

# Privatisierung, Betriebsübergang und die neue Rechtsprechung des EuGH – Update 2009

Dr. Magnus Bergmann, Greven\*

Betriebsübergangssachverhalte sind ein Dauerbrenner im Arbeitsrecht und auch Personalräte werden häufig damit konfrontiert. Seit jeher hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) auf Basis der sogen. Betriebsübergangsrichtlinie (RL 2001/23/EG) einen großen Einfluss auf die deutsche Rechtsprechung, wie es jüngst am Urteil des EuGH vom 12. Februar 2009 (RS Ferrotron) deutlich wurde. Ziel des Beitrags ist es, einen Überblick über den aktuellen Rechtsstand zum Recht des Betriebsübergangs in für Personalräte wichtigen Bereichen zu geben.

## I. Ausgangssituation

Ein Kommunalunternehmen entschließt sich, bestimmte Arbeiten nicht mehr selbst zu erledigen. Dabei kann es sich etwa um ein kommunales Krankenhaus handeln, welches die Reinigungsarbeiten, die Küche oder die Reinigung des OP-Bestecks etc. vergeben möchte, oder um eine Anstalt öffentlichen Rechts, welche gedenkt, z.B. die Grünpflege nicht länger selbst zu erledigen. Die Arbeiten sollen auf eine – nennen wir sie – Service GmbH übertragen werden, die fortan die Dienstleistung erbringen soll. Die Motivation hierzu resultiert u.a. aus dem Versuch des Kommunalunternehmens, an das bisherige Vergütungsniveau zumindest hinsichtlich von Neueinstellungen nicht länger gebunden zu sein. Die Bindung des Kommunalunternehmens an das Vergütungsniveau resultiert nicht selten aus so genannten Bezugnahme Klauseln im Arbeitsvertrag, kraft derer der Arbeitnehmer verlangen kann, nach einem bestimmten Tarifniveau vergütet zu werden.

## II. Unterschiedliche Fallkonstellationen

### Auftragsnachfolge plus Kündigung bzw. Verschlechterung<sup>1</sup>

Ein Stadtkrankenhaus vergibt seine Verpflegungsleistung an eine Gastro GmbH. Diese kocht nach Abschluss des Vertrages in der Krankenhausküche im Wesentlichen in der gleichen Art und Weise, wie es die städtischen Köche zuvor auch getan haben. Den städtischen Köchen soll entweder eine Tätigkeit als Pförtner für die Hälfte des Lohns angeboten oder gekündigt werden.

### Aufhebungsvertrag plus Aufzehrungsmodell<sup>2</sup>

Ein Kommunalunternehmen möchte mit den betroffenen Arbeitnehmern Aufhebungsverträge schließen. Die Service GmbH soll die Reinigungsarbeiten im Kommunalunternehmen übernehmen und diese durch die vormaligen kommunalen Arbeitnehmer erledigen lassen. Die Arbeitnehmer sollen von der Ser-

vice GmbH neue Arbeitsverträge erhalten, in denen keine Bezugnahme Klausel auf Tarifverträge oder sonstige Arbeitsbedingungen enthalten ist. Die Vergütung soll auf dem Niveau vom Zeitpunkt des Aufhebungsvertrags „eingefroren“ werden (z. B. per Stand Juli bei Max Mustermann EUR 2.200,-) und von der Service GmbH weiter gezahlt werden. Die Service GmbH hat – sei es, weil keine Tarifbindung besteht oder weil die Gesellschaft geringwertige Dienstleistungen erbringt – insgesamt und auch für Max Mustermann aber ein deutlich niedrigeres Vergütungsniveau vorgesehen als das Kommunalunternehmen; Max würde hier maximal EUR 1.800,- erhalten. Die Differenz von EUR 400,- würde er von der Service GmbH als Zulage erhalten. Max und seine Kollegen sollen also nur dann einen höheren Lohn als bei dem Kommunalunternehmen erhalten, wenn das vergleichsweise niedrigere Entgeltniveau der Service GmbH (EUR 1.800,-) insgesamt den „eingefrorenen“ Stand (EUR 2.200,-) übersteigt. In den Genuss einer z. B. im August fälligen Tarifierhöhung von z. B. 2% kommt Max nicht mehr, da er ja einen Aufhebungsvertrag mit dem Kommunalunternehmen geschlossen hat.

### „Identitätsverwässerung“<sup>3</sup>

Wie vor. Allerdings erledigen Max und seine Kollegen die Reinigungsarbeiten nicht nur für das Kommunalunternehmen, sondern auch für Dritte, und die Gastro GmbH kocht in der Krankenhausküche nicht nur für das städtische Krankenhaus, sondern bietet jedem interessierten Dritten Catering-Angebote an. Ändert sich dadurch etwas an der rechtlichen Beurteilung?

## III. Rechtliche Bewertung

### 1. Auftragsnachfolge plus Kündigung bzw. Verschlechterung

Bei der ersten Konstellation fragt sich, ob ein Betriebsübergang vorliegt, obwohl die Gastro GmbH vom städtischen Krankenhaus nichts übernommen hat, also weder die von dem Krankenhaus selbst eingebrachten Betriebsmittel (Personal, Warenlager, Kalkulations-, Menü-, Diät-, Rezept- oder Erfahrungsunterlagen) noch die Arbeitnehmer. Die Gastro GmbH bekam die Küche und die Speisesäle für die Vertragsdauer vom Krankenhaus auch nur zur Nutzung übertragen (also keine Eigentumsübertragung).

#### 1.1 Stand der Rechtsprechung

Das BAG hatte 1997 in einem ähnlich gelagerten Fall noch einen Betriebsübergang verneint.<sup>4</sup> 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 damals nach der ausgeüb-

\* Dr. jur. Magnus Bergmann, RA/FAArbR, Kanzlei Doebel, Dr. Bergmann Verfürth, Saerbecker Str. 2a, 48268 Greven mail to: info@anwalt-bergmann.com

<sup>1</sup> Fall nach EuGH v. 20.11.2003 – Rs. C. 340/01 – Carlito Abler u. a., NZA 2003, 1385.

<sup>2</sup> Fall nach BAG v. 21.5.2008 – 8 AZR 481/07.

<sup>3</sup> Fall zwar angelehnt, aber fortentwickelt nach EuGH v. 12.2.2009 – Rs. C-466/07 (Ferrotron), NZA 2009, 251 Rn. 47 = ZBVR online 5/2009, S. 16 ff mit Anmerkung des Verfassers.

<sup>4</sup> Urt. v. 11.12.1997, AP Nr. 171 zu § 613 a BGB, BB 1998, 697.

ten Tätigkeit und den Betriebs- und Produktionsmethoden in dem betroffenen Betrieb. Dabei differenzierte die Rechtsprechung des BAG bislang danach, ob es sich um Produktions-, Handels- oder Dienstleistungsbetriebe handelte. Insbesondere dann, wenn dem Auftragnehmer keine eigentumsähnliche Dispositionsmöglichkeit über die maßgeblichen Betriebsmittel eingeräumt wurde, schied in der Vergangenheit ein Betriebsübergang aus.<sup>5</sup> In der Sprache des Bundesarbeitsgerichts wurde differenziert zwischen einer Dienstleistung mit fremden Betriebsmitteln (= eigentumsähnliche Disposition, § 613 a BGB möglich) und an fremden Betriebsmitteln (§ 613 a BGB scheidet aus).

Dies hat sich zwischenzeitlich durch die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Abler geändert. In dem Beispielfall (erste Konstellation) bejahte der EuGH zur Überraschung vieler einen Betriebsübergang bereits durch die Neuvergabe eines Auftrags über eine Catering-Dienstleistung. Dabei folgte er zunächst seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>6</sup> und stellte erneut heraus, dass die Prüfung des identitätswahrenden Übergangs einer wirtschaftlichen Einheit im Wesentlichen von der ausgeübten Tätigkeit und den betrieblichen Besonderheiten (Produktions-, Handelsbetrieb etc.) abhängt. Sodann wurde hinterfragt, ob bei dem Catering die menschliche Arbeitskraft im Vordergrund stehe. Dies wurde verneint. Die Verpflegung könne nicht als eine Tätigkeit angesehen werden, bei der es vornehmlich auf die menschliche Arbeitskraft ankomme. 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 Betriebsübergangsrichtlinie aus. Dass diese Betriebsmittel unstreitig im Eigentum des Krankenhauses verblieben, war unerheblich. Unerheblich war auch, dass kein einziger Arbeitnehmer übernommen wurde.

## 1.2 Differenzierungen in der Personalratspraxis

Das Urteil hat in der arbeitsrechtlichen Fachpresse Überraschung und Entrüstung hervorgerufen. Einige rücken die Entscheidung in den Bereich des Grotesken und Absurden<sup>7</sup> und fordern eine „Welle des Protestes“ dagegen<sup>8</sup>. Seitdem orientiert sich die Prüfung eines Betriebsübergangs – übrigens auch die des BAG (vgl. dazu sogleich die zweite Konstellation) – noch mehr nach tätigkeitsbezogenen Merkmalen. Maßgeblich geht es um die Frage, ob bei der vom Übergang betroffenen Einheit personengeprägte oder betriebsmittelgeprägte Tätigkeiten im Vordergrund stehen. Nicht (mehr) entscheidend ist, ob der Auftrag-

nehmer eigentumsähnlich über die maßgeblichen Betriebsmittel disponieren kann; die tatsächliche Nutzungsmöglichkeit reicht aus. Für die Personalratspraxis ist daher folgende Differenzierung geboten:

### 1.2.1 Betriebsmittelgeprägte Tätigkeiten

Im Rahmen von betriebsmittelgeprägten Tätigkeiten prägen materielle Betriebsmittel ganz wesentlich die Art der Tätigkeit und des Betriebs. Zu materiellen Betriebsmitteln gehören Grundstücke, Räumlichkeiten, Maschinen, Werkzeuge, Rohstoffe etc. 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 die wesentliche Mehrheit dieser Betriebsmittel übertragen wird.

Allerdings reicht nicht bereits der Übergang irgendeines Betriebsmittels. Vielmehr muss dieses „unverzichtbar“ für die betriebliche Einheit sein. Es genügt nicht, 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 (z. B. eine Marke). 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.

### Beispiele aus dem Krankenhausalltag für betriebsmittelgeprägte Tätigkeiten:

- Verpflegung (Betrieb der Großküche; hier steht der Einsatz von Kücheninventar wertungsmäßig im Vordergrund)
- Gärtnerarbeiten (umfangreicherer Art im Sinne eines klassischen Garten-/ Landschaftsbaus mit regelmäßigem Einsatz von Maschinen, so dass die klassische „Handarbeit“ in den Hintergrund tritt)
- Reinigung des OP-Bestecks

Häufig mag es nicht ganz einfach sein, das Merkmal der Wesentlichkeit mit Leben zu füllen. Dazu folgendes Beispiel: Die Schere des Friseurs ist sicherlich erforderlich, um dem Kunden die Haare zu scheiden. Aber liegt ein Betriebsübergang des Krankenhausfriseurs bereits dann vor, wenn die Schere verkauft wird?<sup>9</sup> Die Absurdität dieser Frage offenbart, dass der Friseurberuf eines sicher nicht ist bzw. sein kann: eine betriebsmittelgeprägte Tätigkeit (es handelt sich um eine Tätigkeit, bei der das handwerkliche Geschick des Friseurs im Vordergrund steht, also eine betriebsmittelarme Tätigkeit; dazu im Weiteren).

### 1.2.2 Betriebsmittelarme Tätigkeiten

Bei betriebsmittelarmen Tätigkeiten spielen materielle Betriebsmittel keine oder nur eine untergeordnete Rolle. Die

<sup>5</sup> So BAG, Urt. v. 25. 5. 2000 – 8 AZR 337/99, n.v.; Preis in ErfKomm, 4. Aufl. 2004, § 613 a BGB Rn. 20.

<sup>6</sup> EuGH v. 18. 3. 1986 – Rs. C 24/85 – (Spijkers).

<sup>7</sup> So Bauer, Handelsblatt vom 10. 12. 2003, S. 35.

<sup>8</sup> Bauer, NZA 2004, 14.

<sup>9</sup> Diese – polemische – Frage stellt Bauer, NZA 2004, 14.

menschliche Arbeitskraft steht im Vordergrund. Ein Betriebsübergang liegt nur dann vor, wenn auch wesentliche Teile der Belegschaft übernommen werden.<sup>10</sup> Anders gewendet: 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.

### Beispiele aus dem Krankenausalltag für betriebsmittelarme Tätigkeiten:

- Putzdienst (Reinigung der Räumlichkeiten und Putzen der Scheiben, aber ggf. anders, wenn wesentliche maschinelle Unterstützung),
- Bewachung (Nachtwache an der Zentrale, aber ggf. anders, wenn Unterstützung durch Überwachungskameras und andere maschinelle Unterstützung im gewissen Umfang),
- Gärtnerarbeiten (einfacher Art),
- Massage und Krankengymnastik-Leistungen,
- Verwaltung,
- Steuer-, Rechtsabteilung,
- IT-Support etc.

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. Ggf. kommt eine betriebsmittelgeprägte Tätigkeit in Betracht. So könnte beim Putzdienst eine andere Bewertung geboten sein, wenn es zu einem schwerpunktmäßigen Einsatz von Reinigungsmaschinen (etwa im OP, auf der Intensivstation etc.) kommt. Gleiches gilt etwa beim Wachdienst, wenn es schwerpunktmäßig zum Einsatz von Überwachungskameras und Bewegungsmeldern kommt (zentrale „Schaltanlage“, nur ein Wachmann).

### 1.3 Fazit

Mittels Vertrag wurde der Gastro-GmbH die Nutzungsmöglichkeit an dem gesamten Kücheninventar eingeräumt. Nach der getroffenen Absprache sollte die Verpflegungsleistung in der gleichen Weise erbracht werden wie zuvor. Dies reicht aus, um den Übergang einer wirtschaftlichen Einheit in identitätswahrender Art und Weise bejahen zu können. Folge dessen ist, dass die städtischen Köche einen Anspruch auf Übernahme durch die Gastro-GmbH haben und zwar zu den Bedingungen und Konditionen, wie sie gegenüber dem städtischen Krankenhaus vorgelegen haben. Folglich kann ihnen nicht gekündigt werden, ebenso wenig müssen sie als Pfortner arbeiten.

### 2. Aufhebungsvertrag plus Aufzehrungsmodell

Bei der zweiten Konstellation stellt sich die Frage, ob der Aufhebungsvertrag wirksam ist. Kommt man zum Ergebnis, dass er unwirksam ist, könnten die Arbeitsverhältnisse im Wege eines Betriebs(teil-)übergangs nach § 613 a BGB auf die Service GmbH übergegangen sein. Dies hätte zur Folge, dass Max jedenfalls

dann, wenn er seinen Arbeitsvertrag zeitlich nach der sog. Schuldrechtsreform, also nach 2003, abgeschlossen hat, auch bei der Service GmbH einen dauerhaften dynamischen Anspruch auf Vergütung nach dem Tarif für das Kommunalunternehmen hätte. Er könnte also auch die 2%ige Erhöhung im August verlangen.

### 2.1 Subsumtion

Der **Aufhebungsvertrag ist nichtig** (§ 134 BGB), da er die Regelungen des § 613 a BGB umgeht. Nach der Rechtsprechung des BAG sind Vertragsgestaltungen nichtig, deren objektive Zielsetzung in der Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes besteht.<sup>11</sup> § 613 a BGB wird insbesondere dann umgangen, wenn im Falle eines Betriebsüberganges zugleich mit dem Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit dem bisherigen Arbeitgeber ein neues Arbeitsverhältnis mit dem Betriebsübernehmer vereinbart wird, da § 613 a BGB einen Schutz vor einer Veränderung des Arbeitsvertragsinhaltes ohne sachlichen Grund gewährt.<sup>12</sup> Letzteres ist im Beispielfall gegeben.<sup>13</sup>

Auch kann davon ausgegangen werden, dass ein **Betriebsübergang** vorliegt. § 613 a BGB setzt den rechtsgeschäftlichen Übergang zumindest eines Betriebsteiles auf einen anderen Inhaber voraus. Es muss eine wirtschaftliche Einheit übergehen. Darunter versteht man eine organisatorische Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören als Teilaspekte der Gesamtwürdigung namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude oder bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Überganges, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit. Den für das Vorliegen eines Überganges maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- und Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu. Gerade bei betriebsmittelarmen und dienstleistungsorientierten Branchen und Arbeitszwecken, bei denen es wesentlich auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch ihre gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit in diesem Sinne darstellen. Voraussetzung für einen Betriebsteilübergang ist, dass ein selbstständig übergangsfähiger Betriebsteil vorliegt. Dies setzt voraus, dass innerhalb des betrieblichen Gesamtzweckes ein Teilzweck verfolgt wird. Die Wahrung eines Teilzweckes führt nur dann zu einer selbstständigen übergangsfähigen Einheit, wenn eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen vorliegt. Die bei dem Kommunalunternehmen zu erbringenden Reinigungsarbeiten stellen einen übergangsfähigen Betriebsteil dar, denn damit liegt eine Teilorganisa-

<sup>10</sup> EuGH v. 11. 3. 1997, NZA 1997, 433 (Süzen).

<sup>11</sup> BAG v. 18. 8. 2005 – 8 AZR 523/04, BAGE 115, 340 = AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 31 = EzA BGB 2002 § 613 a Nr. 40.

<sup>12</sup> BAG v. 23. 11. 2006 – 8 AZR 349/06, AP BGB § 613 a Wiedereinstellung Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 613 a Nr. 61.

<sup>13</sup> So auch ausdrücklich BAG v. 21. 5. 2008 – 8 AZR 481/07.

tion vor, in der sächlich und organisatorisch abgrenzbare arbeits-technische Teilzwecke erfüllt werden. Reinigungsarbeiten stellen eine solche Teilorganisation dar. Es werden für diese Tätigkeiten nur bestimmte Arbeitnehmer eingesetzt. Ihnen ist ein konkret abgegrenztes Aufgabengebiet, nämlich die Reinigung des Kommunalunternehmens, zugewiesen. Dafür bestehen für sie genaue Anweisungen bzgl. Art und Umfang der Reinigungstätigkeiten. Außerdem stellt ihnen das Kommunalunternehmen die erforderlichen Reinigungsgeräte und -mittel zur Verfügung. Diese Reinigungstätigkeit ist auch eine **Arbeitsaufgabe, welche auf eine dauerhafte Erfüllung angelegt** ist. Deshalb ist der Teilbetriebsbegriff erfüllt.<sup>14</sup>

Da es sich bei Reinigungsarbeiten um einen Arbeitszweck handelt, bei dem es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt und sächliche Betriebsmittel, wie Reinigungsgeräte und Verbrauchsstoffe, nur eine geringe, untergeordnete Bedeutung haben<sup>15</sup>, liegt ein sog. **betriebsmittelarmer Teilbetrieb** vor. Dieser ist auf die Service GmbH dadurch i.S.d. § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB übergegangen, dass sie die Arbeitnehmer, welche bislang die Reinigungsarbeiten in dem Kommunalunternehmen erledigt hatten, übernommen hat. Diese sind auch – was sich durch den Einsatz im Kommunalunternehmen dokumentiert – in der Lage, die Reinigungsarbeiten wie bisher auszuführen. Damit hat die Service GmbH auch die Identität der bisher beim Kommunalunternehmen bestehenden wirtschaftlichen Einheit übernommen.

## 2.2 Fazit

Max arbeitet zu den Bedingungen aus seinem mit dem Kommunalunternehmen begründeten Arbeitsvertrag bei der Service GmbH. Dazu gehört insbesondere auch die dynamische Bezugnahme auf den für ihn günstigeren Tarifvertrag.

## 3. „Identitätsverwässerung“

Anlässlich der dritten Fallkonstellation stellt sich ebenfalls die Frage, ob ein Betriebsübergang vorliegt. Die Voraussetzungen hinsichtlich der Betriebsmittelgeprägtheit waren oben bejaht werden. Nun fragt sich, ob die wirtschaftliche Einheit *identitätswahrend* übergegangen ist.

### 3.1 Rechtsprechung des BAG

Bislang vertrat das BAG dazu einen klaren Standpunkt, der sich wie folgt zusammenfassen lässt: Wesentliche Änderungen in der Organisation, der Struktur oder im Konzept der betrieblichen Tätigkeit können einer Identitätswahrung entgegenstehen.<sup>16</sup> So sprach eine Änderung des Betriebszwecks gegen eine im Wesentlichen unveränderte Fortführung des Betriebs und damit gegen die für einen Betriebsübergang erforderliche Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit.<sup>17</sup> Ein Betriebsübergang schieb bislang auch dann aus, wenn ein Betrieb vollständig in die

eigene Organisationsstruktur eines anderen Unternehmens eingegliedert wurde, so dass kein organisatorisch abgrenzbarer Betrieb oder Betriebsteil verblieb.<sup>18</sup> Ebenso konnte eine wesentlich veränderte Zusammenfassung von Ressourcen einem Betriebsübergang entgegenstehen.<sup>19</sup> Angewendet auf den Fall hätte dies zur Folge, dass ein Betriebsübergang ausscheidet. Denn unter dem Merkmal der Identitätswahrung ist es etwas anderes, ob eine Dienstleistung nur exklusiv für das Krankenhaus erbracht wird oder „geöffnet“ gegenüber jedem Dritten. Denn dabei ist eine andere Organisation erforderlich (Werbung, Abrechnung etc.).

### 3.2 Rechtsprechung des EuGH

Jüngst nutzte der EuGH die Gelegenheit, die Grundsätze zur so genannten Identitätswahrung modifiziert zur Anwendung zu bringen: Zwar sei das Kriterium der „Organisation“ nach wie vor wichtig, um zu beurteilen, ob bei einem in Frage stehenden Betriebsübergang die Identität einer wirtschaftlichen Einheit erhalten bleibt. Eine Änderung der Organisation bedeute aber nicht automatisch, dass ein Betriebsübergang ausgeschlossen ist.<sup>20</sup> Denn die Betriebsübergangsrichtlinie verlange nicht, dass die **konkrete** Organisation beibehalten wird, sondern lediglich, „dass die Beibehaltung der funktionellen Verknüpfung der Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung dieser Faktoren erforderlich ist“. Denn diese Beibehaltung erlaube es dem Erwerber, die Produktionsfaktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen Tätigkeit nachzugehen, selbst wenn sie in eine neue, andere Organisationsstruktur eingegliedert werden.

### 3.3 Kurswechsel in der deutschen Rechtsprechung?

Die hier besprochene Entscheidung des EuGH weicht in einem wesentlichen Punkt von der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ab und könnte nach den Erfahrungen aus den Entscheidungen zu „Christel Schmidt“<sup>21</sup> und „Ayse Süzen“<sup>22</sup> zu einem weiteren Kurswechsel in der nationalen Rechtsprechung bei Fragen rund um einen Betriebsübergang führen, und zwar zu Gunsten der Arbeitnehmer. Denn gegenüber der Entscheidung des EuGH ist u. a. auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 25.9.2003 hinzuweisen, wonach ein Betriebsteil dann nicht auf einen neuen Inhaber übergeht, wenn er vollständig in die Organisationsstruktur eines anderen Unternehmens eingegliedert oder die Aufgabe in einer deutlich größeren Organisationsstruktur durchgeführt wird.<sup>23</sup> Dabei könnte man auch von einer „identitätsstörenden Eingliederung“ sprechen, eine Auffassung, die nicht nur bei den deutschen Arbeitsgerichten so anerkannt ist, sondern auch von namhaften Vertretern in der Literatur so geteilt wird.<sup>24</sup> Seit jeher prüfen deutsche Arbeitsgerichte bei einem in Frage stehenden Betriebsübergang, ob das Merkmal des „identitätswahrenden Übergangs“ festgestellt werden kann, mithin die Art der Ableistung der Arbeit bei dem Erwerber nicht wesentlich anders abläuft als beim Veräußerer. (Vereinfacht dargestellt: Jeder verrichtet am Arbeitsplatz seine bis-

14 Vgl. BAG v. 11.12.1997 – 8 AZR 729/96, BAGE 87, 303 = AP BGB § 613 a Nr. 172 = EzA BGB § 613 a Nr. 159.

15 Vgl. dazu BAG v. 11.12.1997 – 8 AZR 729/96, BAGE 87, 303 = AP BGB § 613 a Nr. 172 = EzA BGB § 613 a Nr. 159.

16 Vgl. BAG v. 4.5.2006 – 8 AZR 299/05 (Rn. 34), BAGE 118, 168, 180 = AP BGB § 613 a Nr. 304 = EzA BGB 2002 § 613 a Nr. 51, zu II 3 b bb der Gründe mwN.

17 Vgl. BAG v. 13.7.2006 – 8 AZR 331/05 (Rn. 17 ff.) = AP BGB § 613 a Nr. 313, zu II 2 der Gründe; v. 13.5.2004 – 8 AZR 331/03, AP BGB § 613 a Nr. 273 = EzA BGB 2002 § 613 a Nr. 26, zu II 2 der Gründe; v. 11.9.1997 – 8 AZR 555/95, BAGE 86, 271, 274 ff. = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 16 = EzA BGB § 613 a Nr. 153, zu B 2 der Gründe.

18 Vgl. BAG v. 6.4.2006 – 8 AZR 249/04 (Rn. 22, 23), BAGE 117, 361, 368 f. = AP BGB § 613 a Nr. 303 = EzA BGB 2002 § 613 a Nr. 52, zu II 3 b der Gründe; v. 25.9.2003 – 8 AZR 421/02, AP BGB § 613 a Nr. 261 = EzA BGB 2002 § 613 a Nr. 14, zu II 2 c der Gründe.

19 Vgl. BAG v. 14.8.2007 – 8 AZR 1043/06 (Rn. 24), NZA 2007, 1431, zu B II 3 der Gründe.

20 EuGH a.a.O. (FN 3), Rn. 47/48.

21 EuGH v. 14.4.1994, NZA 1994, 545.

22 EuGH v. 11.3.1997, NZA 1997, 433.

23 BAG v. 25.9.2003, NZA 2004, 316.

24 So z. B. Willemsen, NZA 2009, 289.

herige Tätigkeit, behält die gleichen Nachbarn und auch denselben Chef). Wäre der vorliegende Fall also nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu entscheiden gewesen, so läge kein Betriebsübergang vor, da die bei dem Krankenhaus vorherrschende Organisationsstruktur (Erbringung der Verpflegungsleistung ausschließlich für das Krankenhaus) bei der Gastro GmbH nicht uneingeschränkt fortgeführt wird (dort „Öffnung“ des Dienstleistungsangebots auch für fremde Dritte).

**Zur Beachtung:** Der EuGH prüft das Merkmal der Identitätswahrung auch weiterhin, nur entgegen der deutschen Rechtsprechung liberaler und eher schutzzweckorientiert. Nach Auffassung des EuGH ist die Identität immer noch dann gewahrt, wenn es dem Erwerber möglich ist, die wirtschaftliche Einheit für zumindest gleichartige Tätigkeiten zu nutzen.<sup>25</sup> Und davon musste im vorgelegten Fall ausgegangen werden, denn es wird als gleichartig anzusehen sein, wenn die Gerätschaften benutzt werden, sei es „in-house“ für das Krankenhaus, sei es für außenstehende Dritte parallel zum Krankenhausbetrieb.

#### IV. Die Rolle des Personalrats bei Übergangssachverhalten

Fremdvergaben und Betriebsübergänge stellen den Personalrat vor eine verantwortungsvolle Aufgabe, sei es in Form von Privatisierungen, sei es bei Veränderungsprozessen innerhalb des öffentlichen Dienstes. Der Personalrat sollte sich dieser Aufgabe nicht ohne fachkundige Beratung durch die Gewerkschaft oder fachlich versierte Rechtsanwälte stellen. Die nachfolgenden ausgesuchten Aspekte sollten bei den Verhandlungen beachtet werden<sup>26</sup>:

- Bei Strukturveränderungsprozessen hat der Personalrat nach einigen Landespersonalvertretungsgesetzen ein Mitbestimmungsrecht. Hinzuweisen ist auf § 78 BPersVG in Bezug auf die in Absatz 1 Nr. 2 geregelte „Auflösung, Einschränkung, Verlegung oder Zusammenlegung von Dienststellen oder wesentlichen Teilen von ihnen“ und die in Absatz 5 enthaltene Regelung „Vor grundlegenden Änderungen von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen ist der Personalrat zu hören.“<sup>27</sup> Allerdings ist die Reichweite des Mitbestimmungsrechts begrenzt, der Personalrat hat kein „Blockaderecht“. Üblicherweise entscheidet das verfassungsmäßig zuständige oberste Organ oder ein von ihm bestimmter Ausschuss endgültig im Sinne eines „Letztentscheidungsrechts“. Trotzdem ist das in § 2 Abs. 1 BPersVG geregelte Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit zu beachten. Das daraus resultierende Mitspracherecht sollte notfalls gegenüber dem Dienstherrn aktiv eingefordert werden.
- Der Personalrat sollte seine Rechte dazu nutzen, die gesetzlichen Regelungen in § 613 a BGB in einem Personalüberleitungsvertrag zu Gunsten der Beschäftigten näher auszugestalten. Gegenstand

sollte sein, die tariflichen Regelungen beim Erwerber auch zukünftig im jeweils gültigen Stand zur Anwendung zu bringen sowie im gleichen Durchführungsweg die Altersversorgung abzusichern, das Übergangsmandat des Personalrats und die Frage der „Beamtenchicksale“ zu behandeln.

- Das gesetzliche Widerspruchsrecht in § 613 a BGB ist mit Vorsicht zu genießen. Bei unüberlegter und ungeprüfter Ausübung droht bei der „alten“ Dienststelle die betriebsbedingte Kündigung (ordentlich bzw. ggf. außerordentlich), weil dort wegen der Strukturveränderung die Beschäftigungsmöglichkeit entfallen sein könnte. Der Widerspruch sollte nur dann in Betracht gezogen werden, wenn der Dienstherr noch weitere Dienststellen betreibt oder von einer rechtlichen Einflussnahmemöglichkeit in Richtung des Betriebserwerbers ausgegangen werden kann.<sup>28</sup>
- Die Normen einer Dienstvereinbarung können nach einer Strukturveränderung nur noch individualrechtlich fortgelten, also auf Ebene des Arbeitsvertrags. Die Dienstvereinbarungen werden jedoch komplett durch etwaige beim Erwerber geltende Betriebsvereinbarungen abgelöst, wenn diese denselben Regelungsgegenstand haben. Das Günstigkeitsgebot gilt dabei nicht.

#### V. Zusammenfassung

##### Acht Aussagen für die zukünftige Praxis der Fremdvergabe

1. Bei der Vergabe von Arbeitsabläufen 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.
7. Die Identität gilt auch dann noch als gewahrt, wenn der Erwerber eine wirtschaftliche Einheit für zumindest gleichartige Tätigkeiten nutzt.
8. Der Personalrat sollte die ihm zustehenden Beteiligungsrechte nutzen, um die Interessen der von der Strukturänderung betroffenen Mitarbeiter bestmöglich abzusichern. Dies geschieht üblicherweise in Form eines Personalüberleitungsvertrags.

<sup>25</sup> EuGH, a.a.O. (FN 2).

<sup>26</sup> Ausführlich zu den Einflussmöglichkeiten des Personalrats bei Privatisierungen Verfasser in ZfPR 2004, 309 ff.

<sup>27</sup> Mit den inhaltlich entsprechenden landesgesetzlichen Regelungen § 80 LPVG BW, Art. 76 BayPVG; § 90 PersVG Berlin; § 68 PersVG Bra; §§ 54 Abs. 2, 55, 67 BremPersVG; §§ 84, 87 Abs. 3, 89 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 3 HmbPersVG; §§ 63, 81 Abs. 1 bis 3 HPVG; § 68 Abs. 2 PersVG MV; § 75 NPersVG; §§ 73, 75 LPVG NW; §§ 80 Abs. 2, 84 LPersVG RHP; §§ 83, 84 SPersVG; §§ 77, 81 SächsPersVG; §§ 60, 66 Abs. 2, 69 PersVG LSA; – MBG SH; § 76 Abs. 1, 2, 3, 77 ThürPersVG.

<sup>28</sup> Vgl. zu dem letzten Aspekt die Ausarbeitung des Verfassers „Die AöR als Herausforderung für Personalräte“ in ZfPR 2004, 309 ff.