

Ping-Pong der Gerichte

Betriebsübergang trotz Eingliederung



Dr. Mark Zimmer

ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter an der Universität der Bundeswehr München und Partner bei Gibson, Dunn & Crutcher LLP, München.



Robert C. J. Heymann

ist Rechtsanwalt bei Gibson, Dunn & Crutcher LLP, München.

Praktiker wollen wissen, wann ein Betriebsübergang nach § 613a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) vorliegt und wann nicht. Leider machen es ihnen die Gerichte hierbei nicht leicht. Es lohnt sich deshalb, einmal einen genauen Blick auf die Abgrenzungskriterien des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zu werfen.

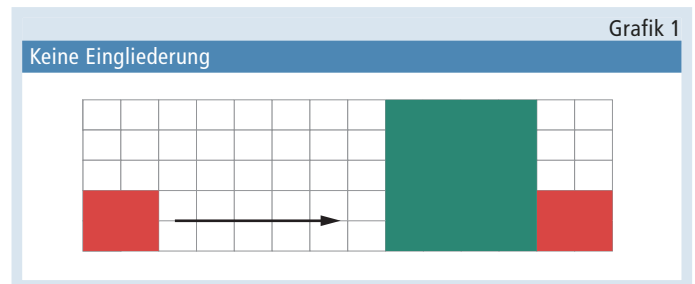
1 Betriebsübergang und Eingliederung beim Erwerber

Unstreitig ist Voraussetzung für einen Betriebsübergang, dass der Erwerber entweder die wesentlichen Betriebsmittel oder bei einem betriebsmittelarmen Betrieb (z. B. im Dienstleistungsbereich) zumindest den wesentlichen Teil des Personals übernimmt. Erwerber und Veräußerer konnten jedoch einen Betriebsübergang nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) oft ausschließen, wenn der Erwerber den übernommenen Betrieb in seinen schon bestehenden Betrieb eingliederte. Das BAG setzte für einen Betriebsübergang die „Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit“ voraus und legte dieses Merkmal eigenständig aus.

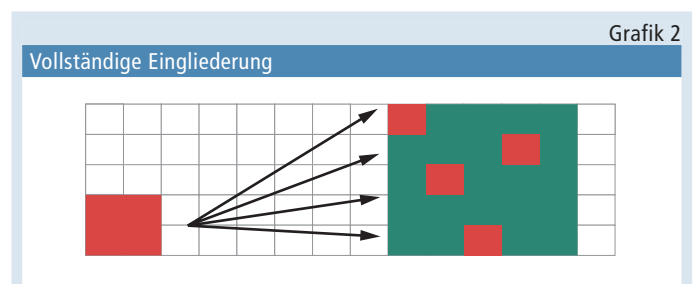
Da die deutsche Regelung des Betriebsübergangs aber auf einer europäischen Richtlinie beruht (2001/23/EG), hatte das BAG hier nicht das letzte Wort. Vielmehr entschied der EuGH auf Vorlage des Landesarbeitsgerichts (LAG) Düsseldorf (v. 10.8.2007 – 9 Sa 303/07) über die Frage, ob nicht auch ein Betriebsübergang vorliegen kann, wenn der Erwerber den übernommenen Betrieb in seinen eigenen eingliedert. Der EuGH bejahte diese Frage im Fall Klarenberg (Urt. v. 12.2.2009 – C-466/07, AuA 2/10, S. 118; s. dazu auch Willemsen, Erneute Wende im Recht des Betriebsübergangs – ein „Christel Schmidt II“-Urteil des EuGH?, NZA 2009, S. 289, und Wißmann, Europa hat gesprochen: Betriebsübergang ohne Erhalt der organisatorischen Einheit!, BB 2009, S. 1126).

2 Die bisherige Rechtslage

Wenn der Erwerber den bisherigen Betrieb oder Betriebsteil im Wesentlichen unverändert beibehält und fortführt, handelt es sich unproblematisch um einen Betriebsübergang. Dies verdeutlicht **Grafik 1**, in der der grüne Erwerber den roten Betrieb unverändert fortführt.



Kein Betriebsübergang lag nach den BAG-Urteilen der vergangenen Jahre vor, wenn der Erwerber den übernommenen Betrieb oder Betriebsteil vollständig in die eigene Organisationsstruktur seines Unternehmens eingliederte und dieser dadurch seine Identität verlor. Es handelte sich nämlich nicht mehr um denselben Betrieb bzw. Betriebsteil. Dies zeigt **Grafik 2**:



3 Drei Beispiele

Dazu drei Beispiele aus der jüngeren Rechtsprechung des BAG:

■ Frauenhaus

Das Angebot des bisherigen Betreibers eines Frauenhauses beschränkte sich darauf, bedrohte oder misshandelte Frauen unterzubringen. Der Erwerber änderte dieses Konzept auf doppelte Weise: Zum einen setzte er auf ein umfassendes präventives Beratungskonzept statt auf die bloße Unterbringung. Zum anderen wurde das Frauenhaus Teil einer Kette von Beratungsstellen. Jeder Mitarbeiter ist sowohl dafür zuständig, die untergebrachten Frauen zu betreuen als auch sie präventiv zu beraten. Das BAG sah deshalb keinen Betriebsübergang nach § 613a BGB (Urt. v. 4.5.2006 – 8 AZR 299/05, NZA 2006, S. 1096). Illustriert sieht dieser Fall wie in **Grafik 3** auf S. 143 aus:

4 Die neue EuGH-Entscheidung (Klarenberg)

Der EuGH hat im Klarenberg-Fall die geschilderte Eingliederungsrechtssprechung des BAG jetzt deutlich eingeschränkt (Urt. v. 12.2.2009 – C-466/07, a. a. O.). Damit können die Gerichte Fragen des Betriebsübergangs nun sehr flexibel handhaben.

In der Entscheidung ging es um folgenden Sachverhalt: Herr Klarenberg war Abteilungsleiter in einem Unternehmen der industriellen Automatisierung, Mess- und Regeltechnik. Das Unternehmen veräußerte die wesentlichen Betriebsmittel und Produktlinien dieser Abteilung. Der Erwerber übernahm einzelvertraglich auch Herrn Klarenbergs Stellvertreter und drei Ingenieure, nicht aber Herrn Klarenberg selbst. Die Arbeitnehmer wurden in verschiedene Abteilungen eingegliedert, wo sie sowohl die übernommenen als auch die eigenen Produkte des Erwerbers betreuen. Einem gemeinsamen Abteilungsleiter sind sie nicht mehr unterstellt.

Indem der Erwerber die bisherige Abteilung des Veräußerers in ihre Bestandteile zerlegte und in verschiedene Abteilungen einbaute, hätte er nach der jüngeren Rechtsprechung des BAG einen Betriebsübergang verhindern können. Das ist nach der Entscheidung des EuGH nun nicht mehr möglich. Die Eingliederung der übernommenen Einheit (Betrieb) hinderte den Betriebsübergang im vorliegenden Fall nicht. Es ist nicht zulässig, die Anwendbarkeit der Richtlinie und ihren Schutzzumfang einfach dadurch zu beschränken, dass der Erwerber willkürlich die Organisationsstruktur verändert.

5 Die Begründung des EuGH

Zur Begründung dieses Ergebnisses berief sich der EuGH zunächst auf den Wortlaut der Richtlinie 2001/23/EG und stellte fest, dass das BAG diesen bisher falsch verstanden hatte. Die Richtlinie bestimmt in Art. 1 Nr. 1, wann ein Betriebsübergang vorliegt:

Vorschrift

Art. 1 Nr. 1 Richtlinie 2001/23/EG

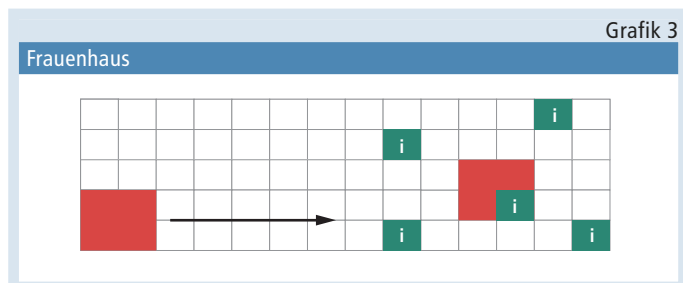
- a) Diese Richtlinie ist auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw. Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung anwendbar.
- b) Vorbehaltlich Buchstabe a) und der nachstehenden Bestimmungen dieses Artikels gilt als Übergang i. S. d. Richtlinie der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit.

...

Obwohl Buchstabe b) überhaupt erst definiert, was ein Betriebsübergang ist, sieht der EuGH darin eine Einschränkung des in Buchstabe a) festgelegten Anwendungsbereichs, die daher eng auszulegen ist. Das bedeutet aber, dass die in Buchstabe b) verwandten Begriffe großzügig verstanden werden müssen. Auf dieser Grundlage war es dem EuGH leicht möglich, die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Betriebsübergangs stark herabzusetzen.

Um die Identität der übergehenden Einheit zu wahren, wie es die Richtlinie für einen Betriebsübergang voraussetzt, genügt es daher nun, dass der Funktionszusammenhang fortbesteht. Das ist mit den Worten des

Grafik 3

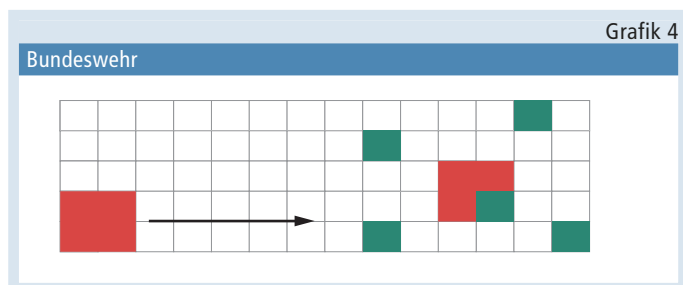


■ Bundeswehr-Instandsetzung

In einem ähnlichen Fall entschied das BAG ebenso: Die Bundeswehr beendete ihre eigenen Instandsetzungsaktivitäten und lässt die Arbeiten nun von einem Dienstleister erledigen. Dieser beschäftigt das Instandsetzungspersonal der Bundeswehr weiter, hat aber eine eigene bundesweite Organisation aufgebaut.

Auch hier sah das BAG keinen Betriebsübergang. Das neue Unternehmen hatte die Instandsetzungsarbeiten des aufgelösten Bundeswehrzentrums nicht insgesamt einem eigenen Stützpunkt übertragen, sondern sie auf mehrere verteilt (Urt. v. 30.10.2008 – 8 AZR 855/07, AuA 12/09, S. 729 f.). Diese Konstellation lässt sich wie folgt grafisch darstellen:

Grafik 4

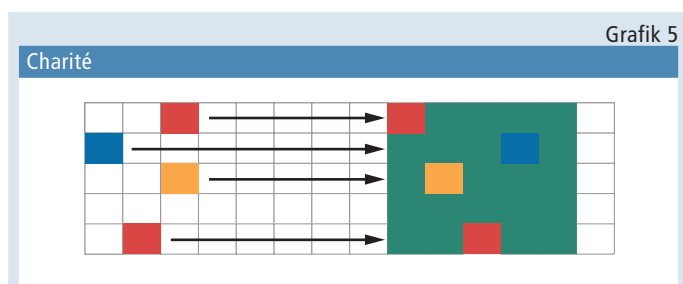


■ Charité-Gebäudetechnik

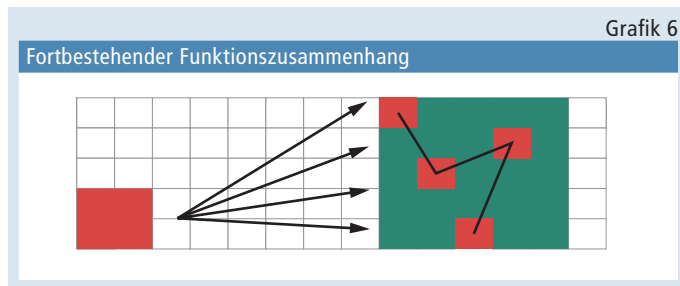
Das Berliner Universitätsklinikum Charité vergab früher die Aufträge zum Betrieb und zur Instandhaltung der gebäudetechnischen Anlagen seiner einzelnen Standorte an unterschiedliche Dienstleister. Nun sollte nur noch ein Unternehmen die Arbeiten für das gesamte Klinikum erbringen. Jeder Arbeitnehmer konnte an allen Standorten eingesetzt werden.

Das BAG lehnte einen Betriebsübergang ab, weil der neue Auftragnehmer die Aufgaben jetzt in einer größeren Organisation wahrnimmt (Urt. v. 14.8.2007 – 8 AZR 1043/06, AuA 4/08, S. 245 f.). Visuell stellt sich dieser Wechsel folgendermaßen dar:

Grafik 5



EuGH der Fall, wenn „die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehalten wird und sie es dem Erwerber erlaubt, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen“. Grafisch lässt sich diese Abgrenzung wie folgt darstellen:



6 Fortbestehender Funktionszusammenhang

Der EuGH war jedoch nicht berufen, darüber zu entscheiden, ob im Vorlagefall ein Betriebsübergang stattgefunden hatte. Er hatte nur über die Auslegung der Richtlinie selbst zu befinden. Auch das LAG Düsseldorf gab in seinem Vorlagebeschluss keinen Hinweis, wann der Funktionszusammenhang bestehe. Sein Folgeurteil steht auch ein Jahr nach der Entscheidung des EuGH noch immer aus.

Im Fall betreuten die übernommenen Mitarbeiter mit den übernommenen Arbeitsmitteln die übernommenen Produktlinien weiter. Darin sah der EuGH einen fortbestehenden Funktionszusammenhang. Dass der Erwerber sie dabei auf verschiedene Abteilungen verteilte – die strukturelle Organisation sich also geändert hatte –, spielte keine Rolle. Denn der Übernehmer hatte „unstreitig die frühere Tätigkeit ... [des Veräußerers] unter Nutzung des Organisationskomplexes aus [dessen] Personal, materiellen und immateriellen Bestandteilen fortgeführt“ (EuGH-Generalanwalt v. 6.11.2008, ZIP 2008, S. 2278, 2283).

Der Funktionszusammenhang wurde im Fall zudem dadurch deutlich, dass der Veräußerer verpflichtet war, bei Wegfall eines übernommenen Mitarbeiters für Nachschub oder Ausbildung anderer Beschäftigter zu sorgen, die die Produkte weiter betreuen konnten. Darauf, dass es wegen der geänderten strukturellen Organisation den bisherigen Arbeitsplatz des Klägers nicht mehr gab, kam es nicht an. Das folgt nun zwanglos aus § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB, wonach es unzulässig ist, ein Arbeitsverhältnis wegen des Betriebsübergangs zu kündigen. Schließlich ist es nach der neuen Linie des EuGH für die Frage, ob ein Betriebsübergang vorliegt, nicht mehr erheblich, dass sich die Organisationsstruktur verändert hat.

Die Idee des Funktionszusammenhangs stammt aus den Schlussanträgen des Generalanwalts, der sie mit folgenden Worten begründete: „Sollte also die erfolgte Eingliederung der übertragenen Bestandteile in die Organisationsstruktur des Erwerbers an sich ausreichen, um einen Übergang i. S. d. Richtlinie auszuschließen, erwiese es sich als besonders schwierig, die Anwendbarkeit der Richtlinie in Fällen des Übergangs eines Unternehmens- oder Betriebsteils festzustellen, wenn der betreffende Vorgang wie im vorliegenden Fall den Übergang eines Tätigkeitsbereichs zwischen Unternehmen zum Gegenstand hat, die auf demselben Markt tätig sind und beide über eine eigene Organisationsstruktur verfügen.“

Überzeugend ist das freilich nicht. Der Generalanwalt erklärt lediglich, dass ein Betriebsübergang anzunehmen sei, damit dessen für die Arbeitnehmer vorteilhaften Rechtsfolgen eintreten können. Er begründet den juristischen Tatbestand mit der wünschenswerten Rechtsfolge: dass nicht sein kann, was nicht sein darf.

7 Fortbestehende Selbstständigkeit

Der EuGH stützt sich auch auf ein anderes Argument: Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Betriebsübergangsrichtlinie sieht vor, dass ein Betriebsrat trotz Betriebsübergangs bestehen bleibt, falls der übernommene Betrieb seine Selbstständigkeit behält. Diese Voraussetzung hätte der Richtliniengeber nicht formuliert, wenn ein Betriebsübergang ohnehin nur bei fortbestehender Selbstständigkeit anzunehmen wäre. Dabei übersieht der EuGH aber, dass die individualrechtliche und die kollektivrechtliche Rechtslage unabhängig voneinander zu beurteilen sind und auseinanderklaffen können:

- So handelt es sich z. B. individualrechtlich um einen Betriebsübergang, wenn der Erwerber aus einem Betrieb lediglich einen Betriebsteil (etwa die Forschungsabteilung) erwirbt und unverändert fortführt.
- In einem solchen Fall besteht jedoch kollektivrechtlich der Betriebsrat des ursprünglichen Betriebs oft gerade nicht fort – beim Veräußerer nicht, wenn die Identität des ursprünglichen Betriebs zerstört wurde und keinesfalls beim Erwerber, denn dort existiert nur ein Teil des ursprünglichen Betriebs fort.

Wichtig

Solche Fälle erfasst das Argument des EuGH nicht. Es bezieht sich nur auf den Übergang eines ganzen Betriebs.

8 Wie bestimmt man in Zukunft einen Betriebsübergang?

Als Faustregel wird nach dem neuen EuGH-Urteil ein Betriebsübergang immer dann zu bejahen sein, wenn der Erwerber ein eingespieltes Team übernimmt und von dessen Zusammenwirken profitiert. Das meint der EuGH offenbar mit dem Begriff des „fortbestehenden Funktionszusammenhangs“:

- Betraut der Erwerber also die Mitarbeiter weiterhin mit ihren bisherigen Aufgaben in Zusammenarbeit mit ihren angestammten Kollegen, bilden sie eine wirtschaftliche Einheit, und zwar unabhängig davon, ob sie auch organisatorisch zu einer Abteilung gehören.
- Setzt der Erwerber dagegen mehrere Faktoren (Mitarbeiter, Betriebsmittel, Produkte, Kunden etc.), die bisher einen Betrieb(steil) bildeten, in seinem Unternehmen ein, ohne Rücksicht auf ihre frühere Zusammengehörigkeit zu nehmen oder zerschlägt er diese sogar deutlich, geht kein Betrieb oder Betriebsteil über. Er übernimmt nur einzelne Faktoren. Das gilt selbst dann, wenn der Erwerber sie „im Paket“ kauft.

Praxistipp

Dabei kommt es in Zukunft wohl auf den Grad der Eingliederung an: Je weniger man davon sprechen kann, dass jeder übernommene Faktor für sich genommen einen Wert für den Erwerber darstellt, und je mehr es darauf ankommt, dass dem Erwerber die Gesamtheit aller übernommenen Faktoren zur Verfügung steht, desto eher ist ein Betriebsübergang anzunehmen.

9 Wie wären die BAG-Fälle heute zu entscheiden?

Im Frauenhaus-Fall übertrugen die Parteien nur einen Faktor, nämlich die Immobilie des Frauenhauses. Mitarbeiter übernahm der Erwerber nicht. Innerhalb nur eines Faktors kann aber kein Funktionszusammenhang bestehen. Die Kundenbeziehungen dürften keine Rolle spielen. Also wäre hier auch nach der neuen Rechtsprechung des EuGH kein Betriebsübergang anzunehmen.

Der Fall der Bundeswehr-Instandsetzung aber wäre nach dem neuen EuGH-Urteil wohl anders zu entscheiden, wenn das übernommene Personal unter Zuhilfenahme der übernommenen Werkzeuge und Einrichtungen weiterhin so zusammenarbeitet wie zuvor. Dies dürfte für den nun erforderlichen Funktionszusammenhang ausreichen.

Auch im Fall der Charité-Gebäudetechnik könnte das BAG einen Betriebsübergang nicht mehr damit ablehnen, dass der Erwerber die Aufgabe in einem deutlich größeren organisatorischen Rahmen erfüllt. Dennoch wäre hier wohl auch nach der neuen EuGH-Rechtsprechung unverändert zu entscheiden, da der Erwerber von den 19 Mitarbeitern des betriebsmittelarmen Veräußerers nur sechs übernommen hat. Das dürfte nicht genügen, um aus der bloßen Funktionsnachfolge einen Betriebsübergang zu machen.

10 Wie vermeidet man einen Betriebsübergang?

Der EuGH hat den Begriff der Identität stark aufgeweicht und einer Auslegung geöffnet, die sich allein am Schutzzweck der Richtlinie orientiert. Dadurch wird es in Zukunft noch schwieriger sein, Transaktionen so zu gestalten, dass ein Betriebsübergang ausscheidet.

Noch fordert das BAG auch „post Klarenberg“, dass das Erwerbsobjekt vor dem Übergang eine eigene übergangsfähige Einheit darstellte, also eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen mit einem eigenen Teilzweck (Urt. v. 19.3.2009 – 8 AZR 722/07, NZA 2009, S. 1091, 1093).

Praxistipp

Dann lässt sich ein Betriebsübergang vermeiden, indem man die Transaktion so einschränkt, dass weniger als eine solche wirtschaftliche Einheit übergeht.

Da die Grenzen fließend sind und das BAG hierfür ein ganzes Bündel von Tatsachen (z. B. Art und Organisation des Erwerbsobjekts) für erheblich hält, gewährt diese Vorgehensweise allerdings keinen umfassenden Schutz.

Auch an anderer Stelle zeigt sich, dass das BAG den Vorstoß des EuGH als zu weit gehend empfindet. Es kann dessen Entscheidung zwar nicht ignorieren, versucht aber, gegenzusteuern. In seinem Urteil vom 17.12.2009 (8 AZR 1019/08) ließ es einen Betriebsübergang daran scheitern, dass sich das Betreiberkonzept geändert hatte. Der neue Pächter einer Betriebskantine kochte nicht mehr frisch, sondern ließ die Speisen durch Hilfskräfte nur noch aufwärmen. Das genügte dem BAG, um anzunehmen, dass der Erwerber den bisherigen Betrieb nicht fortführt.

Hier dürften sich in vielen Fällen neue Gestaltungsmöglichkeiten ergeben, um einen Betriebsübergang zu verhindern. Allerdings ist zu beachten, dass dieses Urteil zugunsten eines Arbeitnehmers erging, der die Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses mit seinem bisherigen Arbeitgeber verlangt hatte.

11 Regelung des finanziellen Risikos

Auch in Zukunft lässt sich ein Betriebsübergang häufig nicht mit Sicherheit vermeiden. Zweifelsfälle wird es immer geben. Deshalb ist es – neben den bereits beschriebenen Maßnahmen – umso wichtiger, das damit verbundene finanzielle Risiko zwischen den Parteien der Unternehmenstransaktion zu regeln (dazu sehr instruktiv: Hausch, Gestaltungsmittel im Asset Deal-Unternehmenskaufvertrag im Hinblick auf § 613a BGB, BB 2008, S. 1392).

So haben die Parteien z. B. die Möglichkeit, im Kaufvertrag ihre gemeinsame Vorstellung festzuhalten, dass die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs nicht vorliegen. Für den Fall, dass es sich dabei um eine Fehleinschätzung handelt, kann der Veräußerer den Erwerber wirtschaftlich so stellen, als habe kein Betriebsübergang stattgefunden. Er ist dann bspw. verpflichtet, ihm die anfallenden Lohnkosten zu erstatten. Alternativ ist ein Mechanismus denkbar, wonach der Veräußerer alles ihm Zumutbare unternehmen muss, um seine Arbeitnehmer daran zu hindern, beim Erwerber erfolgreich Beschäftigung zu verlangen. In diesem Zusammenhang kommt auch in Betracht, eine beiderseitige Arbeitnehmerüberlassung zu vereinbaren.

Praxistipp

In solchen Fällen erscheint es für den Erwerber oft ratsam, bereits im Rechtsstreit mit dem Arbeitnehmer, der seinen Fortsetzungsanspruch erfolgreich geltend macht, dem Veräußerer den Streit zu verkünden. Dadurch sichert er die Prozessergebnisse für das Folgeverfahren und hemmt die Verjährung des Erstattungsanspruchs.

12 Fazit

Der EuGH hat im Klarenberg-Urteil entschieden, dass ein Betriebsübergang auch dann vorliegen kann, wenn der Erwerber den Betrieb in seinen eigenen eingliedert. Entscheidend ist, dass die übernommenen „Faktoren“ noch im selben „Funktionszusammenhang“ stehen wie beim Veräußerer. Plastischer ausgedrückt: Übernimmt der Erwerber ein eingespieltes Team und profitiert von dessen Zusammenwirken, handelt es sich i. d. R. um einen Betriebsübergang. Vermeiden kann er dies nur, indem er den „Funktionszusammenhang“ deutlich zerschlägt. Da in der Praxis stets Zweifelsfälle bleiben, empfiehlt es sich, das mit einem Betriebsübergang verbundene Risiko durch vertragliche Regelungen zwischen Veräußerer und Erwerber zu verteilen.