

# **Rechtsprobleme des Projekts „Da Vinci“**

Gutachtliche Stellungnahme

von

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

## **A. Sachverhalt**

Am 30.04.2007 beschloss das sog. Steering Committee, bestimmte Dienstleistungen aus dem Bereich HR an die Firmen Hewlett-Packard (HP) und Mercer zu übertragen. Verglichen mit anderen Möglichkeiten handle es sich dabei um die wirtschaftlich attraktivste Lösung, die auch den Mitarbeitern die besten Perspektiven eröffne. Die Fachleute aus den „Reality-Checks“ hätte dasselbe empfohlen. Was die betriebliche Altersversorgung betrifft, so hätte eine interne Pensions-Lösung höhere Risiken mit sich gebracht als ein komplettes Outsourcing an Mercer.

Fünf verschiedene Bereiche sollen ausgegliedert werden. Dazu gehören Reisekostenabrechnung und –reporting, Lohn- und Gehaltsabrechnung, Pflege der Personalakte einschließlich Zeugniserstellung nach Vorgaben und Verwaltung der Mitarbeiteraktien sowie Administration der Trainingsbuchungen und alle Fragen der betrieblichen Altersversorgung. Die verbleibende Organisation müsse „dementsprechend“ angepasst werden.

Durch die Ausgliederung werden insgesamt 35 Mitarbeiterstellen in den drei betroffenen Unternehmen (BP GE, BP RP und BP OM) abgebaut. In Bezug auf sieben Mitarbeiter ist das Ausscheiden aus anderen Gründen, wie z. B. Altersteilzeit, bereits vertraglich fixiert; inhaltlich geht es daher um 28 Arbeitsplätze.

Der Dienstleister wird durch Mitarbeiter der BP gesteuert und überwacht. Ein sog. Change Request Management wird neu eingerichtet. Den einzelnen Arbeitnehmern von BP wird die Möglichkeit eröffnet, ihre Fragen (z. B. zur Gehaltsabrechnung oder zur betrieblichen Altersversorgung) direkt an das externe Service-Center des zuständigen Dienstleisters zu richten.

Der Entwurf soll mit den Wirtschaftsausschüssen beraten und anschließend den Betriebsräten vorgestellt werden; insoweit sind auch Verhandlungen vorgesehen.

Weitere Einzelheiten sind den Beteiligten bekannt, so dass sie hier nicht wiederholt werden müssen.

HP und Mercer sind bereit, insgesamt 28 Beschäftigte mit „wertgleichen“ Arbeitsverträgen zu übernehmen. Wie diese Arbeitsverträge im Einzelnen beschaffen sind, scheint derzeit noch nicht festzustehen.

Auf Anregung des Konzernbetriebsrats sollen folgende Rechtsfragen untersucht werden:

- Stellt die Übernahme der fraglichen Aufgaben durch HP bzw. Mercer einen Betriebsübergang nach § 613a BGB dar?
- Erfüllt der Abbau von insgesamt 35 Stellen die Voraussetzungen einer Betriebsänderung nach 111 BetrVG?
- Wer kann ggf. betriebsbedingt gekündigt werden, wenn sich einzelne Beschäftigte einer Übernahme ihres Arbeitsverhältnisses durch HP bzw. Mercer widersetzen?

## **B. Stellungnahme**

### **I. Vorliegen eines Betriebsübergangs?**

Da die Dienstleister bestimmte Funktionsbereiche und überdies zahlreiche Mitarbeiter übernehmen, stellt sich in der Tat die Frage, ob nicht vom Übergang eines Betriebsteils nach § 613a Abs. 1 BGB die Rede sein kann. Dies hätte zur Folge, dass die Arbeitsverhältnisse der betroffenen Arbeitnehmer automatisch auf HP bzw. Mercer übergehen würden, ohne dass dabei ihr Inhalt verändert würde.

Der Begriff „Betriebsteil“ kann nur unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bestimmt werden, da § 613a BGB die Betriebsübergangsrichtlinie der EG umsetzt und deshalb richtlinienkonform zu interpretieren ist. Nach der grundlegenden Entscheidung in der Rechtssache Ayse Sützen

EuGH 11.03.1997 – AP Nr. 14 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187

kommt es entscheidend darauf an, ob die „Identität der wirtschaftlichen Einheit“ gewahrt bleibt. Dafür ist wesentlich, dass nicht nur einzelne Betriebsmittel oder Mitarbeiter übernommen werden; vielmehr müssen Arbeitsorganisation und Betriebsmethoden, also ein Stück „Organisation“ übergehen.

So BAG 11.12.1997 AP Nr. 172 zu § 613a BGB

Legt man dies im vorliegenden Fall zugrunde, so kann nicht vom Erwerb eines Betriebsteils die Rede sein. Die bloße Übernahme einer Funktion stellt nach heute allgemein geteilter Auffassung keinen Betriebsübergang dar.

BAG 22.01.1998 AP Nr. 173 zu § 613a BGB

Auch der hinzukommende Abschluss von Arbeitsverträgen mit den bisherigen Mitarbeitern führt nicht dazu, dass die Arbeitsorganisation und damit die

„wirtschaftliche Einheit“ gewahrt bleibt. Vielmehr ist nach den vorliegenden Informationen damit zu rechnen, dass die Mitarbeiter mit dem vereinbarten Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf HP bzw. Mercer voll in die dort bestehende Arbeitsorganisation integriert werden. Ist dies der Fall, so fehlt es jedenfalls an einer tatsächlichen Fortführung der ggf. übernommenen Einheit, was nach der neueren Rechtsprechung des BAG die Anwendung des § 613a BGB ausschließt.

BAG 12.11.1998, NZA 1999, 310; BAG 18.03.1999, NZA 1999, 704;  
BAG 08.08.2002, NZA 2003, 315

Unter diesen Umständen kommt es nicht mehr darauf an, ob es sich bei den übernommenen Funktionsbereichen überhaupt um „Betriebsteile“ handelt.

BAG 16.02.2006, NZA 2006, 794: Es muss eine existierende, abtrennbare organisatorische Einheit übergehen.

## **II. Verhandlungen über Interessenausgleich und Sozialplan**

### **1. Vorliegen einer Betriebsänderung?**

Die Auslagerung bestimmter Funktionsbereiche könnte sich als Einschränkung eines wesentlichen Betriebsteils nach § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG darstellen. Voraussetzung wäre, dass ein „wesentlicher Betriebsteil“ betroffen ist und dass die vorgesehenen Maßnahmen eine „Einschränkung“ darstellen.

Was ein „wesentlicher Betriebsteil“ ist, lässt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetzestext heraus bestimmen. Die Rechtsprechung versucht zum einen eine qualitative Abgrenzung der Art, dass es auf die „wesentliche Bedeutung innerhalb der betrieblichen Gesamtorganisation“

so BAG 06.06.1978, AP Nr. 2 zu § 111 BetrVG 1972

oder auf die „erhebliche Bedeutung“ für den Gesamtbetrieb und die Erfüllung seiner arbeitstechnischen Zwecke ankommt.

BAG 06.12.1988, AP Nr. 26 zu § 111 BetrVG 1972

In der Literatur werden als „wesentlich“ alle die Teile benannt, die notwendige Voraussetzung für die Erfüllung des Betriebszwecks sind.

So Oetker, in: Kraft/Wiese u. a., Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 8. Aufl., Neuwied 2005, § 111 Rn. 82 (im Folgenden zitiert: GK-Bearbeiter)

Soweit die qualitative Betrachtung nicht weiterführt, nimmt die Rechtsprechung eine quantitative Betrachtung vor, wonach „wesentlich“ der Betriebsteil ist, in dem ein erheblicher Teil der Gesamtbelegschaft beschäftigt ist. Dies wird dann angenommen, wenn die Zahlenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG erfüllt und in dem fraglichen Bereich mindestens 5 % der Gesamtbelegschaft tätig sind.

BAG 07.08.1990, DB 1991, 760 = NZA 1991, 113

Im vorliegenden Fall ist von den Maßnahmen ausschließlich der Bereich HR, d. h. die Personalabteilung betroffen. Ihr kommt „wesentliche Bedeutung“ für die betriebliche Gesamtorganisation zu; ohne ihre Tätigkeit könnte der Betriebszweck ersichtlich nicht verfolgt werden. Insoweit führt bereits die qualitative Betrachtung zum Ziel, so dass es auf die Richtwerte des § 17 KSchG nicht mehr ankommt.

Das Gesetz verlangt nicht, dass der so bestimmte wesentliche Betriebsteil insgesamt stillgelegt oder ausgelagert wird. Vielmehr genügt bereits eine „Einschränkung“. Diese kann nach allgemeiner Auffassung auch dann vorliegen, wenn bestimmte Bereiche outgesourct, d. h. auf Dritte ausgelagert werden.

So etwa Jobst-Hubertus Bauer DB 1994, 217, 219; Fitting, Kommentar zum BetrVG, 23. Aufl., München 2006, § 111 Rn. 72

Entscheidend ist, dass die Leistung des Betriebsteils „herabgesetzt“ wird, dass dieser also nicht mehr denselben „Output“ wie zuvor erbringt. Dies kann durch Verringerung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer wie auch durch Reduzierung der sächlichen Betriebsmittel erfolgen.

So BAG AP Nr. 32 zu § 111 BetrVG 1972 Bl. 2; GK-Oetker § 111 Rn. 89; Däubler/Kittner/Klebe, Kommentar zum BetrVG, 10. Aufl. Frankfurt/Main 2006, § 111 Rn. 46

Zweifelhaft kann das Vorliegen einer Einschränkung dann sein, wenn lediglich die Herstellung von Vorprodukten oder die Erbringung von „Backoffice-Dienstleistungen“ ausgelagert wird, wenn aber die von der Gesamtorganisation erbrachten Leistungen (der „Output“) gleichwohl im Ergebnis dieselben bleiben.

Gegen die Annahme einer Betriebseinschränkung, wenn die Herstellung eines Vorprodukts auf einen Dritten ausgelagert wird, BAG 07.08.1990, DB 1991, 760 = NZA 1991, 113. Zu Fällen dieser Art s. Däubler/Kittner/Klebe § 111 Rn. 42a

Wie in solchen Fällen zu verfahren ist, bedarf in der konkreten Situation keiner Entscheidung. Die von der Personalabteilung an die Unternehmen und ihre Belegschaften erbrachten Leistungen bleiben ersichtlich nicht dieselben, sondern werden reduziert. Dies ergibt sich zwingend daraus, dass sich die einzelnen Beschäftigten in Zukunft direkt an die Dienstleister HP bzw. Mercer wenden müssen, wenn sie beispielsweise Fragen zur Lohnabrechnung oder zur betrieblichen Altersversorgung beantwortet haben wollen.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass durch die geplanten Maßnahmen ein wesentlicher Betriebsteil eingeschränkt wird.

## **2. Interessenausgleich und Sozialplan**

Liegt eine Betriebsänderung vor, so muss zunächst über das „Ob“ und das „Wie“ verhandelt werden, um zu einem Interessenausgleich zu gelangen.

Insoweit liegt die Zuständigkeit eindeutig beim Konzernbetriebsrat, da die geplanten Maßnahmen mehrere Unternehmen betreffen.

Diese Kompetenz erstreckt sich nach der neuesten Rechtsprechung des BAG jedoch nicht automatisch auf den Sozialplan.

BAG 03.05.2006, AP Nr. 29 zu § 50 BetrVG 1972

Vielmehr ist im Einzelfall zu fragen, ob auch insoweit eine unternehmensübergreifende Regelung zwingend geboten ist. Dies könnte evtl. unter dem Gesichtspunkt zu bejahen sein, dass die betroffenen Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf ihr Herkunftsunternehmen zu gleichen Bedingungen von HP bzw. Mercer übernommen werden. Einzelheiten dazu lassen sich den vorliegenden Unterlagen jedoch (noch) nicht entnehmen.

Gegenstand eines Sozialplans wäre der Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die durch die Versetzung nach Dortmund bzw. Düsseldorf entstehen. Dabei ist insbesondere an Fahrtkostenersatz sowie an die volle oder teilweise Anrechnung der längeren Anfahrtswege auf die Arbeitszeit zu denken.

Unter den gegebenen Umständen kann dahinstehen, ob auch eine Spaltung von Betrieben im Sinne von § 111 Satz 3 Nr. 3 BetrVG vorliegt. So wird etwa in der Rechtsprechung die Auffassung vertreten, auch „Bagatellausgründungen“ seien von dieser Vorschrift erfasst.

So LAG Bremen 21.10.2004, NZA-RR 2005, 140; ebenso im Ergebnis Matthes, NZA 2000, 1074; a. A. B. Gaul, Das Arbeitsrecht der Betriebs- und Unternehmensspaltung, 2002, § 28 Rn. 70 ff.

Dasselbe gilt für die Frage, ob eine grundlegende Änderung der Betriebsorganisation im Sinne von § 111 Satz 3 Nr. 4 BetrVG vorliegt, was insbesondere im Hinblick

darauf zu prüfen wäre, dass die Verbindung zu den beiden Dienstleistern neue Aufgabenfelder mit sich bringt.

Zur „grundlegenden“ Änderung s. Däubler/Kittner/Klebe, § 111 Rn. 85

### **III. Betriebsbedingte Kündigungen als letztes Mittel?**

Durch die Ausgliederung bestimmter Funktionsbereiche auf die beiden Dienstleister fallen bei den erfassten Unternehmen bestimmte Tätigkeitsfelder weg. Soweit einzelne Beschäftigte ein Überwechseln zu HP bzw. Mercer ablehnen, stellt sich die Frage einer betriebsbedingten Kündigung.

Am Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung, die ihrerseits durch rationale Erwägungen gesteuert, also nicht „willkürlich“ ist, bestehen keine Zweifel. Soweit die fragliche Person auf einem anderen Arbeitsplatz in ihrem bisherigen Unternehmen weiterbeschäftigt werden kann, ist von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Ob auch freie Arbeitsplätze in einem anderen Unternehmen eine Weiterbeschäftigungspflicht auslösen, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Die herrschende Auffassung nimmt dies nur an, wenn der Arbeitnehmer ein „konzerndimensionales“ Arbeitsverhältnis hatte, also von vorne herein bei verschiedenen Unternehmen eingesetzt werden konnte.

Scheidet eine Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz aus, so muss grundsätzlich eine soziale Auswahl zwischen vergleichbaren Arbeitnehmern erfolgen. Über eine solche Konstellation hatte das ArbG Bochum in seinem Urteil vom 14.06.2007 zu entscheiden; es kam insoweit zu einem auf der Grundlage des § 1 Abs.3 KSchG zutreffenden Ergebnis.

Würde der Übergang eines Betriebsteils vorliegen und hätten einzelne Beschäftigte dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses widersprochen, würde sich die Situation anders darstellen. Nach ganz herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur wäre dann eine solche soziale Auswahl nur vorzunehmen, wenn der fragliche Arbeitnehmer „objektiv vertretbare Gründe“ für seinen Widerspruch hatte.

BAG 07.04.1993, AP Nr. 22 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl = NZA 1993, 795; ErfK-Preis, 7. Aufl., München 2007, § 613a BGB Rn. 104; Ascheid/Preis/Schmidt-Steffan, Kündigungsschutzrecht, 2. Aufl., München 2004, § 613a BGB Rn. 227; MüKo-Müller-Glöge, Bd. 4, 4. Aufl. 2006, § 613a BGB Rn. 128; Staudinger-Annuß, BGB, 2005, § 613a Rn. 193; a. A. von Hoyningen-Huene/Linck, Kündigungsschutzgesetz, 14. Aufl., München 2007, § 1 Rn. 886

Fehlt es an einem solchen „sachlichen Grund“, wäre der Widersprechende ohne näheren Auswahlprozess zu kündigen. Soweit ein sachlicher Grund vorhanden ist, käme es darauf an, ob er so gewichtig ist, dass es gerechtfertigt erscheint, wenn ein nur etwas weniger schutzwürdiger Arbeitnehmer statt des Betroffenen seine Stelle einbüßt.

BAG 18.03.1999, NZA 1999, 870, 872

Dies ist nur dann anzunehmen, wenn der Widerspruch deshalb erfolgt, weil bei einem Übergang das Arbeitsverhältnis des Betroffenen gefährdet wäre - der Erwerber weist beispielsweise eine schlechte Bonität auf oder bietet unzumutbare Bedingungen. Ist der fragliche Arbeitnehmer sozial deutlich schutzwürdiger als andere, kann schon ein weniger gewichtiger Grund genügen, um die soziale Auswahl definitiv zu seinen Gunsten ausgehen zu lassen. Ob dafür schon ein weiterer Anfahrtsweg genügt, erscheint zweifelhaft.

So ErfK-Preis § 613a Rn. 104 unter Hinweis auf LAG Hamm 28.01.1999, ZInsO 1999, 422

Wie oben unter I ausgeführt, dürfte im vorliegenden Fall jedoch kein Betriebsübergang vorliegen. Insofern können die skizzierten Grundsätze keine unmittelbare Anwendung finden. Fraglich ist, ob man sie entsprechend anwenden kann, wenn zwar kein Betriebsteilübergang vorliegt, wenn jedoch – wie hier - den betroffenen Arbeitnehmern ein Bestandsschutz gewährt wird, der dem in § 613a

BGB vorgesehenen entspricht. Überlegungen dazu sind in Rechtsprechung und Literatur nicht ersichtlich.

Vgl. etwa KR-Griebeling, 8. Aufl. 2007, § 1 KSchG Rn. 670 ff.

Insoweit müssten sich die Arbeitsgerichte zu einer rechtsfortbildenden Entscheidung durchringen. Ob eine solche jemals ergehen wird, erscheint zweifelhaft. Auf der einen Seite ist die Entscheidungssituation des Arbeitnehmers in beiden Fällen dieselbe: Er kann überwechseln, aber auch beim bisherigen Arbeitgeber verbleiben. Auf der anderen Seite ist die Rechtsprechung zu § 613a BGB insoweit Angriffen ausgesetzt, als sie an die Ausübung eines ausdrücklich gewährleisteten Rechts zum Widerspruch bestimmte Nachteile knüpft, was an sich mit dem Anliegen des § 612a BGB nicht in Einklang zu bringen ist. Dort ist verboten, denjenigen zu benachteiligen, der in zulässiger Weise seine Rechte geltend macht.

Kritisch deshalb von Hoyningen-Huene/Linck, a. a. O., § 1 Rn. 886

Auch das Recht, eine Vertragsänderung abzulehnen, wird von § 612a BGB erfasst,

LAG Hamm 18.12.1987, DB 1988, 817; zustimmend Gragert, NZA 2000, 965

so dass keine sichere Basis für eine Analogie vorhanden ist. Bezeichnend ist, dass das ArbG Bochum in der genannten Entscheidung eine Übernahme der Rechtsprechung zu § 613a BGB nicht einmal erwogen hat. Insofern wäre zu empfehlen, bei den weiteren Planungen davon auszugehen, dass eine soziale Auswahl nicht definitiv vermieden werden kann.