junker*, NZA 2012, 15.

der Art des Betriebes, der Kriterien der Rs *Spijkers*, insbesondere in der konkreten Ausgestaltung der Rs *Klarenberg* zur Integration in eine bestehende Organisation bei Beibehaltung der funktionalen Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren⁵²⁹ heranzuziehen.

4 Bestand und Inhalt des Arbeitsverhältnisses nach Verlagerung

4.1 Grundsatz des ex-lege-Übergang

Ist die grenzüberschreitende Verlagerung nach den Kriterien des Arbeitsvertragsstatuts als Betriebsübergang im Sinne der BÜ-RL in der Ausgestaltung der jeweiligen nationalen Normen anzusehen, findet unabhängig von der Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers der Übergang seines Arbeitsverhältnisses ex-lege statt. Damit tritt für den betroffenen Arbeitnehmer eine besondere Situation der gegebenenfalls weit entfernten oder gegebenenfalls in ein fremdsprachiges Ausland stattfindenden Verlagerung ein. Dies ist vor dem Hintergrund der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses beim Betriebsübergang sachgerecht.

4.2 Ausnahmen / Beseitigung des ex-lege-Übergangs

4.2.1 Widerspruchsrecht und Weigerung der Tätigkeit

Im Falle des anzuwendenden deutschen Betriebsübergangsrechts

⁵²⁹ Vgl S 151, Z 4.4.

steht dem von einem Offshoring betroffenen Mitarbeiter ein Widerspruchsrecht gegen den Betriebsübergang zu (§ 613a Abs 6 BGB). Dieses gilt bedingungslos und kann ohne Angabe von Gründen ausgeübt werden.⁵³⁰

Das BAG sieht jedoch bereits in der Weigerung des Arbeitnehmers, am neuen Arbeitsort, insbesondere im Ausland, die Arbeit aufzunehmen als einen Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses an.⁵³¹

Bei einem anzuwendenden österreichischen Recht gilt ein Widerspruchsrecht demgegenüber nur eingeschränkt.⁵³² Ein allgemeines Widerspruchsrecht, insbesondere in den Fällen des grenzüberschreitenden Betriebsübergangs wird im österreichischen Betriebsübergangsrecht überwiegend jedoch nicht anerkannt.⁵³³

Einen eigenen Ansatz vertritt *Binder*, der ohne die Notwendigkeit eines Widerspruchs bereits den Übergang auf den Erwerber im Ausland davon abhängig macht, ob dem Arbeitnehmer eine Folgepflicht, dh die Beschäftigungspflicht im Ausland obliege.⁵³⁴ Begründet wird dies mit dem Grundsatz der rechtlichen Unmöglichkeit nach § 878 ABGB, weil der Übergang an einem übergangsfähigen Arbeitsvertrags scheitere. Insoweit verbleibe das Arbeitsverhältnis beim Veräußerer.

Diese abweichende Meinung ist bereits aus Gründen der Rechtssi-

⁵³⁰ S o S 103, Z 5.2.1.1.

⁵³¹ BAG 20.04.1989, 2 AZR 431/88, NZA 1990, 32.

⁵³² S o S 103, Z 5.2.1.2.

⁵³³ AA *Geist* in *Jaboregg/Resch*, Betriebsübergang 67 f, der ein allgemeines Widerspruchsrecht in diesem Fall bejaht.

⁵³⁴ *Binder* AVRAG² § 3 Rz 153; abl ua *Egger* DRdA 1999, 153; *Geist* in *Jaboregg/Resch*, Betriebsübergang 66 f, der jedoch ein Widerspruchsrecht für geboten ansieht.

cherheit abzulehnen. Die Rechtsfrage der Folgepflicht⁵³⁵ des Arbeitnehmers ergibt sich aus den arbeitsvertraglichen Regelungen, die in ihrem Bestand vom Betriebsübergang insgesamt umfasst sind. Den Betriebsübergang bereits an der Wirksamkeit einzelner arbeitsvertragliche Regelungen in Zukunft, dh nach dem Betriebsübergang, festzumachen, würde sowohl für die Betriebsübergänge mit Verlagerung in das Inland zu einer erheblichen Unsicherheit hinsichtlich der vom Betriebsübergang betroffenen Mitarbeiter führen.

4.2.2 Kündigung

Für die Kündigung des Erwerbers gelten aufgrund der fortbestehenden Rechtsordnung nach dem Arbeitsvertragsstatut keine Besonderheiten im grenzüberschreitenden Offshoring. Eine Kündigung wegen des Betriebsübergangs bleibt ausgeschlossen, selbst wenn der Erwerber mit der Bereitschaft des Mitarbeiters, in das Ausland zu wechseln, nicht gerechnet hat. Zwar wurde das Kündigungsverbot nicht direkt in das österreichische Recht transformiert⁵³⁶, nach ständiger Rechtsprechung wird aber in richtlinienkonformer Auslegung die Unwirksamkeit der Kündigung (§ 879 ABGB) angenommen.⁵³⁷

Auch hinsichtlich der Kündigungsmöglichkeiten des Mitarbeiters nach dem österreichischen Recht, um nach Übergang des Arbeitsverhältnisses dieses privilegiert zu beenden, gelten bei dem Offshoring keine Besonderheiten.⁵³⁸ Grenzüberschreitend wird allerdings in aller Regel davon auszugehen sein, dass wegen der Verschlechterung der Arbeitsbedingungen (zB Anwend-

⁵³⁵ Vgl detailliert S 185, Z 4.3.1.

⁵³⁶ *Egger*, Arbeits- und Sozialrecht² 480.

⁵³⁷ OGH 12.10.1995, 8 Ob A 15/95, DRdA 1997, 115

⁵³⁸ S o S 108, Z 5.2.2.2.

barkeit anderer Kollektivverträge oder Betriebsvereinbarungen) die Kündigung im österreichischen Recht meist nach § 3 Abs 5 AVRAG begünstigt sein wird.

4.3 Inhalt des Arbeitsverhältnisses

Unter Umständen hat der Arbeitnehmer jedoch eine lange Kündigungsfrist einzuhalten, so dass sich unmittelbar hieraus die Frage ergibt, ob überhaupt bzw zwischenzeitlich eine Arbeitsverpflichtung im Ausland besteht. Ob der Arbeitnehmer verpflichtet ist, am neuen Standort seine Arbeitsleistung weiterhin zu erbringen, ist nach dem grundsätzlich fortbestehenden Regelungen des Arbeitsverhältnisses, wie es zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs, idR nach dem bisherigen inländischen Arbeitsvertragsstatut und den zwingenden Regelungen iSv Art 8 Abs 1 S 2 Rom I-VO zu beurteilen.

4.3.1 Pflicht zur Arbeitsleistung und Arbeitsort

Ist der Arbeitnehmer bereit, seine Arbeit in Ausland fortzusetzen, zB bei einer räumlich nur unwesentlichen Verlagerung in das grenznahe Ausland, ergeben sich diesbezüglich keine Besonderheiten. Die Parteien sind jederzeit berechtigt, den Leistungsort der Arbeit einvernehmlich festzulegen.

Erfolgt eine solche Festlegung nicht, richtet sich der Leistungs- und Erfüllungsort für den Arbeitnehmer nach den bisherigen rechtlichen, dh gesetzlichen und vertraglichen Bedingungen.

Demnach gilt für das dem deutschen Recht unterliegenden Arbeitsverhältnis das Direktionsrecht gemäß § 106 Gewerbeordnung (GewO), wonach der Arbeitgeber insbesondere den Ort der Arbeitsleistung nach billigem

Ermessen näher bestimmen kann, soweit dem nicht der Arbeitsvertrag, die Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren aber Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften entgegenstehen. Haben die bisherigen Arbeitsvertragsparteien eine vertragliche Regelung hinsichtlich des Arbeitsorts getroffen, gilt diese grds weiterhin fort.⁵³⁹ Die Pflicht zur Aufnahme der Arbeit am neuen Ort im Ausland besteht daher grundsätzlich nicht.

Jedoch sind Versetzungsvorbehalte, die bei Bedarf auch die Versetzung an andere Standorte oder gar ins Ausland vorsehen, im deutschen Recht grundsätzlich möglich.⁵⁴⁰ Für den -wohl eher seltenen- Fall, dass der Arbeitsvertrag eine Erweiterung des Direktionsrechts durch eine Versetzungsklausel oder einen Versetzungsvorbehalt beinhaltet, ist dieses im deutschen Recht einer Inhaltskontrolle der §§ 305 ff BGB zu unterwerfen. Darüber hinaus hat der Arbeitgeber in Ausübung die Grundsätze des billigen Ermessens zu befolgen, bei dem die wesentlichen Umstände des Einzelfalls gegeneinander abzuwägen und im beiderseitigen Interesse angemessen zu berücksichtigen sind.⁵⁴¹

Bei der Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff BGB wird im Hinblick auf die Erweiterung des Direktionsrechts nach § 106 GewO eine hinreichende Transparenz der Versetzungsmöglichkeiten vorliegen müssen, woran es bei einer Versetzung in das Ausland in der Regel fehlen wird.

Auch im österreichischen Individualarbeitsrecht besteht grundsätzlich und ohne ausdrückliche Vereinbarung eines speziellen Arbeitsorts eine Betriebsbezogenheit der Arbeit, abgestellt auf den Zeitpunkt des Vertrags-

⁵³⁹ OGH 14.09.199, 9 ObA 133/94, ZAS 1995, 14.

⁵⁴⁰ Vgl *Preis* in Erfurter Kommentar¹⁴ § 106 GewO Rz 10.

⁵⁴¹ *Preis* in Erfurter Kommentar¹⁴ § 106 GewO Rz 6.

schluss, weshalb spätere Veränderungen des Betriebssitzes nur dann für den Arbeitnehmer als neuen Betriebssitz anzusehen sind, wenn ihnen die Aufnahme dort zumutbar ist.⁵⁴² Diese vom OGH herangezogenen Kriterien sind ua die Entfernung zwischen Wohnort und Dienstort vor und nach der Betriebsverlegung, die Fahrzeiten vor und nach der Betriebsverlegung, die damit einhergehenden Fahrtkosten vor und nach der Betriebsverlegung sowie sonstige Umstände (etwa Verkehrssituationen auf einer bestimmten Fahrtstrecke, Verhältnisse der Fahrzeit zur durchschnittlichen täglichen Arbeitszeit, etwaige Abgeltung der Mehraufwendungen durch den Arbeitgeber, sonstige Vergünstigungen durch den Arbeitgeber wegen der Betriebsverlegung sowie Umstände, die den persönlichen Lebensbereich des Arbeitnehmers betreffen).⁵⁴³

Auch *Egger* sieht in aller Regel eine Versetzung in das Ausland nur in Einzelfällen für möglich an.⁵⁴⁴

Bei grenzüberschreitenden Verlagerungen des Offshoring wird man selbst bei nicht erheblich entfernten Standortverlagerungen restriktiv darauf abstellen müssen, was dem Arbeitnehmer noch zugemutet werden kann, da sich für einen fortan im Ausland befindlichen Arbeitsort die daran anknüpfenden öffentlich-rechtlichen und kollektiv-arbeitsvertraglichen Regelungen aufgrund des Territorialitätsprinzips verändern werden.⁵⁴⁵

Im Ergebnis ist daher ohne das Vorliegen der Erweiterung des Direktionsrechts durch einen wirksamen Versetzungsvorbehalt und der Berücksich-

⁵⁴² OGH 14.09.1994, 9 ObA 133/94.

⁵⁴³ OGH 14.06.2000, 9 ObA 48/00z.

⁵⁴⁴ *Egger* DRdA 1999, 150 (153).

⁵⁴⁵ Im Ergebnis gegen eine Zumutbarkeitsprüfung bei Auslandverlagerung auch *Reiner* ZAS 2010, 117 (122).

tigung der besonderen beidseitigen Interessen im Einzelfall nicht von einer Arbeitsverpflichtung des Arbeitnehmers nach Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen ausländischen Erwerber im Ausland auszugehen. Vielmehr wird es einer individuellen Einigung der Parteien über die im Ausland zu erbringende Arbeitsleistung bedürfen. Solange diese jedoch nicht vorliegt, wird der Erwerber die Arbeitsleistung nicht einfordern können und doch zur Gehaltszahlung aus den Rechtsgrundsätzen des Annahmeverzugs verpflichtet sein. Da in aller Regel die Arbeitsleistung im Inland nicht mehr erbringbar sein wird, bleibt dem Erwerber nur die Möglichkeit der Änderungskündigung zur Änderung des Arbeitsorts oder die Beendigungskündigung aus betrieblichen Gründen nach den allgemeinen Regelungen des jeweiligen nationalen Rechts des Arbeitsvertragsstatuts.⁵⁴⁶

Besteht jedoch ein weites Direktionsrecht des Arbeitgebers, das im Einzelfall zur Arbeitsverpflichtung auch im Ausland verpflichtet, kann nach der deutschen Regelung der Widerspruch gegen den Betriebsübergang erfolgen. Bei Geltung des österreichischen Rechts des Betriebsübergangs bleibt dem Arbeitnehmer jedoch nur die Eigenkündigung des Arbeitsverhältnisses, wenn nicht die Voraussetzungen für einen ausnahmsweise möglichen Widerspruch unter den Voraussetzungen des § 4 AVRAG vorliegen.

4.3.2 Kollektiv-rechtliche Regelungen

Im Falle des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Betriebsübergangs gelten im Hinblick auf die Fortgeltung und gegebenenfalls Änderung der auf das Arbeitsverhältnis einwirkenden Kollektivregelungen Besonderheiten

⁵⁴⁶ Diese Kündigungen werden in aller Regel nicht vom Kündigungsverbot (s o S 110, Z 5.2.2.3) erfasst sein, vgl detailliert *Franzen*, Betriebsinhaberwechsel 148 mwN.

ten, da grenzüberschreitend das deren Wirkung endet (Territorialitätsprinzip).⁵⁴⁷

Die Kontinuität des Betriebsrates oder der Arbeitnehmervertretung ist auf inländische Sachverhalte begrenzt. Art 6 Abs 1 der Betriebsübergangs-Richtlinie regelt insoweit auch nur, dass der Fortbestand der Arbeitnehmervertretung soweit gesichert sein muss, als auch die Bedingungen für die Bildung des Betriebsrats erfüllt sind. Insoweit wird die Arbeitnehmervertretung bei einer Verlagerung ins Ausland nicht fortbestehen.

Auch die normativen Wirkungen von Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen enden grundsätzlich an den Landesgrenzen, weshalb nach dem deutschen Betriebsübergangsrecht § 613 Abs 1 S 2 BGB, zumindest bei Betriebsvereinbarungen in entsprechender Anwendung dazu führt, dass diese Rechte und Pflichten Inhalt des Arbeitsverhältnisses werden.⁵⁴⁸

Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass § 613a Abs 1 S 3 BGB die Ablösung der an sich fortgeltenden Kollektivverträge durch funktional-äquivalente ausländische Kollektivvereinbarungen grundsätzlich zulässt. Auch verschlechternde Bedingungen sind hierbei grundsätzlich nicht ausgeschlossen.⁵⁴⁹ Auswirkung und Reichweite hierbei sind jedoch nach der Entscheidung des EuGH in der Rs *Scattolon*⁵⁵⁰ relativiert und umstritten, da es der EuGH ablehnt, dass die beim Erwerber geltenden Tarifverträge das Ziel

⁵⁴⁷ S o S 98, Z 5.1.4.2; *Pauls*, Betriebsverlagerung 118 ff.

⁵⁴⁸ Für die analoge Anwendung bei Betriebsvereinbarungen *Gaul/Mückl* DB 2011, 2318, 2320; *Wisskirchen/Goebel*, Arbeitsrechtliche Aspekte der Verlagerung von Arbeitsplätzen ins Ausland (Off-Shoring), DB 2004, 1937 (1938).

⁵⁴⁹ BAG 20.04.1994, 4 AZR 342/93, NZA 1994 1140; BAG 22.04.2009, 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41.

⁵⁵⁰ EuGH 06.09.2011, Rs C-108/10, *Scattolon*, NZA 2011, 1077; vgl hierzu auch *Steffan* NZA 2012, 473.

oder die Folge haben dürften, dass der Arbeitnehmer insgesamt schlechtere Arbeitsbedingungen erhält.⁵⁵¹

4.4 Statutenwechsel

4.4.1 Bei Rechtswahl nach Art 3 Abs 1 Rom I-VO

Haben die Arbeitsvertragsparteien vor dem Betriebsübergang eine Rechtswahl im Sinne von Art 3 Abs 1 Rom I-VO getroffen, ist diese Rechtswahl vorbehaltlich der Überlagerung nach Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom I-VO wirksamer Inhalt des Arbeitsverhältnisses geworden. Die ex-lege-Wirkung des Betriebsübergangs ändert hieran nichts. Vielmehr übernimmt der Erwerber das Arbeitsverhältnis in dieser Form mit der getroffenen Rechtswahl. Diese erfährt daher grds auch bei einer grenzüberschreitenden Verlagerung des Betriebs und bei der Aufnahme der Tätigkeit durch den Arbeitnehmer im Ausland keine Abänderung.⁵⁵²

Dies ist insoweit auch folgerichtig, da die kollisionsrechtliche, freie Rechtswahl des Art 3 Abs 1 Rom I-VO durch den Betriebsübergang nicht tangiert wird. Der Betriebsübergang sichert die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses, jedoch nicht eine Besserstellung des Arbeitnehmers vor und nach dem Betriebsübergang. Somit wird die freie Rechtswahl nur im Rahmen der Regelungen des § 3, § 8, § 21 Rom I-VO flankiert.

4.4.2 Bei objektiver Anknüpfung nach Art 8 Abs 2 bis 4 Rom I-VO

⁵⁵¹ EuGH 06.09.2011, Rs C-108/10, *Scattolon*, NZA 2011, 1077 Rz 77; vgl auch *Preis* in Erfurter Kommentar § 613a BGB Rz 125 mwN auf die zumeist abl Lit.

⁵⁵² Vgl detailliert *Junker*, Der Betriebsinhaberwechsel 113 ff; *Binder*, AVRAG² § 3 154.

Haben die Arbeitsvertragsparteien jedoch vor dem Betriebsübergang keine Rechtswahl getroffen und nimmt der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung im Ausland auf, kann dies zu einer Änderung des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts (sog Statutenwechsel) führen.

Das auf das Arbeitsverhältnis anzuwendende Recht kann, wie bereits ausgeführt wurde, insbesondere durch eine einvernehmliche Rechtswahl verändert und selbst nachträglich abgeändert werden (Art 3 Abs 2 Rom I-VO). Selbst wenn eine ausdrückliche oder stillschweigende Rechtswahl nicht vorliegt, knüpft Art. 8 Abs 2 Rom I-VO im Wesentlichen an das *lex loci laboris* des Betrieb (in diesem Fall im Ausland) an.⁵⁵³ Das Arbeitsverhältnis, das im Rahmen eines Betriebsübergangs und eines Offshorings in das Ausland verlagert wurde und dessen Arbeitnehmer, der dort auch die Arbeit aufgenommen hat⁵⁵⁴, werden fortan eine objektive Anknüpfung des Arbeitsvertragsstatuts haben in Bezug auf den neuen Betriebssitz im Ausland.⁵⁵⁵ Eine abweichende Einschränkung sieht Art 8 Rom I-VO nicht vor. Insbesondere ist auch nicht davon auszugehen, dass das zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder der Arbeitsaufnahme geltende Arbeitsvertragsstatut unumstößlich fortgeführt werden müsste und insoweit Art 8 Abs 2 Rom I-VO punktuell auf einen erstmaligen Zeitpunkt abstellt.⁵⁵⁶

⁵⁵³ S o S 170, Z 3.3.

⁵⁵⁴ *Franzen*, Der Betriebsinhaberwechsel, 104 legt schlüssig dar, dass alleine die Verlagerung des Betriebssitzes nicht ausreicht, vielmehr die Wertung des ehemaligen Art 30 Abs 2 EGBGB (entspr Art 8 Abs 2 Rom I-VO) an die tatsächliche Leistungspflicht anknüpft.

⁵⁵⁵ *Geist in Jaboregg/Resch* Betriebsübergang 68; *Gaul/Mückl* DB 2011, 2319 f.

⁵⁵⁶ *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht², 333; *Franzen*, Der Betriebsinhaberwechsel, 101 f.

4.4.3 Konsequenzen des Statutenwechsel bei Offshoring

Nachdem sich bei einer getroffenen Rechtswahl des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts zumindest im Hinblick auf die Einschränkung der Rechtsnormen, im Übrigen bezogen auf die objektive Anknüpfung des Art 8 (mit Günstigkeitsvergleich), die Eingriffsnormen des Art 9 und des ordre public des Art 21 Rom I-VO Abänderungen für das Arbeitsverhältnis ergeben können⁵⁵⁷, ist die rechtliche und zeitliche Abfolge zwischen der Verlagerung und dem Betriebsübergang zumindest in dem Fall, in dem der Arbeitnehmer seine Arbeit im Ausland aufnehmen relevant.

Verändert sich bereits vor dem Betriebsübergang durch eine Verlagerung des Betriebssitzes in das Ausland durch den (späteren) Veräußerer und nimmt der Arbeitnehmer dort bereits die Arbeit auf, wird sich der Anknüpfungspunkt für das Recht des Betriebsübergangs bereits verändert haben und kann bei einem nachfolgenden Betriebsübergang zu einer Verschlechterung der Situation des Arbeitnehmers führen. Diese verschlechternde Veränderung ist allerdings nur mittelbar mit dem Betriebsübergang verknüpft, der sich später ereignet.

Insoweit sind Offshoring-Sachverhalte im Hinblick auf das Betriebsübergangsrechts danach zu beurteilen oder ggf auch steuerbar, inwieweit noch von dem Veräußerer eine Verlagerung ins Ausland dem Betriebsübergang vorangeht, eine Verlagerung und der Betriebsübergang uno actu oder zunächst ein Betriebsübergang und sodann die Verlagerung ins Ausland erfolgen.

⁵⁵⁷ Detailliert zu den Änderungen einzelner Bereiche des Arbeitsverhältnisses vor und nach dem Verlagerung vgl *Egger DRdA 1999*, 152 ff.

Teil V

Zusammenfassung

Wie im ersten Teil und den zugrundgelegten betriebswirtschaftlichen Erhebungen festgestellt werden konnte, spielt die Fremdvergabe von Leistungen, Funktionen und Teilbereichen noch immer aktuelle und in Teilbereichen zunehmende Rolle. Dieser Trend wird in einer immer mehr globalisierten Marktsituation der Unternehmen und dem zunehmenden Kostendruck oder erwarteten Kosteneinspareffekten verstärkt. Darüber hinaus bestehende Erwartungen von Professionalisierung und Spezialisierung durch den Outsourcingpartner folgt den wirtschaftlich-strategischen Ansatz des „make or buy“ der Unternehmen.

Dieser durchaus kapitalistisch anmutende Ansatz im Unternehmensumfeld, dem zumeist mit der Befürchtung von verschlechternden Bedingungen für die Mitarbeiter begegnet wird, ist in keiner Weise von den Arbeitnehmer schützenden Regelungen des Betriebsübergangsrechts entzogen. Es zeigt sich vielmehr, dass innerhalb der Europäischen Union und einem gezielt fortgebildeten Rechtssystem die Mitarbeiterinteressen bei einer Verlagerung einen zunehmenden Schutz erhalten haben. Das Schutzniveau kann im Wesentlichen als einheitlich und vergleichbar angesehen werden innerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, wenngleich sich sowohl in der Umsetzung der Legislativregelungen als auch in der daraus resultierenden Rechtsprechung durchaus Unterschiede erkennen lassen. Diese bereits

in der Richtlinie angelegten, verbleibenden Gestaltungsräume der Mitgliedsstaaten können bei grenzüberschreitenden Outsourcingmaßnahmen in speziellen Konstellationen ein verändertes Schutzniveau mit sich bringen, wenngleich der grundlegende Schutz des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses als gesichert anzusehen ist.

Die darüber hinausgehenden Unterschiede sind aufgrund der unterschiedlichen Arbeits- und Sozialsysteme der Mitgliedsstaaten geschuldet und hinzunehmen. Bereits in dem Rechtsvergleich der sehr naheliegenden Wirtschafts- und Sozialordnung Österreichs und Deutschlands lassen sich unterschiedliche Ansätze im Arbeitsrecht und gerade der weniger starken Kollektivgebundenheit der deutschen Arbeitswirklichkeit feststellen. Andere Unterschiede sind den politischen Strukturen im Umsetzungsprozess der Betriebsübergangsrichtlinie geschuldet, wie die für die beteiligten Unternehmen schwerer zu handhabende Widerspruchsproblematik des deutschen Betriebsübergangsrechts zeigt. Hier erfolgte die Ausgestaltung eindeutig über die europäische Vorgabe hinaus.

Die Planung und Durchführung von Outsourcingmaßnahmen ist im Hinblick auf den etwaigen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ganz wesentlich von den legislativen und judikativen Vorgaben geprägt und abhängig. Trotz einer seit 1977 geltenden europäischen Vereinheitlichung und dezidierten Rechtsprechung zeigt die neue und neueste Rechtsprechung des EuGH, dass der arbeitnehmerschützende Charakter weiterhin fortgeschrieben wird und hochaktuell ist. So werden alle am Outsourcing beteiligten Parteien die Vorgaben und deren Grenzfälle genau zu beachten haben, um ihre Interessenlagen abzusichern. Den Schutz des Arbeitsverhältnisses wird es allerdings dort nicht mehr geben, wo die fortschreitende Globalisierung Räume kostengünstigeren Offshorings eröffnet und der Mitarbeiter de facto nicht willens

oder in der Lage ist, einer solchen Verlagerung seines Arbeitsplatzes in ein Niedriglohnland zu folgen.

Anhang 1

Synopse der relevanten IPR-Bestimmungen

Rom I-VO	EVÜ	EGBGB
Art 3 Abs 1 Abs 2 Abs 3 Abs 4	Art 3 Abs 1 Abs 2 Abs 3 Keine Regelung	Art 27 Abs 1 Abs 2 Abs 3 Keine Regelung
Art 4 Abs 1 lit a-h	Art 4 Abs 1 S 1, Abs 2	Art 28 Abs 4, Art 29 Abs 4 S 1 Nr 1, Abs 2
Art 8 Abs 1 Abs 2 Abs 3 Abs 4	Art 6 Abs 1 Abs 2 lit a Abs 2 lit b Abs 2 am Ende	Art 30 Abs 1 Abs 2 Nr 1 Abs 2 Nr 2 Abs 2 am Ende
Art 9 Abs 3	Art 7 Abs 1	Art 34 Keine Regelung
Art 10	Art 8	Art 31
Art 12	Art 10	Art 32 Abs 1, 2
Art 14	Art 12	Art 33 Abs 1, 2
Art 15	Art 13 Abs 1	Art 33 Abs 3 S 2 iVm S 1
Art 21	Art 16	Art 6 EGBGB

Literaturverzeichnis

A

Ahlborn, Ilkka-Peter

- Europäisierung des Arbeitsrechts, ZfA 2005, 109 ff

Annuß, Georg

- Der Betriebsübergang nach „Ayse Sützen“, NZA 1998, 70 ff

B

Balze, Wolfgang / Rebel, Wolfgang / Schuk, Peter

- Outsourcing und arbeitsrechtliche Restrukturierungen von Unternehmen, 3. Aufl (2007)

Baudenbacher, Carl

- Auftragsnachfolge und Betriebsübergang im europäischen Recht, DB 1996, 2177 ff

Bauer, Jobst-Hubertus

- Outsourcing out?, BB 1994, 1433 ff
- Neue Hürden des EuGH für Auftragsvergabe, NZA 2004, 14 ff
- Arbeitsrechtliche Chancen und Risiken bei Umstrukturierungen aus anwaltlicher Sicht, NZA Beilage 1/2009, 5 ff

Bauer, Jobst-Hubertus / Göpfert, Burkhard / Haußmann, Katrin / Krieger, Stefan

- Umstrukturierung Handbuch für die arbeitsrechtliche Praxis, 2. Aufl (2009)

Bauschke, Hans-Joachim

- Die so genannte Fremdfirmenproblematik, NZA 2000, 1201

Bellmann, Matthias

- Strategische und operative Überlegungen zur Restrukturierung von Unternehmen, NZA Beilage 1/2009 3 ff

Binder, Martin

- Die österreichische Betriebsübergangsregelung – eine geglückte Beobachtung auf die europarechtlichen Vorgaben?, DRdA 1996, 1 ff
- Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, 2. Aufl (2010)

Buchner, Herbert

- Verlagerung betrieblicher Aufgaben als Betriebsübergang i.S. von § 613a BGB?, DB 1994, 1417 ff

Bunte, Christin

- Nichtigkeit eines Erlassvertrags zur Umgehung der Rechtsfolgen des § 613a BGB, NZA 2010, 319 ff

C

Cohnen, Karl-Dietmar

- Betriebsverlagerungen ins Ausland und § 613a BGB, in Festschrift 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltsverein (2006), 595 ff

Commadeur, Gert / Kleinebrink, Wolfgang

- Das Ende der dynamischen Verweisungsklauseln beim Betriebsübergang, BB 2014, 181

D

Drobig, Ulrich / Puttfarcken, Hans-Jürgen

- Arbeitskampf auf Schiffen fremder Flagge (1989)

Düwell, Franz Josef

- Arbeitsrechtliche Chancen und Risiken von Outsourcing, in Festschrift für Thomas Dietrich (1999) 102

E

Egger, Johann

- Rechtsprobleme bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen, DRdA 1999, 150
- Das Arbeits- und Sozialrecht der EU und die österreichische Rechtsord-

nung, 2. Auflage (2005)

Elking, Lennart / Aszmons, Mattis

- Nicht zuzuordnende Arbeitsverhältnisse beim Betriebsübergang – Neue Rechtsprechung, Theorie und Praxisempfehlung, BB 2014, 373

Elking, Lennart

- Zuordnungsentscheidung und Versetzung vor Betriebsübergang, NZA 2014, 295

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Hrsg Müller-Glöge, Rudi, Preis, Ulrich, Schmidt, Ingrid), 14. Aufl (2014)

F

Feudner, Bernd W.

- Grenzüberschreitende Anwendung des § 613a BGB?, NZA 1999, 1184 ff
- Verlagerung von Arbeit ins Ausland: Grenzen des unternehmerischen Handlungsspielraums?, DB 2004, 982 ff

Franzen, Martin

- Der Betriebsinhaberwechsel nach § 613a BGB im internationalen Arbeitsrecht (1994)
- Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts für die arbeitsrechtliche Regulierung des Betriebsübergangs, NZA Beilage 4/2008, 139 ff

Freckmann, Anke

- Einsatz von Arbeitnehmern im Ausland, RIW 2012, 662

Fröhlich, Martin

- Identität und Selbstständigkeit der übertragenen wirtschaftlichen Einheit bei Betriebsübergang, EuZA 2011, 53

Fuhlrott, Michael

- Zwischengeschaltete Transfergesellschaften zur Vermeidung von Betriebsübergängen, NZA 2012, 549

G

Gahleitner, Sieglinde

- Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsübergang, DRdA 1994, 380
- Betriebsschließung oder Betriebsübergang?, DRdA 2000, 426

Gaul, Björn

- Betriebsübergang: Neues zur betriebsbedingten Kündigung aufgrund Erwerberkonzepts, DB 2003, 1902

Gaul, Björn / Ludwig, Daniel

- Wird § 613a BGB jetzt uferlos?, DB 2011, 298

Gaul, Björn / Mückl, Patrick

- Off-Shoring – Freier Gestaltungsspielraum oder § 613a BGB?, DB 2011, 2318

Gaul, Björn / Jeffreys, Simon / Tinhofer, Andreas / van Wassenhove Stanislas

- Study on the Application of Directive 2001/23/EC to Cross Border Transfers of Undertaking, Final Report 2006, CMS Employment Practice Area Group

Geist, Reinhard

- Grenzüberschreitende Betriebsübergang und Arbeitsrecht in Jabor-negg/Resch (Hrsg), Betriebsübergang. Arbeitsrechtliche Fragen (1999), 58

Greiner, Stefan

- Outsourcing in Preis (Hrsg) Innovative Arbeitsformen (2005), 991

H

Haase, Rolf

- Kündigung des Veräußerers nach Erwerberkonzept – contra legem? In Festschrift zum 25-jährigen Bestehen der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV (2006)

Hanau, Peter / Steinmeyer, Heinz-Dietrich / Wank, Rolf

- Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 1. Auflage (2002)

Hauck, Friedrich

- Neueste Rechtsprechung zu § 613a BGB, Sonderbeilage zu NZA Heft 18/2004, 17
- Die Tatbestandsmerkmale des Betriebsübergangs in der Rechtsprechung des BAG und des EuGH, in: Baeck, Ulrich (Hrsg) Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag (2010) 401

Heilmann, Karin

- Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs zum Betriebsübergang im Vergleich, ArbuR 1996, 168.

Henssler, Martin / Braun, Axel (Hrsg)

- Arbeitsrecht in Europa, 3. Auflage (2011)

Hepple, Bob

- The Legal Consequences of Cross Border Transfers of Undertakings within the European Union, May 1998

Hodel, Marcus / Berger, Alexander / Risi, Peter

- Outsourcing realisieren, 2. Aufl (2006)

Holzer, Wolfgang

- Kündigung bei Betriebsübergängen, DRdA 1995, 375

Holzer, Wolfgang / Reissner Gert-Peter

- Arbeitsvertragsrecht-Anpassungsgesetz (AVRAG), 2. Auflage (2006)

Horst, Peter

- Outsourcing von Rechtsabteilungen, BB 1995, 1096 ff.

J

Jacobs, Matthias

- Fortgeltung und Änderung von Tarif-und Arbeitsbedingungen bei der Umstrukturierung von Unternehmen, NZA Beilage 1/2009, 45

Jabornegg, Peter / Resch, Reinhard (Hrsg)

- Betriebsübergang. Arbeitsrechtliche Fragen (1999)

Jöst, Andreas

- Inhaber im Sinne des § 3 Abs 1 AVRAG und des Art 1 Abs 1 der Betriebsübergangsrichtlinie – Arbeitgeber oder Betriebsinhaber, ZAS 1999, 38

Joost, Detlev

- Betriebsübergang und Funktionsausgliederung, in: Anzinger, Wank (Hrsg), Entwicklungen im Arbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht, FS Otfried Wlotzke (1996) 683

Joussen, Jacob

- Die arbeitsrechtliche Behandlung im Ausland tätiger Freiwilliger, NZA 2003, 1173

Junker, Abbo

- Internationales Arbeitsrecht im Konzern (1992)
- Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht in Arbeitssachen - Eine Einführung für die Praxis, NZA 2005, 199
- Rechtsfragen grenzüberschreitender Betriebsverlagerung, NZA 2012, 8

K

Kania, Marcus

- Betriebsverlagerung ins Ausland als Weg aus der Krise?, ZESAR 2010, 112

Karner, Martin

- Übernahme von Arbeitnehmern: Voraussetzung des Betriebsüberganges, RdW 1997, 729

Kirschbaum, Saskia

- Betriebsübergang und Europarecht. Die Entwicklungen in der Rechtsprechung seit "Christel Schmidt", DRdA 1996, 448

Kietaibl, Christoph

- Gestaltungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit Betriebsübergängen, ZAS 2010, 108

Kleinebrink, Wolfgang / Commandeur, Gert

-
- Der Übergang einer wirtschaftlichen Teileinheit als Betriebsänderung, NZA 2007, 113

Köhler-Frost, Wilfried

- Outsourcing: Eine strategische Allianz besonderen Typs, 5. Auflage (2005)

Kortstock, Ulf

- Abfindung nach § 1 a KSchG und Betriebsübergang, NZA 2007, 297

Krause, Rüdiger

- Die tatsächliche Betriebsführung als konstitutives Erfordernis des Betriebsübergangs, ZfA 2001, 67

Krieger, Steffen / Willemsen, Eva Maria

- Der Wiedereinstellungsanspruch nach Betriebsübergang, NZA 2011, 1128

Krejci, Heinz

- Betriebsübergang und Arbeitsvertrag (1972)

L

Leuchten, Alexis

- Grenzüberschreitende Betriebsübergänge aus deutscher Sicht, FA 2002, 138

Lunk, Stefan

- Gestaltungsoptionen bei Betriebsübergangs-Sachverhalten, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltsverein, FS Deutscher Anwaltverlag (2006) 645

M

Maschmann, Frank

- Betriebsrat und Betriebsvereinbarung nach einer Umstrukturierung, NZA 2009, Beilage 1, 32

Mayr, Klaus

-
- Kündigung im Betriebsübergang, *ecolex* 1995, 499

Meckl (Hrsg)

- Personalarbeit und Outsourcing, 1. Auflage (1999)

Meyer, Cord

- Personalanpassung des Betriebsveräußerers auf Grund eines Erwerberkonzepts *NZA* 2003, 244

Meyer, Holger

- Der Tatbestand des Betriebsübergangs nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts (2004)

Moll, Wilhelm

- Bedeutung und Voraussetzungen des Betriebsübergangs im Wandel, *RdA* 1999, 233

Müller-Bonanni, Thomas

- Betriebsübergang - ja oder nein? - Die aktuelle Rechtsprechung zum Tatbestand des § 613a BGB, *NZA Beilage* 1/2009, 13

Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid (Hrsg)

- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Auflage (2014)

N

Nehls, Albrecht

- Die Neufassung des § 613a BGB - Bewertung und Gestaltungsmöglichkeiten, *NZA* 2003, 822

Niebling, Jürgen

- Outsourcing: Rechtsfragen und Vertragsgestaltung (2006)

O

Öhlinger, Theo / Potacs, Michael

- Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht, 3. Aufl (2006)

P

Palandt, Otto (Hrsg)

- Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Auflage (2015)

Pauls, Sebastian

- Betriebsverlagerung ins Ausland und Wegzugsfreiheit des Unternehmens (2006)

Peschek, Ralf

- Die Nachwirkung von Kollektivverträgen beim Betriebsübergang, RdW 1995, 183.

Pietzko, Joachim

- Der Tatbestand des § 613a BGB (1988)

Pils, Michael Johannes

- Der Verzicht auf das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB, BB 2014, 185

Posch, Willibald

- Bürgerliches Recht VII Internationales Privatrecht, 3. Auflage (2002)

Preis, Ulrich (Hrsg)

- Innovative Arbeitsformen (2005)

R

Rebhahn, Robert

- Betriebsrat und Betriebsvereinbarung bei Betriebs(teil)übergang, WBl 1995, 173

Rebhahn, Robert / Kietaibl, Christoph

- Die Auswirkungen des Einsatzes von Subunternehmern auf die Anwendbarkeit des Betriebsübergangsrechts, ZfA 2007, 325

Reiner, Michael

- Gedanken zur Standortverlagerung: Arbeitsbeziehungen zwischen Systemwettbewerb und Arbeitsrecht, ZAS 2010, 117

Reichold, Hermann

- Neues zum grenzüberschreitenden Betriebsübergang, in: Konzen/Krebber/Raab (Hrsg.), Festschrift für Rolf Birk zum siebzigsten Geburtstag, (2008) 687

Richter, Christian

- Probleme beim grenzüberschreitenden Betriebsübergang, ArbuR 1992, 65 ff

Reissner, Gert Peter

- Neue Betriebsübergangs-Entscheidung des EuGH zur Reinigungsbranche und zum Betriebspensionsbegriff, DRdA 2002, 436

Resch, Reinhard

- Betriebsstilllegung - Betriebsidentität, in *Jabornegg/Resch* (Hrsg), Betriebsübergang. Arbeitsrechtliche Fragen (1999), 41

Rieble, Volker

- Betriebsführungsvertrag als Gestaltungsinstrument, NZA 2010, 1145

Risak, Martin

- Die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen zum übergehenden Betrieb / Betriebsteil, ZAS 2001, 44
- Der Betriebsübergang im österreichischen Arbeitsrecht, NZA 2008, Beilage 4, 145

Röder, Gerhard / Baeck, Ulrich

- Funktionsnachfolge als Betriebsübergang, NZA 1994, 542

Runggaldier, Ulrich

- Arbeitsrechtliche Fragen der Ausgliederung von Unternehmensfunktionen, Betrieben und Betriebsteilen ins europäische Ausland, in Rill (Hrsg), Forschung für die Wirtschaft. Die Europäisierung des österreichischen Wirtschaftsrechts, Wien 1995

S*Salamon, Erwin / Hoppe, Christian*

-
- Die Maßgabe der fortbestehenden Organisationsstrukturen für den Betriebsteilübergang nach „Klarenberg“, NZA 2010, 989

Salamon, Erwin

- Der Betriebsbegriff des § 613a BGB, NZA 2012, 482

Sieg, Rainer

- Überleitung von Beschäftigungsbedingungen bei Ausgliederungen in der betrieblichen Praxis, NZA Beilage 1/2009, 41

Schaub, Günter

- Globalisierung des Arbeitsrechts, FS Alfred Söllner (2000), 997

Schaub, Günter / Koch, Ulrich / Linck, Rüdiger

- Arbeitsrechts-Handbuch, 15. Auflage (2013)

Schiefer, Bernd

- Outsourcing, Auftragsvergabe, Betriebsübergang – nach geänderter Rechtsprechung, NZA 1998, 1095
- Outsourcing, Betriebsübergang, Auftragsvergabe - nach aktueller Rechtsprechung, 3. Auflage (2006)
- Betriebsübergang gem. § 613a BGB – von Christel Schmidt bis Klarenberg -, in: Baeck, Ulrich (Hrsg) Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag (2010) 901

Schipp, Johannes

- Der Übergang von Arbeitsverhältnissen im betriebsmittelarmen Betrieb, NZA 2013, 238

Schneider, Gero

- Einfluss der Rom I-VO auf die Arbeitsvertragsgestaltung mit Auslandsbezug, NZA 2010, 1380 ff

Schlachter, Monika

- Der rechtsgeschäftliche Betriebsübergang im Dienstleistungsbetrieb, FS Däubler (1999) 180
- Grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse, NZA 2000, 57
- Casebook Europäisches Arbeitsrecht, Nomos (2005)

-
- Betriebsübergang bei "eigenwirtschaftlicher Nutzung" von Betriebsmitteln des Auftraggebers, NZA 2006, 80
 - In Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Aufl (2014)

Schnitzler, Manfred

- Betriebsverlagerung – Sozialrechtliche Flankierung durch die Bundesagentur für Arbeit (BA), NZA Beilage 1/2012, 17

Scholtissek, Stephan

- New Outsourcing - Die dritte Revolution der Wertschöpfung in der Praxis (2004)

Schrank, Franz

- Betriebsvereinbarung bei Betriebsübergang, ecolex 1993, 614
- Kollektivvertragsrechtsfragen bei Ausgliederungen und Umstrukturierungen, ecolex 2000, 660

Schumacher-Mohr, Marion

- Zulässigkeit einer betriebsbedingten Kündigung durch den Veräußerer bei Betriebsübergang, NZA 2004, 629

Schwager, Elmar

- Outsourcing der Internen Revision, DB 2003, 2133

Steffan, Ralf

- Der Betriebsteil als "wirtschaftliche Einheit", NZA 2000, 687
- Neues vom EuGH zum Betriebsübergang: Was folgt aus „Scattolon“?, NZA 2012, 473.

T

Thüsing, Gregor

- Rechtsfragen grenzüberschreitender Arbeitsverhältnisse-Grundlagen und Neuigkeiten des internationalen Arbeitsrechtes, NZA 2003, 1303
- Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage (2011)

Teichmann, Christoph / Ptak, Paulina

- Die grenzüberschreitende Sitzverlegung aus deutsch-polnischer Per-

spektive, RIW 2010, 817

Tinhofer, Andreas

- Erstes OGH-Urteil zum „Outsourcing“, RdW 1996,426

Trittin, Wolfgang

- Rationalisierung durch Inhaberwechsel? - Die jüngste Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Betriebsübergang, in Däubler-FS, Bund-Verlag Frankfurt, 1999, 171

V

Vanik, Christian

- Betriebsübergang. Arbeitsrechtliche Konsequenzen von In- und Outsourcing und anderen unternehmerischen Entscheidungen (1999)

Voss, Beate

- Funktionsnachfolge als Betriebsübergang i.S.v. § 613a BGB, NZA 1995, 205

W

Wisskirchen, Gerlind / Goebel, Babette

- Arbeitsrechtliche Aspekte der Verlagerung von Arbeitsplätzen ins Ausland (Off-Shoring), DB 2004, 1937

Wisskirchen, Gerlind

- Outsourcing-Projekte erfolgreich realisieren. Strategie, Konzept, Partnerauswahl, (1999)

Waas, Bernd

- Betriebsübergang durch "Funktionsnachfolge", EuZW 1994, 528
- Zur Konsolidierung des Betriebsbegriffs in der Rechtsprechung von EuGH und BAG zum Betriebsbegriff, ZfA 2001, 377

Wank, Rolf

- Der Betriebsübergang in der Rechtsprechung von EuGH und BAG - eine methodische Untersuchung, in FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht (2004)

245

Wank, Rolf / Borgmann, Udo

- Der Übergang "durch Rechtsgeschäft" beim Betriebsübergang, DB 1997, 1229

Willemsen, Heinz Josef

- „Mit oder an?“ - § 613 a BGB und der Wertschöpfungsgedanke, in FS Reinhard Richardi (2007) 475
- Europäisches und deutsches Arbeitsrecht im Widerstreit?, NZA Beilage 4/2008, 155
- Erneute Wende im Recht des Betriebsübergangs - ein "Christel Schmidt II"-Urteil des EuGH?, NZA 2009, 289
- Aufhebungsverträge bei Betriebsübergang – ein „Erfurter Roulette“?, NZA 2013, 242

Willemsen, Heinz Josef / Annuß, Georg

- Auftragsnachfolge - jetzt doch ein Betriebsübergang?, DB 2004, 135

Willemsen, Heinz Josef/Hohenstatt, Klaus-Stefan/Schweibert, Ulrike/Seibt, Christoph

- Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 4. Aufl (2011)

Wollenschläger, Michael / von Harbou, Christopher

- Arbeitsrechtliche Fragen bei Privatisierungs- und Outsourcingmaßnahmen in öffentlichen Krankenhäusern, NZA 2005, 1081

Judikaturverzeichnis des EuGH

- EuGH 07.02.1985, Rs 186/83, *Botzen*, Slg 1985, 519
= ZIP 1985, 828.
- EuGH 18.03.1986, Rs 24/85, *Spijkers*, Slg 1986, 1119.
- EuGH 17.12.1987, Rs 287/86, *Ny Mølle Kro*, Slg 1987, 5465.
- EuGH 10.02.1988, Rs 324/86, *Daddy's Dance Hall*, Slg 1988, 739.
- EuGH 05.05.1988, Rs C-144/87 und C-145/87, *Berg/Busschers ua*, Slg 1988, 2559
= BB 1991, 208 = NZA 1990, 885.
- EuGH 15.06.1988, Rs 101/87, *Bork*, Slg 1988, 03057
- EuGH 19.05.1992, Rs C-29/91, *Redmond Stichting*, Slg 1992, I-3189.
- EuGH 12.11.1992, Rs C-209/91, *Watson Rask*, Slg 1992, I-5755.
- EuGH 16.12.1992, Rs C-132/91, *Katsikas*, Slg 1992, I-6577
= ZIP 1993, 221 = BB 1993, 506 = BB 1993, 860 =
NZA 1993, 169 = DB 1993, 230.
- EuGH 14.04.1994, Rs C-392/92, *Christel Schmidt*, Slg 1994, I-1311
- EuGH 08.06.1994, Rs C-382/92, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, Slg 1994, I-2435.
- EuGH 19.09.1995, Rs C-4/94, *Rygaard*, Slg 1995, I-02745.
= RdW 1995, 432
- EuGH 07.03.1996, Rs C-171/94 und C-172/94, *Merckx und Neuhuys*, Slg

-
- 1996, I-1253
= RdW 1996, 214
- EuGH 14.11.1996, Rs C-305/94, *Rotsart de Hertaing ua*, Slg 1996, I-5927
- EuGH 11.03.1997, Rs C-13/95, *Süzen*, Slg 1997, I-1259
= EuZW 1997, 244 = NJW 1997, 2039 = NZA 1997, 433 =
DRdA 1997, 216
- EuGH 10.12.1998, Rs C-173/96, *Hidalgo*, Slg 1998, I-08237.
- EuGH, 10.12.1998 Rs C-127/96, *Hernández Vidal*, Slg 1998, I-8179
= NZA 1999, 253
- EuGH 14.09.2000, Rs C-343/98, *Collino*, Slg 2000, I-6659.
- EuGH 26.09.2000, Rs C-175/99, *Didier Mayeur*, Slg 2000, I-07755.
- EuGH 25.01.2001 Rs C-172/99, *Oy Liikenne*, Slg 2001, I-745
= ARD 5201/1/2001
- EuGH 24.01.2002 Rs C-51/00, *Temco*, Slg 2002, I-969
= NJW 2002, 811 = EuZW 2002, 285 = NZA 2002, 265 =
wbl 2002, 87 = ARC 5315/6/2002
- EuGH 20.11.2003, Rs C-340/01, *Abler*, Slg 2003, I-14023
= ASoK 2004, 53 (*Stärker*) = NZA 2003, 1385 = BB 2004,
272 (*Schnitker/Grau*) = DRdA 2004, 189 (*Majoros*) = ZAS
2004, 132 (krit *Loibner*) = ZESAR 2004, 135 (*Reissner*).
- EuGH 26.05.2005, Rs C-478/03, *Celtec Ltd.*, Slg. 2005, I-4389;
- EuGH 15.12.2005, RS C-232/04, *Güney Görres*, Slg 2005 I, 11237
- EuGH, 13.09.2007 RS C-458/05, *Jouini*, Slg 2007, I-7301
= NZA 2007, 1151

- EuGH 12.02.2009, Rs C-466/07, **Klarenberg**, Slg 2009, I-803.
- EuGH 21.10.2010 Rs C-242/09, **Albron Catering**, Slg 2010, I-10309
= NZA 2010, 1225
- EuGH 20.01.2011 Rs C-463/09, **CLECE**, Slg 2011, I-95
= NZA 2011, 148 = EuZA 2011, 53 (*Fröhlich*)
- EuGH 06.09.2011 Rs C-108/10, **Scattolon**
= NZA 2011, 1077
- EuGH 12.11.1998 C-399/96, **Europièces**, Slg. 1998, I-6965
= NZA 1999, 31.