

Betriebsübergang – ja oder nein?

- Zur aktuellen Rechtsprechung zum Tatbestand des § 613 a BGB –

I. Einleitung

Im Anschluss an die *Güney-Görres*-Entscheidung des EuGH hat das BAG eine grundlegende Neuorientierung bei der Bestimmung des Tatbestandes des § 613 a BGB vorgenommen. Darüber hinaus sind in jüngster Zeit einige für die Praxis wichtige Judikate zu den Tatbestandsmerkmalen Identitätswahrung und Übergang ergangen. Der vorliegende Beitrag zeichnet den aktuellen Stand der Rechtsprechung nach und unternimmt den Versuch einer kritischen Würdigung.

II. Wirtschaftliche Einheit

1. Ausgangspunkt

§ 613a BGB setzt die identitätswahrende Übertragung einer wirtschaftlichen Einheit auf einen anderen Inhaber im Rahmen rechtsgeschäftlicher Beziehungen voraus. Unter dem Begriff der wirtschaftlichen Einheit versteht die Rechtsprechung in Übereinstimmung mit der allgemeinen Ansicht in der Literatur eine organisatorische Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung.¹ Ob eine wirtschaftliche Einheit identitätswahrend auf einen neuen Inhaber übergegangen ist, prüft die Rechtsprechung anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung. Als Orientierungshilfe kann dabei die Unterscheidung zwischen betriebsmittelgeprägten und betriebsmittelarmen Tätigkeiten dienen. Während bei betriebsmittelgeprägten Tätigkeiten bereits die bloße Übernahme von Betriebsmitteln einen Betriebsübergang auslösen kann, setzt die Annahme eines Betriebsübergangs bei betriebsmittelarmen Tätigkeiten voraus, dass der Erwerber einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil der in der wirtschaftlichen Einheit beschäftigten Arbeitnehmer übernimmt. Die Rechtsprechung betont jedoch zu Recht, dass die Unterscheidung zwischen betriebsmittelgeprägten und betriebsmittelarmen Tätigkeiten allenfalls ein Grobraster bilde, das nicht von der Notwendigkeit einer umfassenden Bewertung aller Einzelaspekte befreie.² In der Tat lässt sich eine Vielzahl von Sachverhalten nicht ohne weiteres in eine dieser Kategorien einordnen. Als illustrierendes Beispiel mag hier die Personen- und Handgepäckkontrolle an Flughäfen dienen, die auch Gegenstand der eine Neuorientierung der Rechtsprechung

¹ EuGH v. 2.12.1999 – Rs. C-234/98, NZA 2000, 587; BAG v. 13.11.1997 – 8 AZR 375/96, NZA 1998, 249; Henssler/Willemsen/Kalb-Willemsen, Arbeitsrecht Kommentar, 3. Aufl. 2008, § 613a BGB Rz. 13.

² Vgl. BAG v. 6.4.2006 – 8 AZR 222/04, NZA 2006, 723 (Ls. 1).

des BAG auslösenden *Güney-Görres*-Entscheidung des EuGH³ war. Um diese Tätigkeit verrichten zu können, bedarf es sowohl einer Vielzahl von sächlichen Betriebsmitteln (Tor- und Handsonden, Durchleuchtungs- und Sprengstoffspürgeräte, Transportbänder etc.) als auch geschulten Personals. Die entscheidende Frage lautet hier jeweils, ob die Betriebsmittel in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen sind oder nicht. Hiervon hängt insbesondere in den Fällen der Fremdvergabe bislang selbst erledigter Aufgaben („Outsourcing“) und der Neuvergabe bereits externalisierter Tätigkeiten („Second Generation Outsourcing“) die Beurteilung ab, ob ein Betriebsübergang vorliegt.

2. Entwicklung

Die Rechtsprechung löste diese Fälle bislang mit Hilfe des Kriteriums der „eigenwirtschaftlichen Nutzung der Betriebsmittel“.⁴ Danach mochten im Betrieb zwar sächliche Betriebsmittel zum Einsatz gelangen. Im Rahmen der Prüfung, ob ein Betriebsübergang vorlag, sollten diese aber nur dann zu berücksichtigen sein, wenn der Auftragnehmer diese nach der zugrunde liegenden vertraglichen Vereinbarung mit dem Auftraggeber eigenwirtschaftlich nutzen konnte. Hierauf gestützt hat die Rechtsprechung beispielsweise im Fall der Neuvergabe der Bewirtschaftung einer Betriebskantine das Vorliegen eines Betriebsübergangs verneint, weil der neue Betreiber der Kantine keinen Spielraum bei der Gestaltung der Kantinenpreise hatte und auch für das Speisenangebot an enge Vorgaben gebunden war.⁵ In der arbeitsrechtlichen Beratungspraxis gehörte es vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung zum Standardrepertoire, in Outsourcing-Verträgen ausdrücklich das Recht des Auftragnehmers zur eigenwirtschaftlichen Nutzung der vorhandenen Betriebsmittel auszuschließen.

Diese Rechtsprechung war bereits mit der Entscheidung des EuGH in der Sache *Abler*⁶ zweifelhaft geworden. In der *Güney-Görres*-Entscheidung⁷ stellt der EuGH dann ausdrücklich fest, das Kriterium der eigenwirtschaftlichen Nutzung ergebe sich weder aus dem Wortlaut der Betriebsübergangsrichtlinie noch aus ihren Zielen, also dem Schutz der Arbeitnehmer bei einem Unternehmens- oder Betriebsinhaberwechsel und der Verwirklichung des Binnenmarktes. Bei der Prüfung eines möglichen Betriebsmittelübergangs komme es daher nicht entscheidend darauf an, ob dem Auftragnehmer die Betriebsmittel zur eigenwirtschaftlichen Nutzung überlassen worden seien.

³ EuGH v. 15.12.2005 – Rs. C-232, 233/04, NZA 2006, 29.

⁴ BAG v. 22.1.1998 – 8 AZR 775/96, NZA 1998, 638.

⁵ BAG v. 11.12.1997 – AZR 426/94, NZA 1998, 532.

⁶ EuGH v. 20.11.2003 – Rs. C-340/01, NZA 2003, 1385.

⁷ EuGH, (Fn. 3).

Das BAG hat hierauf rasch reagiert und seine bisherige Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben.⁸ Zurückgreifend auf einen Gedanken, den *Willemsen* bereits im Jahr 1986 publiziert hat,⁹ stellt das BAG nunmehr darauf ab, ob die zum Einsatz kommenden sächlichen Betriebsmittel bei wertender Betrachtungsweise den „*eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs*“ ausmachen.¹⁰ Diese Rechtsprechung ist auf Zustimmung, aber auch auf Kritik gestoßen. Insbesondere wird eingewandt, die Wertschöpfung und ihr Kern hätten nur dienende Funktion; eine „konstitutive Bedeutung im Sinne einer eigenständigen, von der Identitätsfrage losgelösten Aussagekraft“ komme ihr nicht zu.¹¹

3. Bewertung

In der Tat mutet die Formel vom „*eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs*“ zunächst tautologisch an. Sie beschreibt letztlich die alte Erkenntnis, dass es für die Annahme eines Betriebsübergangs erforderlich aber auch ausreichend ist, wenn das übernommen wird, was den Betrieb im Kern ausmacht.

a) **Erforderlichkeit der Übernahme einer eingerichteten Arbeitsorganisation**

Hierin erschöpft sich die Aussagekraft der Formel vom *eigentlichen Kern des zur wirtschaftlichen Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs* aber nicht. Sie lenkt zunächst den Blick darauf, dass es der Übernahme eines „*Funktionszusammenhangs*“, also einer eingerichteten Arbeitsorganisation, als Bestandteil einer wirtschaftlichen Einheit bedarf. Das entspricht der Grundidee der Betriebsübergangsrichtlinie und des § 613a BGB, nach der in die Arbeitsverhältnisse eintritt, wer die von einem anderen aufgebaute Arbeitsorganisation übernimmt und sich hierdurch den Aufbau einer eigenen Arbeitsorganisation erspart. Das BAG spricht hier bildlich davon, dass sich der Erwerber „ins gemachte Bett“ lege.¹² Die Übernahme eines einzelnen Betriebsmittels, beispielsweise eines Patents, kann deshalb für sich genommen keinen Betriebsübergang auslösen. Es genügt auch nicht, dass der Erwerber einzelne, bislang nicht teilbetrieblich organisierte Betriebsmittel übernimmt, die er zu einem Betrieb oder Betriebsteil zusammenfügt. Das hat das

⁸ BAG v. 6.4.2006 – 8 AZR 222/04, NZA 2006, 723; v. 13.6.2006 – 8 AZR 271/05, NZA 2006, 1101; v. 16.5.2007 – 8 AZR 693/06, NZA 2007, 1296; dazu *Schnitker/Grau*, BB 2008, 56.

⁹ *Willemsen*, ZIP 1986, 477, 481.

¹⁰ Erstmals BAG 2.3.2006 – 8 AZR 147/05, NZA 2006, 1105, 1107; ausführlich BAG 6.4.2006 – 8 AZR 222/04, NZA 2006, 723; seitdem wiederholt, vgl. insbesondere BAG v. 13.6.2006 – 8 AZR 271/05, NZA 2006, 1101; v. 15.2.2007 – 8 AZR 431/06, NZA 2007, 793; zustimmend *Kock*, BB 2007, 714.

¹¹ *Houben*, NJW 2007, 2075, 2078.

¹² BAG v. 24.8.2006 – 8 AZR 317/05, NZA 2007, 1287, Tz. 55.

Bundesarbeitsgericht jüngst noch einmal in der sog. Dachdeckerentscheidung ausdrücklich bestätigt.¹³

Ebenso wenig stellt ein bloßer Dienstleistungsauftrag als solcher eine übergangsfähige wirtschaftliche Einheit dar. Das sollte zwar nach der Entscheidung des EuGH in Sachen *Ayşe Süzen*¹⁴ und der in Reaktion auf die Entscheidung in Sachen *Christel Schmidt*¹⁵ erfolgten Änderung der Betriebsübergangsrichtlinie im Jahr 1998¹⁶ mittlerweile anerkannt sein. Immerhin lag die Frage dem BAG aber noch im Jahr 2007 erneut zur Entscheidung vor. Das *LAG Berlin* hatte in dem Fall der Neuvergabe des Auftrags zur Erbringung technischer Gebäudedienstleistungen in einem Universitätskrankenhaus den Standpunkt eingenommen, dass der Auftrag das für den Bestand des Betriebes wesentliche Betriebsmittel darstelle, wenn das betreffende Unternehmen nur einen einzigen Betrieb unterhalte, und dessen Zweck ausschließlich darin bestehe, in einem räumlich abgrenzbaren Bereich eines Universitätskrankenhauses technische Dienstleistungen zu erbringen.¹⁷ Das BAG ist dem in erfreulicher Klarheit entgegengetreten und hat im ersten Leitsatz seines Urteils formuliert: „Auch in einem Betrieb, dessen Zweck die Erfüllung eines einzigen Auftrags ist, stellt die Neuvergabe dieses Auftrags an ein anderes Unternehmen für sich genommen keinen Betriebsübergang dar. Eine Tätigkeit zur Auftragserfüllung ist noch keine wirtschaftliche Einheit.“¹⁸

b) Erforderlichkeit der Übernahme des Kerns der Wertschöpfung

Darüber hinaus macht die Formel vom eigentlichen Kern des zur wirtschaftlichen Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs deutlich, worauf es bei der Beurteilung, ob die vom bisherigen Inhaber aufgebaute Arbeitsorganisation übernommen wurde, ankommt, nämlich darauf, ob die „Wertschöpfungsquelle“¹⁹ übernommen wurde. Die Übernahme außerhalb des Kerns der Wertschöpfungsquelle liegender, also auxiliärer sächlicher oder immaterieller Betriebsmittel ist weder ausreichend noch erforderlich. Übernommen werden muss das, was die Wertschöpfungsquelle in ihrem Kern ausmacht.

¹³ BAG v. 26.7.2007 – 8 AZR 769/06, NZA 2008, 112 (Ls. 1 und Tz. 27).

¹⁴ EuGH v. 11.3.1997 – Rs. C-13/95, NZA 1997, 433.

¹⁵ EuGH v. 14.4.1994 – Rs. C-392/92, NZA 1994, 545.

¹⁶ Richtlinie 98/50/EG des Rates vom 29.6.1998, ABl. EG Nr. L 201 v. 17.7.1998, S. 88.

¹⁷ LAG Berlin v. 23.10.2006 – 15 Sa 1314/06, DB 2007, 293.

¹⁸ BAG v. 14.8.2007 – 8 AZR 1043/06, NZA 2007, 1431; vgl. auch EuGH v. 25.1.2001 – Rs. C-172/99, NZA 2001, 249, Tz. 34.

¹⁹ *Willemsen*, FS-Richardi, 2007, S. 475, 478.

c) **Bestimmung des Kerns der Wertschöpfung**

Wie aber ist dieser Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs zu bestimmen? Die seit der *Güney-Görres*-Entscheidung des EuGH ergangenen Judikate des BAG sind hier wenig aussagekräftig. Sie argumentieren stark mit den jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalls, ohne abstrakte Prüfungskriterien aufzustellen.

aa) **Unverzichtbarkeit der Betriebsmittel?**

Wiederholt stellt die Rechtsprechung darauf ab, ob bestimmte Betriebsmittel für die Auftrags Erfüllung unverzichtbar sind. Exemplarisch kann hier die Entscheidung des BAG zur Personen- und Handgepäckkontrolle am Flughafen Köln-Bonn herangezogen werden, deren Sachverhalt mit dem der *Güney-Görres*-Entscheidung des EuGH weitgehend übereinstimmt.²⁰ Das BAG bejaht in dieser Entscheidung das Vorliegen eines Betriebsübergangs, weil die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Betriebsmittel den eigentlichen Kern der Wertschöpfung bildeten. Bereits ihre Weiternutzung löse daher einen Betriebsübergang aus. Dass die Gerätschaften den eigentlichen Kern der Wertschöpfung bilden, leitet das Gericht aus dem Umstand ab, dass sie *zur auftragsgemäßen Verrichtung* der Kontrolltätigkeiten unverzichtbar seien.²¹ Sie seien zudem auf dem freien Markt nicht erhältlich und ihr Gebrauch sei vom Auftraggeber zwingend vorgeschrieben.

Das vermag nur bedingt zu überzeugen. Dass die geschuldete Tätigkeit ohne ein bestimmtes Betriebsmittel nicht verrichtet werden kann, kann kein taugliches Kriterium sein. Denn mit dieser Begründung müsste auch der im Zusammenhang mit der *Christel Schmidt*-Entscheidung des EuGH viel diskutierte Schrubber der Gebäudereinigerin wesentliches Betriebsmittel sein.²² Wie inzwischen allgemein anerkannt sein dürfte, kommt es aber für die Frage, ob die Neuvergabe eines Gebäudereinigungsauftrags einen Betriebsübergang auslöst, auf die Zurverfügungstellung einfacher Reinigungsgerätschaften nicht an. Ebensowenig kann es darauf ankommen, ob die Ersatzbeschaffung für ein bestimmtes Betriebsmittel einfach oder schwierig und das Betriebsmittel teuer oder preiswert ist. Beides sind relative Größen, die einer verlässlichen Beurteilung kaum zugänglich sind.

Nach richtigem Verständnis ist danach zu fragen, ob der neue Auftragnehmer diejenigen sächlichen oder immateriellen Betriebsmittel weiternutzen kann, die *für die Aufrechterhaltung des Kerns der Wertschöpfung* unverzichtbar sind, weil dies

²⁰ BAG v. 13.6.2006 – 8 AZR 271/05, NZA 2006, 1101.

²¹ BAG, a.a.O., Tz. 24; kritisch hierzu *Willemsen/Müntefering*, NZA 2006, 1185, 1188; *Hohenstatt/Grau*, NZA 2007, 28, 30 f.

²² Siehe auch *Bauer*, NZA 2004, 14, 16.

notwendige Voraussetzung für die identitätswahrende Übertragung der wirtschaftlichen Einheit ist. Die Bestimmung dieses Kerns ist damit aber der Frage nach der Unverzichtbarkeit bestimmter Betriebsmittel vorgelagert und ergibt sich nicht schon aus der bloßen Unverzichtbarkeit für die Erfüllung des jeweiligen Auftrags.

bb) Objekt oder Mittel der Auftragserfüllung

Aussagekräftiger ist die Unterscheidung danach, ob bestimmte Betriebsmittel *Objekt* oder *Mittel* der Auftragserfüllung sind.²³ Im Rahmen eines Dienstleistungsauftrags zur Gebäudebewachung sind die bewachten Gebäude lediglich Objekt der Auftragserfüllung und deshalb bei der Beurteilung, ob die Fremd- oder Neuvergabe des Auftrags zur Gebäudebewachung einen Betriebsübergang darstellt, nicht zu berücksichtigen.²⁴ In einem Schlachthof industriellen Zuschnitts bilden die vorhandenen Zerlegeapparate, Transportbänder und Kühlräume etc. demgegenüber das entscheidende Mittel zur Erfüllung des Schlacht- und Zerlegeauftrags. Die Dienstleistung wird nicht *an* diesen Betriebsmitteln, sondern *mit* ihnen erbracht. Sie sind deshalb Bestandteil des zur wirtschaftlichen Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs und aus diesem Grund in die Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen.²⁵ Das ist freilich nur eine Negativabgrenzung, die keinen Aufschluss darüber gibt, was *positiv* zum Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs dazugehört.

cc) Wertschöpfungsprozess

Die Dinge ordnen sich, wenn man erneut den Blick auf die Wertschöpfungsquelle, also die bestehende *Arbeitsorganisation* richtet und danach fragt, welche sächlichen und/oder immateriellen Betriebsmittel zu deren Aufrechterhaltung erforderlich sind und welche relativ leicht ersetzt werden können („Substituierbarkeit“). Im Flughafenfall zeigt sich, dass die Arbeitsorganisation wesentlich durch die vorhandenen Betriebsmittel geprägt ist. Sie bestimmen in ihrer konkreten Zusammensetzung und Anordnung den Prozess der Fluggast- und Gepäckkontrolle. In diesem Zusammenhang spielt auch eine Rolle, dass die Benutzung der Betriebsmittel durch den Auftraggeber vorgeschrieben ist und diese nicht frei am Markt erworben werden können. Sie sind nicht ohne weiteres substituierbar. Die mit den Betriebsmitteln zu verrichtenden Tätigkeiten sind demgegenüber relativ leicht im Rahmen einer vierwöchigen Ausbildung zu erlernen. Dem Personal kommt daher nur eine untergeordnete Rolle zu. Anders hingegen in den Gebäudereinigungsfällen. Hier wird die vorhandene Arbeitsorganisation wesentlich durch die Arbeitnehmer und die zugrunde liegende Ablaufplanung bestimmt. Die eingesetzten Betriebsmittel sind demgegenüber relativ

²³ Vgl. hierzu BAG v. 14.8.2007 – 8 AZR 1043/06, NZA 2007, 1431, Tz. 26; *Willemsen*, FS-Richardi, (Fn. 19), S. 475 ff.

²⁴ BAG v. 22.1.1998 – 8 AZR 775/96, NZA 1998, 638.

²⁵ BAG v. 15.2.2007 – 8 AZR 431/06, NZA 2007, 793, Tz. 17ff.

leicht, jedenfalls leichter als das zu einer Arbeitsorganisation zusammengefasste Reinigungspersonal zu ersetzen. Auch bei diesem Ansatz verbleiben, das ist einzuräumen, erhebliche wertende Elemente. Das ist aber der Beurteilung, ob ein Betriebsübergang vorliegt, wegen der Vielzahl der möglichen Sachverhaltskonstellationen, *quasi* immanent. EuGH und BAG betonen zu Recht, dass die Frage nach dem Vorliegen eines Betriebsübergangs jeweils nur im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung beurteilt werden kann.²⁶

III. Identität der wirtschaftlichen Einheit

Erstaunlich wenig Beachtung schenkt die Beratungspraxis dem Gesichtspunkt, dass sich der Übergang der wirtschaftlichen Einheit „*identitätswahrend*“ vollziehen muss, um die Rechtsfolgen des § 613a BGB auszulösen. Zwei jüngere Entscheidungen des BAG illustrieren, worum es geht:

1. Stand der Rechtsprechung

a) Grundlegende Änderung der Arbeitsorganisation

Im *Bistrowagen-Fall*²⁷ oblag der bisherigen Auftragnehmerin die Bewirtschaftung von Bistroabteilen in insgesamt 16 Interregio-Zügen der Deutschen Bahn, die auf der Strecke Weimar/Erfurt nach Düsseldorf/Dortmund verkehrten. Grundlage des Bewirtungsauftrags war ein Franchise-Vertrag zwischen der Mitropa AG, einer 100 %-igen Tochtergesellschaft der Deutsche Bahn AG, und der Auftragnehmerin. Mit dem Fahrplanwechsel im Dezember 2002 beendete die Mitropa den Franchise-Vertrag. Die Zugbewirtschaftung fiel an die Deutsche Bahn zurück, allerdings in einem grundlegend geänderten Rahmen. Anstelle der 16 Interregio-Züge setzte die Deutsche Bahn fortan 6 ICE-Züge mit Restaurantwagen und 10 IC-Züge mit Bistroabteilen auf der Strecke ein. Zugleich wurde die Streckenführung deutlich verlängert (nach Dresden, Leipzig und Stralsund). Organisatorisch wurde die Bewirtschaftung der Strecke in das allgemeine Bewirtschaftungssystem der Deutschen Bahn integriert, so dass ein organisatorisch abgrenzbarer Betrieb oder Betriebsteil innerhalb der Bewirtschaftung aller ca. 800 Züge der Deutschen Bahn nicht mehr auszumachen war.

Das BAG verneinte das Vorliegen eines Betriebsübergangs mit der Begründung, § 613a BGB setze die im wesentlichen unveränderte Fortführung der wirtschaftlichen Einheit unter Wahrung ihrer Identität voraus. Ein Betrieb oder Betriebsteil gehe daher nur dann über, wenn er beim Erwerber als Betrieb oder organisatorisch selbständiger

²⁶ EuGH v. 24.1.2002 – Rs. C-51/00, AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 32, Tz. 24; BAG v. 17.4.2003 – 8 AZR 253/02, AP BGB § 613a Nr. 253; vgl. Erfurter Kommentar – *Preis*, 8. Aufl. 2008, § 613a BGB Tz. 10f.

²⁷ BAG v. 6.4.2006 – 8 AZR 249/04, NZA 2006, 1039.

Betriebsteil fortgeführt werde.²⁸ Das ist im Grunde genommen nichts Neues. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung sowohl des EuGH als auch des BAG und ergibt sich auch unmittelbar aus Art. 1 Nr. 1 lit. b) der Richtlinie 2001/23/EG²⁹, dass ein Betriebsübergang nur dann angenommen werden kann, wenn die betreffende wirtschaftliche Einheit identitätswahrend übertragen wird. Bemerkenswert an der Bistrowagen-Entscheidung ist aber die Konsequenz, mit der das BAG dem Identitätserfordernis Geltung verschafft. Das Gericht stellt nämlich klar, dass es die Zugbewirtschaftung nicht als eine Dienstleistung, bei der es im wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, sondern als betriebsmittelgeprägte Tätigkeit qualifiziert. Die bei der Bewirtschaftung der Züge genutzten Bistrowagen mit den fest installierten Kunden-, Bistro- und sonstigen Restaurationseinrichtungen seien materielle Betriebsmittel, deren Weiternutzung bereits für sich genommen den Tatbestand des § 613a BGB erfüllen könne.³⁰ Diese Betriebsmittel hat die Deutsche Bahn AG zusammen mit der Aufgabe der Zugbewirtschaftung übernommen – nur eben nicht identitätswahrend. Damit wird in einer bislang nicht dagewesenen Deutlichkeit klar, dass ein Betriebsübergang selbst dann ausscheidet, wenn der neue Auftragnehmer oder Erwerber alle für die Fortführung der bisherigen Tätigkeit erforderlichen Betriebsmittel übernimmt, er aber die wirtschaftliche Einheit, deren Bestandteil die Betriebsmittel sind, auflöst und vollständig in seine bereits vorhandene Betriebsorganisation integriert.

b) Auflösung der Arbeitsorganisation

Bestätigt wird diese Linie durch die bereits angesprochene *Facility Management*-Entscheidung des BAG vom 14.8.2007.³¹ Im Anlassfall oblag der bisherigen Auftragnehmerin die Erbringung technischer Gebäudedienste in einem Teilbereich eines Universitätsklinikums. Für diese Zwecke stellte das Klinikum der Auftragnehmerin Büro- und Aufenthaltsräume, Räume für Lager und Werkstatt, eine Software für Reparaturaufträge sowie Wasser und Elektrizität zur Verfügung. Ende 2005 entschloss sich das Klinikum, die bislang an eine Vielzahl von Auftragnehmern vergebenen Facility-Leistungen fortan von einem einzigen Auftragnehmer erbringen zu lassen und gründete zu diesem Zweck ein Dienstleistungsunternehmen, an dem es selbst zu 51 % beteiligt war. Anschließend beendete das Klinikum den Facility Management-Vertrag mit der bisherigen Auftragnehmerin und beauftragte die neu gegründete Gesellschaft. Auch die neue Auftragnehmerin nutzte die vom Klinikum zur Verfügung gestellten Räumlichkeiten und sonstigen Betriebsmittel. Sie forderte 9 der insgesamt 19 Arbeitnehmer der bisherigen Auftragnehmerin zu Bewerbungen auf und stellte schließlich 6 frühere Mitarbeiter der ersten Auftragnehmerin ein. Die neue Auftragnehmerin be-

²⁸ BAG, a.a.O., (Ls.).

²⁹ RL 2001/23/EG des Rates v. 12.3.2001, ABl. EG Nr. L 82 v. 22.3.2001, S. 16.

³⁰ BAG, a.a.O., Tz. 17.

³¹ BAG, (Fn. 23).

schäftigte allerdings insgesamt 1.900 Arbeitnehmer, davon allein 340 im Bereich der Betriebstechnik. Die im Bereich der Betriebstechnik tätigen Arbeitnehmer setzte die Auftragnehmerin darüber hinaus nicht nur in dem bislang von der ersten Auftragnehmerin betreuten Bereich, sondern im gesamten Klinikum ein.

Auch hier verneint das BAG das Vorliegen eines Betriebsübergangs mit dem Identitätsargument. Die wirtschaftliche Identität eines Betriebes gehe verloren, wenn der neue Auftragnehmer die Aufgabe mit einer wesentlich veränderten organisatorischen Zusammenfassung von Ressourcen erfülle und sie bei ihm nur noch einen (kleinen) Teilbereich einer wesentlich größeren Aufgabenstellung darstelle.³² Mit der Frage, ob ohne diese Organisationsänderungen überhaupt eine wirtschaftliche Einheit übernommen worden wäre, setzt sich das BAG nur in der Hilfsbegründung auseinander.

2. Reaktion der Instanzgerichte

Die BAG-Rechtsprechung zum Identitätskriterium stößt nicht auf ungeteilte Zustimmung. Im *Facility Management*-Fall hatte sich die Vorinstanz, das LAG Berlin, offen gegen das BAG gestellt und im 4. Leitsatz formuliert, „ein Betriebsübergang kann nicht deswegen verneint werden, weil der Aufbau und die Organisation des Unternehmens nicht – und zwar nicht einmal teilweise – beibehalten worden ist“.³³

Das LAG Düsseldorf hat die Frage, ob ein Betriebsübergang nur dann angenommen werden kann, wenn die übernommene wirtschaftliche Einheit bei dem neuen Inhaber als organisatorisch selbständiger Unternehmens- bzw. Betriebsteil fortgeführt wird, jetzt dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt.³⁴ Im Anlassfall geht es um den Erwerb eines Unternehmens, das sich mit industrieller Automatisierung sowie Mess- und Regeltechnik befasste. Die Abteilung des Klägers, die ausschließlich aus Ingenieuren bestand, wurde zeitgleich mit der Übernahme aufgelöst. Die in dem Bereich tätigen Ingenieure wurden in verschiedene Abteilungen des Erwerberunternehmens versetzt, in denen sie sich nur noch teilweise mit den bislang von ihnen erledigten Aufgaben befassten.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH kann hier ein Betriebsübergang nicht angenommen werden. Die Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG bestimmt in ihrem Art. 1 Abs. 1 lit. b) ausdrücklich, dass „als Übergang im Sinne dieser Richtlinie der Übergang einer *ihre Identität bewahrenden* wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“ gilt. Der EuGH betont demgemäß in ständiger Rechtsprechung, dass die Betriebsübergangsrichtlinie den *identitätswahrenden* Über-

³² BAG, a.a.O., Tz. 24.

³³ LAG Berlin, (Fn. 17).

³⁴ LAG Düsseldorf v. 10.8.2007 – 9 Sa 303/07, NZA-RR 2008, 17 (Ls.) = BeckRS 2007, 48392

gang einer wirtschaftlichen Einheit voraussetze.³⁵ Die EuGH-Entscheidung in der Sache *Merckx*³⁶, auf die sich das LAG Berlin beruft,³⁷ und die in der Tat in eine andere Richtung deutet, ist noch zu der alten Fassung der Betriebsübergangsrichtlinie vor der Änderung durch die Richtlinie 98/50/EG³⁸ ergangen und durch die neueren Judikate des EuGH überholt. Auch aus Art. 6 Nr. 1 Abs. 1 der Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG, auf den das LAG Düsseldorf³⁹ entscheidend abhebt, können keine durchgreifenden Argumente gegen das Identitätserfordernis hergeleitet werden. Dort heißt es zwar, die Rechtsstellung und die Funktion der Vertretung der von dem Übergang betroffenen Arbeitnehmer bleibe erhalten, „sofern das Unternehmen, der Betrieb oder der Unternehmens- bzw. Betriebsteil seine Selbständigkeit behält“. Hieraus folgt aber entgegen dem LAG Düsseldorf nicht, dass ein Betriebsübergang auch dann vorliegen kann, wenn die wirtschaftliche Einheit im Zuge des Übergangs ihre Identität verliert. Art. 6 Nr. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG betrifft bereits systematisch nicht die Voraussetzungen, sondern die Rechtsfolgen des Betriebsübergangs. Die Regelung setzt demgemäß einen bereits vollzogenen Betriebsübergang voraus. Nur wenn die übertragene Einheit auch anschließend ihre *Selbständigkeit* behält, bleibt die in ihr gebildete Arbeitnehmervertretung bestehen. Es ist es durchaus möglich, dass die Einheit zwar identitätswahrend übertragen wird, beim Betriebserwerber aber gleichwohl ihre Selbständigkeit verliert.⁴⁰ Aus diesem Grund kann das Identitätskriterium nicht mit dem Merkmal der Selbständigkeit in Art. 6 Nr. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG gleichgesetzt werden.

a) **Erforderliche Organisationsänderung**

Hält man die Rechtsprechung des BAG demgemäß für EG-rechtskonform, so stellt sich die Anschlussfrage, welches Maß an Veränderung noch hinnehmbar ist und ab wann von einem Verlust der Identität der wirtschaftlichen Einheit ausgegangen werden muss. Die Rechtsprechung hat die Problematik bislang nur in Ansätzen aufgearbeitet. Im *Bistrowagen*-Fall beschränkt sich das BAG auf die Feststellung, dass die Deutsche Bahn AG die Bewirtschaftung der von der ersten Auftragnehmerin bedienten Zugverbindungen vollständig in ihre eigene Organisationsstruktur eingegliedert habe, ohne dass erläutert wird, worin die Eingliederung im einzelnen besteht.⁴¹ In der *Facility Management*-Entscheidung wird lediglich mitgeteilt, dass die neue Auftragnehmerin die von der ersten Auftragnehmerin erfüllten Aufgaben in einer wesentlich

³⁵ EuGH v. 19.5.1992 – Rs. C-29/91, NZA 1994, 207, Tz. 23.

³⁶ EuGH v. 7.3.1996 – verb. Rs. C-171/94 u. C-172/94, NZA 1996, 413.

³⁷ LAG Berlin, (Fn. 17), unter II. 1.3 der Gründe.

³⁸ RL 98/50/EG des Rates v. 29.6.1998 – ABl. EG Nr. L 201 v. 17.7.1998, S. 88.

³⁹ LAG Düsseldorf, (Fn. 34), unter III. 1 b) der Gründe.

⁴⁰ Vgl. Oetker/Preis – *Oetker/Schubert*, EAS, 123. Lfg. Januar 2007, B 8300 Rn. 449.

⁴¹ BAG v. 6.4.2006 – 8 AZR 249/04, NZA 2006, 1039, Tz. 22.

veränderten organisatorischen Zusammenfassung von Ressourcen erfülle.⁴² Worin genau die Organisationsänderung besteht, wird aber wiederum nicht darlegt.

Auch hier kann der Gedanke des „eigentlichen Kerns des zur wirtschaftlichen Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs“ nutzbar gemacht werden. Seine Übernahme ist, wie dargelegt, zentrale Voraussetzung für die Annahme eines Betriebsübergangs. Hieraus folgt, dass von einer identitätswahrenden Übernahme der wirtschaftlichen Einheit nicht mehr gesprochen werden kann, wenn der vom bisherigen Betriebsinhaber aufgebaute Funktionszusammenhang zur wirtschaftlichen Wertschöpfung aufgelöst wird. Anders gefasst geht die Identität der wirtschaftlichen Einheit verloren, wenn der Erwerber nicht die vom bisherigen Betriebsinhaber aufgebaute Arbeitsorganisation nutzt, sondern die übernommenen Betriebsmittel zu einer neuen Arbeitsorganisation zusammenfasst bzw. unter Auflösung des bisherigen Funktionszusammenhangs in die bei ihm bereits vorhandene Organisation eingliedert.

b) Zeitpunkt der Organisationsänderung

In zeitlicher Hinsicht betont das BAG, dass nur die *sofortige* Auflösung der vom bisherigen Inhaber aufgebauten Arbeitsorganisation die Annahme eines Betriebsübergangs ausschließt.⁴³ Die Auflösung der vorhandenen Arbeitsorganisation kommt demnach zu spät, wenn der Erwerber die wirtschaftliche Einheit zunächst fortführt und sich erst anschließend dazu entschließt, diese identitätsvernichtend umzustrukturieren. Das erscheint im Ergebnis bereits deshalb richtig, weil ansonsten unlösbare Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Bestimmung des eben noch tolerierbaren Zeitraums für eine Fortführung entstünden. Für die Unternehmenspraxis bedeutet dies, dass die Auflösung der vorhandenen Arbeitsorganisation bereits im Zeitpunkt des Betriebsübergangs beschlossen sein und anschließend unverzüglich umgesetzt werden muss. Eine Dokumentation der Planung des Erwerbers im Unternehmenskaufvertrag kann hier hilfreich sein. Noch nicht entschieden ist, ob von einer sofortigen Auflösung der vorhandenen Arbeitsorganisation auch dann noch gesprochen werden kann, wenn der Erwerber diese zwar unmittelbar nach der Übernahme in Angriff nimmt, vor ihrer Umsetzung aber noch einen Interessenausgleich und Sozialplan verhandeln muss. Hiergegen spricht allerdings, dass der Wille zur dauerhaften Fortführung des Betriebs kein Tatbestandserfordernis des § 613 a BGB ist, wie u.a. die Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen Betriebsübergang und Betriebsstilllegung erhellt.⁴⁴

⁴² BAG v. 14.8.2007 – 8 AZR 1043/06, NZA 2007, 1431, Tz. 24.

⁴³ BAG v. 6.4.2006 – 8 AZR 249/04, NZA 2006, 1039, Tz. 26; vgl. auch *Lunk*, in: Festschrift zum 25jährigen Bestehen der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV, 2005, S. 645 (657f.); *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt – Willemsen*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 3.Aufl. 2008, Rz. G 125.

⁴⁴ Vgl. *HWK-Willemsen*, 3. Aufl. 2008, § 613 a BGB Rz. 72 m.w.N.

IV. Übergang der wirtschaftlichen Einheit

Der Betriebsübergang tritt mit dem Wechsel in der Person des Betriebsinhabers ein. Das ist mit den Worten des BAG die Person, die für den Betrieb der übertragenen Einheit als Inhaber verantwortlich ist. Verantwortlich in diesem Sinne ist, wer den Betrieb im eigenen Namen führt und nach außen als Betriebsinhaber auftritt.⁴⁵ § 613a BGB knüpft damit an einen *Realakt* an. Diese im Grundsatz seit langem anerkannte Aussage hat die Rechtsprechung jüngst in einigen für die Praxis wichtigen Teilaspekten präzisiert.

1. Aufschiebende Bedingung des Unternehmenskaufvertrags schadet nicht

Die erste Präzisierung betrifft die Frage, wie es sich auswirkt, wenn das dem Betriebsübergang zugrundeliegende Rechtsgeschäft, (ein Unternehmenskaufvertrag etc.), nicht so durchgeführt wird, wie zwischen den Parteien vereinbart. Hierzu liegen gleich zwei neue Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vor.

Im ersten Fall hatte der Erwerber mit dem Insolvenzverwalter vereinbart, dass der Betrieb zum 1. Dezember übernehmen solle. Die dingliche Übertragung des Betriebsvermögens stellten die Parteien jedoch unter die aufschiebende Bedingung der vollständigen Zahlung des Kaufpreises bis spätestens 8. Dezember. Entsprechend der Vereinbarung zum Übergangszeitpunkt übernahm der Erwerber zum 1. Dezember die betriebliche Leitungsmacht und trat sowohl gegenüber den Arbeitnehmern des Betriebs als auch gegenüber Kunden und Lieferanten als Betriebsinhaber auf. Nachdem der Erwerber jedoch weder bis zum ursprünglich vereinbarten Fälligkeitszeitpunkt, noch innerhalb einer von dem Insolvenzverwalter gesetzten Nachfrist den Kaufpreis aufbringen konnte, legte der Insolvenzverwalter den Betrieb zum 20. Dezember still. Der Kläger des Rechtsstreits machte gegen den gescheiterten Erwerber Vergütungsansprüche für die Zeit ab dem 1. Dezember geltend.

Die Vorinstanzen hatten die Klage abgewiesen, weil der Unternehmenskaufvertrag nie vollzogen worden sei; folglich sei auch der kaufgegenständliche Betrieb nie übergegangen. Der bloße Umstand, dass der Erwerber sich in der Zeit zwischen dem 1. Dezember und der Betriebsstillegung durch den Insolvenzverwalter am 20. Dezember wie ein Betriebsinhaber geriere habe, mache ihn noch nicht zum Inhaber des Betriebs. Das BAG hält dem entgegen, dass es für die Frage, wer Betriebsinhaber ist, auf das Eigentum an den Betriebsmitteln nicht ankomme.⁴⁶ Demgemäß sei nicht entscheidend, ob das Rechtsgeschäft, das Grundlage für den Betriebsübergang ist, bedingt oder mit einem Rücktrittsrecht versehen sei. Es verliere hierdurch nicht seine

⁴⁵ BAG v. 21.2.2008 – 8 AZR 77/07, BeckRS 2008, 53327; v. 15.12.2005 – 8 AZR 202/05, NZA 2006, 597.

⁴⁶ BAG v. 13.12.2007 – 8 AZR 1107/06, DB 2008, 1161, Tz. 34; vgl. auch BAG v. 15.12.2005 – 8 AZR 202/05, NZA 2006, 597.

Eignung als taugliche Grundlage des allein anhand tatsächlicher Umstände und der Übernahme der Leitungsmacht durch den Betriebserwerber zu bestimmenden Übergangs des Betriebs auf einen anderen Inhaber.⁴⁷

2. Pflicht zur Betriebsübernahme genügt nicht

Der zweite Fall liegt quasi spiegelbildlich hierzu. Der Insolvenzverwalter hatte mit dem Erwerber vereinbart, dass dieser den Betrieb, ein Hotel, zum 1. Februar des Jahres übernehmen solle. Tatsächlich übernahm der Erwerber jedoch erst am 1. März die Leitung des Hotels. In der Zwischenzeit führte der Insolvenzverwalter das Hotel fort, weigerte sich jedoch, die Arbeitnehmer zu vergüten. Der Erwerber habe sich vertraglich verpflichtet, den Hotelbetrieb zum 1. Februar zu übernehmen. Infolgedessen sei dieser auch zum 1. Februar tatsächlich Betriebsinhaber geworden. Der Umstand, dass er, der Insolvenzverwalter, den Betrieb bis zur tatsächlichen Fortführung durch den Erwerber aufrechterhalten habe, könne ihm nicht zum Nachteil gereichen. Die hiergegen gerichteten Klagen waren in allen Instanzen erfolgreich.

Das Bundesarbeitsgericht betont auch in diesem Zusammenhang, dass es für die Frage, wer Betriebsinhaber ist, auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommt. Die bloße *Möglichkeit* zu einer unveränderten Fortsetzung der Betriebstätigkeit genüge für die Annahme eines Betriebsübergangs nicht.⁴⁸ Auch die vertragliche Verpflichtung, einen Betrieb zu einem bestimmten Zeitpunkt zu übernehmen, könne einen Betriebsübergang allein nicht begründen. Der Hotelbetrieb sei deshalb in dem Zeitpunkt auf den Erwerber übergegangen, in dem dieser die betriebliche Leitungsmacht tatsächlich übernommen habe.

Die erste Aussage, dass die bloße Möglichkeit zur Betriebsfortführung nicht genügt, entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seit der Aufgabe der sog. Theorie der Fortführungsmöglichkeit im Jahr 1999.⁴⁹ Die zweite Aussage, dass auch die vertragliche Pflicht zur Übernahme des Betriebs für sich genommen keinen Betriebsübergang auslöst, ist in dieser Form neu und war in der Literatur bislang nicht unbestritten.⁵⁰

⁴⁷ BAG v. 13.12.2007 – 8 AZR 1107/06, DB 2008, 1161, Tz. 27; vgl. auch BAG v. 15.12.2005 – 8 AZR 202/05, NZA 2006, 597.

⁴⁸ BAG v. 21.2.2008 – 8 AZR 77/07, BeckRS 2008, 53327, Tz. 19.

⁴⁹ BAG v. 18.3.1999 – 8 AZR 159/98, AP BGB § 613a Nr. 189.

⁵⁰ A.A. insbesondere MünchKomm – *Müller-Glöge*, BGB, 4. Aufl. 2005, § 613a Rz. 58.

2. Zeitpunkt des Betriebsübergangs

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Rechtsprechung das Tatbestandsmerkmal „Übergang der wirtschaftlichen Einheit“ noch klarer als bislang an die tatsächlichen Verhältnisse anknüpft.

Das ist zunächst von großer praktischer Bedeutung für die Bestimmung des Zeitpunkts des Betriebsübergangs. Dieser wiederum ist nicht nur wegen der mit dem Betriebsübergang verbundenen Haftungsfolgen von Bedeutung, sondern auch, weil in der Unternehmenspraxis verbreitet ein Bedürfnis besteht, den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zu steuern. Ein solches Bedürfnis kann sich beispielsweise aus dem praktischen Anliegen ergeben, den Übergang der Arbeitsverhältnisse aus abrechnungstechnischen Gründen zum 1. eines Monats zu bewirken. Der Zeitpunkt der Übertragung des Betriebsvermögens ist hingegen häufig durch steuerliche Gegebenheiten bedingt und oft nur eingeschränkt variierbar (z.B. dann, wenn das Betriebsvermögen noch vor dem Jahreswechsel oder einem bestimmten Stichtag übertragen werden muss). Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts eröffnet die Möglichkeit, den Betriebsübergang bereits vor oder auch erst nach der dinglichen Übertragung des Betriebsvermögens zu bewirken. Ein Hinauszögern des Übergangszeitpunkts kann dadurch bewirkt werden, dass sich der bisherige Betriebsinhaber gegenüber dem Betriebserwerber verpflichtet, den Betrieb für einen gewissen Zeitraum nach der Übertragung des Betriebsvermögens im eigenen Namen, aber für Rechnung des Betriebserwerbers fortzuführen.⁵¹ Eine Vorverlagerung des Übergangszeitpunkts kann dadurch herbeigeführt werden, dass dem Betriebserwerber bereits vor der dinglichen Übertragung des Betriebsvermögens die Befugnis übertragen wird, den Betrieb im eigenen Namen, aber für Rechnung des Betriebsveräußerers zu führen. Haftungsfragen und Fragen der Abgrenzung von Verbindlichkeiten sind im Innenverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber zu regeln. Gesellschaftsrechtlich ist bei diesen Gestaltungen zu berücksichtigen, dass es sich in der Regel um Betriebsführungsverträge handeln wird, deren Abschluss bestimmten Beschränkungen unterliegt (vgl. § 292 Abs. 3 AktG).⁵²

3. Mehrstufiger Betriebsübergang

Dass es für den Erwerb der Betriebsinhaberstellung auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommt, ist darüber hinaus von Bedeutung für mehrstufige Transaktionsstrukturen. Bei komplexen Unternehmenstransaktionen werden häufig aus steuerlichen Gründen mehrere Übertragungsvorgänge unmittelbar hintereinander geschaltet, beispielsweise in der Form, dass eine Gesellschaft A zunächst auf eine Gesellschaft B gemäß § 20 Abs. 1 UmwG verschmolzen wird, wobei B eine juristische Sekunde nach Wirksam-

⁵¹ Vgl. BAG v. 20.11.1984 – 3 AZR 584/83, NZA 1985, 393.

⁵² Eingehend WHSS – *Willemsen*, (Fn. 43), Rz. G 109 ff.

werden der Verschmelzung ihre beiden Betriebe auf zwei Gesellschaften C und D gemäß § 123 Abs. 3 Ziffer 1 UmwG ausgliedert. Nach richtigem Verständnis wird B in dieser Konstellation zu keinem Zeitpunkt Betriebsinhaberin gemäß §§ 613a BGB, 324 UmwG, weil B zu keinem Zeitpunkt betriebliche Leitungsmacht über die veräußerten Betriebe ausübt. In dem bloßen „Weiterreichen“ der Betriebe liegt keine Ausübung betrieblicher Leitungsmacht.⁵³ B „führt“ den Betrieb nicht, sondern überträgt lediglich die zum Betrieb gehörenden Vermögensgegenstände auf C und D. Konsequenterweise fallen die Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmern, die dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses gemäß §§ 613a Abs. 6 BGB, 324 UmwG widersprechen, nicht an B, sondern an A zurück. Auch das Problem, ob bei B eventuell geltende Tarifverträge gemäß §§ 613a Abs. 1 Satz 2 BGB, 324 UmwG in die übergehenden Arbeitsverhältnisse eingehen, stellt sich von vornherein nicht.

Eine andere Frage ist, ob in der hier diskutierten Konstellation B zwar nicht gemäß §§ 613a BGB, 324 UmwG, aber nach § 20 Abs. 1 UmwG in die bei A bestehenden Arbeitsverhältnisse eintritt. Das kann hier aus Raumgründen nicht abschließend behandelt werden. Im Ergebnis lässt sich diese Rechtsfolge aber dadurch vermeiden, dass A (mit der Zustimmung von B) mit C und D vereinbart, dass diese bereits in der logischen Sekunde vor dem Wirksamwerden der Verschmelzung die betriebliche Leitungsmacht über die übertragenen Betriebe übernehmen, so dass bei Wirksamwerden der Verschmelzung bei A bereits keine Arbeitsverhältnisse mehr bestehen, die nach § 20 Abs. 1 UmwG auf B übergehen könnten.

IV. Fazit

Das Bundesarbeitsgericht hat seit der *Güney-Görres*-Entscheidung des EuGH die Tatbestandsvoraussetzungen des § 613a BGB in vielen für die Praxis wichtigen Aspekten schärfer konturiert. Die Aufgabe des Kriteriums der eigenwirtschaftlichen Nutzung und das Abstellen auf den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs lenken den Blick stärker auf die eingerichtete Arbeitsorganisation und damit in die richtige Richtung. Die wesentliche Aufgabe der Rechtsprechung wird es sein, klare und praktisch handhabbare Kriterien zur Bestimmung des eigentlichen Kerns des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs herauszuarbeiten.

⁵³ Vgl. BAG v. 15.12.2005 – 8 AZR 202/05, NZA 2006, 597; WHSS – *Willemsen*, (Fn. 43), Rz. G 144.