

Betriebsübergang neuerdings bereits durch Auftragsvergabe?

Das jüngste EuGH-Urteil ruft Entrüstung und Überraschung hervor*



Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in seiner jüngsten Entscheidung einen Betriebsübergang bereits durch Neuvergabe eines Auftrags bejaht. Im Krankenhaus stehen die etablierten Strukturen des § 613 a BGB in wesentlichen Teilen zur Diskussion. Das Urteil gilt für jeden Bereich, in dem ein Dritter in den Räumlichkeiten des Krankenhauses mit krankenhauseigenem Inventar eine bestimmte Dienstleistung erbringt.

Sachverhalt

Ein Krankenhaus hatte einen Dienstleister vertraglich mit dem Betrieb der Krankenhauskantine beauftragt (Caterer A). Die Küche und die Speisesäle wurden vom Krankenhaus gestellt, ebenso das gesamte Inventar. Caterer A erbrachte die Dienstleistung (Nahrungszubereitung, Austeilung der Speisen) mit 21 eigenen Mitarbeitern. Nach einem Streit kündigte das Krankenhaus den Vertrag mit Caterer A und vergab den Auftrag neu an Caterer B. B übernahm keinen der 21 Mitarbeiter seines Vorgängers, sondern arbeitete ausschließlich mit eigenen Mitarbeitern. Caterer A kündigte den 21 Mitarbeitern wegen Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit betriebsbedingt. Dagegen wehrten sich die gekündigten Arbeitnehmer und argumentierten, dass in der Auftragsneuvergabe an Caterer B ein Betriebsübergang liege, in deren Folge ihre Arbeitsverhältnisse von Caterer A auf B übergegangen seien.

Fraglich war also, ob ein Betriebsübergang vorlag, obwohl Caterer B

- von Caterer A nichts übernommen hat, also nicht einmal die von A selbst eingebrachten Betriebsmittel – Personal, Warenlager,

- Kalkulations-, Menü-, Diät-, Rezept- oder Erfahrungsunterlagen – und auch keine Arbeitnehmer;

- die Küche und die Speisesäle für die Vertragsdauer vom Krankenhaus nur zur Nutzung übertragen bekam, also keine Eigentumsübertragung stattfand.

Das EuGH bejahte einen Betriebsübergang

Zur Überraschung vieler bejahte der EuGH einen Betriebsübergang bereits durch die Neuvergabe eines Auftrags über eine Catering-Dienstleistung. Die Urteilsgründe des EuGH lassen sich wie folgt nachzeichnen: Es wurde zunächst der ständigen Rechtsprechung gefolgt und klargestellt, dass die Prüfung des identitätswahrenden Übergangs einer wirtschaftlichen Einheit im Wesentlichen von der ausgeübten Tätigkeit und den betrieblichen Besonderheiten (Produktions-, Handelsbetrieb) abhängt. Das EuGH hinterfragte, ob beim Catering die menschliche Arbeitskraft im Vordergrund steht. Dies verneinte das Gericht. Die Verpflegung könne nicht als eine Tätigkeit angesehen werden, bei der es vornehmlich auf die menschliche Arbeitskraft an-

■ Dr. M. Bergmann

* In der hier vorgestellten Abler-Entscheidung befasste sich der EuGH vor einigen Monaten ein weiteres Mal mit einem Betriebsübergang.¹ Die Entscheidung lässt die etablierten Strukturen im deutschen Recht des Betriebsübergangs (§ 613 a BGB) in wesentlichen Teilen überdenkenswert erscheinen. Dies gilt insbesondere im Bereich der (Neu-)Vergabe von Aufträgen an außenstehende Dritte. Auch und gerade für Krankenhäuser ist das Urteil höchst praxisrelevant.

kommt. Schließlich sei für die Verpflegung Inventar in beträchtlichem Umfang erforderlich. Nach Auffassung des EuGH lag eine betriebsmittelintensive Tätigkeit vor. Dabei komme der Übernahme der wesentlichen materiellen Betriebsmittel eine zentrale Bedeutung für die Frage des Betriebsübergangs zu. Als wesentlich in diesem Sinne sieht der EuGH die von dem Auftraggeber (Krankenhaus) bereitgestellten Räumlichkeiten mit Inventar deswegen an, weil es sich hierbei um diejenigen Sachmittel handelt, die zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Tätigkeit „unverzichtbar“ sind. Unter diesen Umständen reicht, wie der EuGH betont, bereits das Zur-Verfügung-Stellen und damit der Übergang von Räumen und Inventar für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Betriebs-

übergangsrichtlinie aus. Dass diese Betriebsmittel unstreitig im Eigentum des Krankenhauses verblieben, war unerheblich. Unerheblich war auch, dass kein einziger Arbeitnehmer übernommen wurde.

Das Urteil hat Auswirkungen auf das gesamte Arbeitsrecht

Das Urteil hat in der arbeitsrechtlichen Fachpresse Überraschung und Entrüstung hervorgerufen. Einige rücken die Entscheidung in den Bereich des Grotesken und Absurden und fordern eine „Welle des Protestes“. Tatsächlich hatte das Bundesarbeitsgericht 1997 in einem ähnlich gelagerten Fall noch einen Betriebsübergang verneint.² Für einen Betriebsübergang war – übrigens im Einklang mit dem EuGH – stets erforderlich, dass eine „wirtschaftliche Einheit identitätswahrend“ übergeht. Was hierunter zu verstehen ist, richtete sich nach der ausgeübten Tätigkeit und den Betriebs- und Produktionsmethoden in dem betroffenen Betrieb.

Dabei differenzierte die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) bislang danach, ob es sich um Produktions-, Handels- oder Dienstleistungsbetriebe handelt. Insbeson-

dere dann, wenn dem Auftragnehmer keine eigentumsähnliche Dispositionsmöglichkeit über die maßgeblichen Betriebsmittel eingeräumt wird, schied in der Vergangenheit ein Betriebsübergang aus. Das Bundesarbeitsgericht differenzierte zwischen einer Dienstleistung **mit** fremden Betriebsmitteln (entspricht der eigentumsähnlichen Disposition, § 613 a BGB möglich) und **an** fremden Betriebsmitteln (§ 613 a BGB scheidet aus). Dies wird sich zukünftig ändern.

Die Rechtsprechung des EuGH wird Auswirkungen auf die arbeitsrechtliche Rechtsprechung über den gesamten Instanzenzug in Deutschland haben. Das Vorliegen eines Betriebsübergangs wird zukünftig noch mehr nach tätigkeitsbezogenen Merkmalen zu prüfen sein.

„Maßgeblich geht es um die Frage, ob bei der vom Übergang betroffenen Einheit betriebsmittelarme oder betriebsmittelgeprägte Tätigkeiten im Vordergrund stehen.“

Nicht entscheidend ist (mehr), ob der Auftragnehmer eigentumsähnlich über die maßgeblichen Betriebsmittel disponieren kann; die tatsächliche Nutzungsmöglichkeit reicht aus.

flexibel.Phoenix

Phoenix passt sich flexibel an die individuellen Bedürfnisse in Ihrem Krankenhaus an.

Folgende Differenzierung ist künftig geboten:

Betriebsmittelgeprägte Tätigkeiten

Im Rahmen von betriebsmittelgeprägten Tätigkeiten sind materielle Betriebsmittel ganz wesentlich für die Art der Tätigkeit und des Betriebs. Zu materiellen Betriebsmitteln gehören Grundstücke, Räumlichkeiten, Maschinen, Werkzeuge oder Rohstoffe. Gemeint sind aber auch immaterielle Betriebsmittel, zum Beispiel Lieferverträge, Produktionsverfahren, Know-how, Kundenbeziehungen, der „gute Ruf“ (Goodwill) des Unternehmens, öffentlich-rechtliche Konzessionen und gewerbliche Schutzrechte. Ein Betriebsübergang liegt nur vor, wenn auch diese Betriebsmittel übertragen werden. Allerdings reicht nicht nur der Übergang irgendeines Betriebsmittels. Vielmehr muss dieses „unverzichtbar“ für die betriebliche Einheit sein. Es reicht nicht aus, dass das Betriebsmittel irgendwie in die Wertschöpfungskette eingebunden ist. In der heutigen Zeit kommt nahezu kein betrieblicher Ablauf ohne materielle Betriebsmittel aus. Die ermittelten Faktoren müssen vielmehr prägend für den Betrieb sein und dessen Kern ausmachen. Dies ist wertend zu bestimmen; es können auch nur immaterielle Betriebsmittel unverzichtbar sein (etwa eine Marke).

*Beispiele aus dem Krankenhausalltag für **betriebsmittelgeprägte** Tätigkeiten:*

- *Speisenversorgung (Betrieb der Großküche; hier steht der Einsatz von Kücheninventar wertungsmäßig im Vordergrund);*
- *Gartenpflege (umfangreicherer Art im Sinne eines klassischen Garten-/Landschaftsbaus mit regelmäßigem Einsatz von Maschinen, so dass die klassische „Handarbeit“ in den Hintergrund tritt).*

Bei betriebsmittelgeprägten Tätigkeiten ist also in aller Deutlichkeit herauszustellen, dass es die Parteien

gerade nicht durch gezielte Nichtübernahme von Arbeitnehmern in der Hand haben, einen Betriebsübergang zu verhindern. Bei Übertragung der wesentlichen Betriebsmittel gehen die Arbeitnehmer automatisch mit über, ob es den Parteien passt oder nicht.

Häufig mag es nicht ganz einfach sein, das Merkmal der Wesentlichkeit mit Leben zu füllen. Dazu folgendes Beispiel: Die Schere des Friseurs ist erforderlich, um dem Kunden die Haare zu scheiden. Aber liegt ein Betriebsübergang des Krankenhausfriseurs bereits dann vor, wenn die Schere verkauft wird? Die Absurdität dieser Frage offenbart, dass der Friseurberuf eines sicher nicht ist oder sein kann: eine betriebsmittelgeprägte Tätigkeit. Denn es handelt sich um eine Tätigkeit, bei der das handwerkliche Geschick des Friseurs im Vordergrund steht, also um eine betriebsmittelarme Tätigkeit.

Betriebsmittelarme Tätigkeiten

Bei betriebsmittelarmen Tätigkeiten spielen materielle Betriebsmittel keine oder nur eine untergeordnete Rolle. Die menschliche Arbeitskraft steht im Vordergrund. Ein Betriebsübergang liegt nur dann vor, wenn auch wesentliche Teile der Belegschaft übernommen werden. Die Parteien haben es in der Hand, durch gezielte Nichtübernahme von Arbeitnehmern einen Betriebsübergang zu verhindern. Dies entspricht übrigens auch der langjährigen Rechtsprechung des BAG. Die „Betriebsmittelarmheit“ kann in der Know-how-Geprägtheit oder in der Einfachheit der zu erbringenden Arbeiten (Handarbeit) liegen.

Zu warnen ist allerdings vor einer allzu schematischen Sicht. Ergibt sich nämlich, dass bei der Erbringung der ansonsten einfachen Tätigkeit technische Hilfsmittel im beträchtlichen Umfang genutzt werden, so ist zu prüfen, ob es sich tatsächlich noch um eine betriebsmittelarme Tätigkeit handelt. So könnte bei der Gebäude-

reinigung eine andere Bewertung geboten sein, wenn es zu einem schwerpunktmäßigen Einsatz von Reinigungsmaschinen (etwa im OP oder auf der Intensivstation) kommt. Gleiches gilt beim Wachdienst, wenn es schwerpunktmäßig zum Einsatz von Überwachungskameras und Bewegungsmeldern kommt (zentrale „Schaltanlage“, nur ein Wachmann).

*Beispiele aus dem Krankenhausalltag für **betriebsmittelarme** Tätigkeiten:*

- *Gebäudereinigung (Reinigung der Räumlichkeiten und Putzen der Scheiben),*
- *Wachdienst (Nachtwache an der Zentrale),*
- *Gartenpflege (einfacher Art),*
- *Leistungen der physikalischen Therapie,*
- *Verwaltung,*
- *Steuer-, Rechtsabteilung,*
- *IT-Support.*

Die Konsequenzen der eingangs geschilderten Rechtsprechung des EuGH können für das Krankenhaus sehr unangenehm sein. Hat sich etwa die Krankenhausleitung über die Mitarbeiter von Caterer A geärgert und deswegen den Zuschlag an Caterer B erteilt, so muss sich die Krankenhausleitung auch weiterhin mit den gleichen missliebigen Arbeitnehmern der hauseigenen Küche auseinandersetzen, die im Zweifel für seine Unzufriedenheit verantwortlich sind. Schließlich sind diese kraft Neuvergaben an Caterer B übergegangen.

Verbleibende Gestaltungsmöglichkeiten für das Krankenhaus

Welche Möglichkeiten hat die Krankenhausleitung, die Neuvergabe von ausgelagerten Aufgaben so zu gestalten, dass ein Betriebsübergang ausscheidet. Das ist in engen Grenzen möglich:

■ Auftragserbringung extern

Ohne Übertragung von wesentlichen Betriebsmitteln greift § 613 a BGB nicht. Da nach den gerichtlichen Vorgaben auf die Nutzung der krankenhauseigenen Räumlichkeit abgestellt wurde, stellt dies die erste „Stellschraube“ dar: Soweit die Verpflegungsleistungen von Caterer B in außerhalb des Krankenhauses liegenden eigenen Räumlichkeiten erbracht werden, scheidet die Räumlichkeit, Strom und Wasser als übergangsfähige Betriebsmittel aus. Soweit in der Praxis die fehlende Umsetzbarkeit dieser Lösung (Problem des Essenstransports) keine Schwierigkeit darstellt, ist dies ein gangbarer Weg, um einen Betriebsübergang zu verhindern.

■ „Kalte Küche“ für mehrere Monate

Bereits nach der ständigen Rechtsprechung des BAG und des EuGH stehen längere Unterbrechungen der Annahme eines Betriebsübergangs im Wege. Diskutiert werden Zeiträume von sechs bis neun Monaten. Der Betrieb muss tatsächlich stillgelegt werden oder eine Betriebsstilllegung beabsichtigt sein. Zu berücksichtigen ist, dass während dieser Zeit die Krankenhausküche kalt bleibt. Es könnte jedoch überlegt werden, für den vorgenannten Zeitraum einen Dienstleister zu beauftragen, der das

Sechs Richtlinien für die Vergabe künftiger Aufträge

1. Bei der zukünftigen Vergabe von Arbeitsabläufen aus dem Krankenhausalltag bedarf § 613 a BGB besonderer Beachtung.
2. Das Vorliegen eines Betriebsübergangs ist nicht davon abhängig, ob die Parteien Arbeitnehmer übernehmen wollen. § 613 a BGB gilt automatisch, wenn eine wirtschaftliche Einheit identitätswahrend übergeht.
3. Die Prüfung, ob eine wirtschaftliche Einheit identitätswahrend übergeht, richtet sich nach der Art der Tätigkeit. Zu differenzieren ist zwischen betriebsmittelarmen und betriebsmittelgeprägten Tätigkeiten.
4. Ein Betriebsübergang liegt bei betriebsmittelarmen Tätigkeiten nur dann vor, wenn wesentliche Teile der Belegschaft übernommen werden.
5. Bei betriebsmittelgeprägten Tätigkeiten bedarf es zunächst der Feststellung, welche Betriebsmittel für den Betrieb unverzichtbar sind und dem Betrieb sein Gepräge geben. Dies ist wertend zu bestimmen. Nur dann, wenn auch diese unverzichtbaren Betriebsmittel übertragen werden, liegt ein Betriebsübergang vor.
6. Für die „Übertragung“ unverzichtbarer Betriebsmittel ist kein Eigentumsübergang an den Betriebsmitteln erforderlich. Ausreichend ist bereits die Einräumung der tatsächlichen Nutzungsmöglichkeit im Rahmen eines Miet- oder Pachtvertrags.

Essen für das Krankenhaus extern zubereitet. Nach Ablauf des Zeitraums könnte ein (anderer) Dienstleister beauftragt werden, der in den Räumlichkeiten des Krankenhauses kocht.

■ Neuvergabe an mehrere Dienstleister

Weiter bietet sich an, den weiteren Zuschlag nicht nur an einen externen Dienstleister zu vergeben, sondern an mehrere. Diese würden sich in der Küche abwechseln (in der Tageszeit oder Wochenweise). Dann wäre davon auszugehen, dass die wirtschaftliche Einheit (Räumlichkeit, Inventar, Wasser, Strom) zwar übergeht. Sie geht aber eben nicht „identitätswahrend“ über. Schließlich wurde die Dienstleistung in der Vergangenheit von einem einzelnen Dienstleister erbracht und nach der Neuvergabe durch mehrere. Das Catering wird „filetiert“ übertragen. Abgesehen von Fragen der praktischen Umsetzbarkeit, die als lösbar angesehen werden, stellt diese – auf den ersten Blick fragwürdig anmutende – Variante am ehesten eine rechtssichere Möglichkeit dar, bei der zukünftigen Essenzubereitung nicht „ins offene Messer“ zu laufen.

Literatur:

- 1 EuGH vom 20. November 2003 – Rs. C. 340/01 – Carliito Abler u. a., NZA 2003, 1385.
- 2 Urteil vom 11. Dezember 1997, AP Nr. 171 zu § 613 a BGB, BB 1998, 697.

Weitere Literatur bei dem Verfasser

Anschrift des Verfassers:

Dr. Magnus Bergmann
Rechtsanwalt
Alfredstraße 277
45133 Essen

E-Mail: markusbergmann@kpmg.com
www.kpmg.de/industries/infrastructure_government/180.htm

außergewöhnlich.Phoenix

Die hohe Anpassbarkeit einerseits und das Modulsystem für einen schnellen Projektstart andererseits machen Phoenix so außergewöhnlich.