

**Anwendbarkeit des § 613a BGB bei der Schaffung  
des Customer Care Center (CCC)?**

**Gutachten**

erstattet im Auftrag des Gesamtbetriebsrats  
der Gothaer Allgemeine Versicherung AG

von

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

## **A. Sachverhalt und Fragestellung**

### **I. Sachverhalt**

Die GA (Gothaer Allgemeine Versicherung AG) plant die Errichtung eines Customer Care Center (im Folgenden CCC) in Köln. Dieses wird genau wie die GA als 100-%-iges Tochterunternehmen der Gothaer Finanzholding AG verfasst sein.

Das CCC soll insbesondere wichtige Aufgaben im PK-Geschäft übernehmen. Dieses wird derzeit in den acht Niederlassungen der GA abgewickelt, wobei eine Aufteilung in zwei Gruppen (Kraftfahrt bzw. Sach, Haftpflicht und Unfall) erfolgt. Etwa 80 % der Geschäftsvorfälle sollen in Zukunft beim CCC konzentriert werden. Die verbleibenden 20 % des Privatkundengeschäfts sollen in einem Back-Office bearbeitet werden, das innerhalb der Hauptverwaltung der GA in Köln errichtet wird; erfasst sind dadurch in der Regel komplexe und anspruchsvolle Sachverhalte.

Im Bereich Firmenkunden-Kraftfahrt (FK - K) ist eine ähnliche Neuverteilung der Aufgaben geplant. Ca. 25 bis 30 % der Geschäftsvorfälle sollen insoweit an das CCC abgegeben werden; der Rest, der typischerweise schwierigere Angelegenheiten betrifft, soll im Back-Office in Köln angesiedelt werden. Das CCC soll überdies eingehende Anrufe entgegennehmen und Routinevorgänge selbst erledigen, die dadurch veranlaßt sind.

Die Mitarbeiter des CCC sollen weitere Aufgaben übernehmen. So heißt es auf S. 4 der arbeitsrechtlichen Stellungnahme der Konzernrechtsabteilung (Frau Sauer) vom 02.06.2004:

„So ist beabsichtigt, im CCC auch vertriebliche Outbound-Aktivitäten für die GA (z. B. Terminvereinbarung für den

SAD, Unterstützung in Kampagnen, Kundenbefragungen) oder Kündigungsrücknahmeaktionen, wie sie z. B. im K-Bereich der GA zum Jahresende anfallen können, durchzuführen. Ebenfalls Leistungen, welche heute durch ASSTEL erbracht werden, können künftig im CCC ausgeführt werden."

Welchen Umfang diese zusätzlichen Aufgaben in Zukunft haben werden, stehe noch nicht fest. Derzeit werde davon ausgegangen, dass damit bis zu 50 % der Gesamtarbeitszeit ausgefüllt werden könnten.

Das CCC soll als Call-Center organisiert werden, das bundesweit unter einer einheitlichen Telefonnummer erreichbar ist. Es besteht die Absicht, im CCC ca. 100 Call-Agents zu beschäftigen.

Das CCC soll ein Dienstleistungs- und kein Versicherungsunternehmen sein. Wie in der Mitarbeiterinformation vom 01.06.2004 auf S. 4 ausgeführt wird, ist „eine von der Gothaer unterschiedliche Ausrichtung der Sozialwelt“ vorgesehen. Die durchschnittliche Arbeitszeit soll 42 Wochenstunden betragen. Das CCC wird montags bis freitags von 8.00 bis 21.00 Uhr und samstags von 8.00 bis 16.00 Uhr erreichbar sein, so dass ein deutlicher Bedarf nach flexiblen Arbeitszeiten besteht. Die Vergütung soll sich aus einem fixen Grundgehalt und „zielerreichungsabhängiger individueller Bonifikation“ zusammensetzen.

Was die Ausstattung des CCC mit Arbeitsmitteln angeht, so werden die Büroeinrichtung, die PCs sowie die Telefonanlage neu angeschafft. Die Software soll sich deutlich von der bisher benutzten unterscheiden. Im CCC soll ein neues Front-Office-System (FOS) zur Anwendung kommen; soweit erforderlich, soll aber auch auf bereits von der GA genutzte Anwendungen zurück-

gegriffen werden können. Weiter werden die zur Datenverarbeitung erforderlichen Kundendaten zur Verfügung gestellt.

Die Arbeitsplätze der GA-Beschäftigten, die bisher die künftig vom CCC zu erfüllenden Aufgaben wahrgenommen haben, fallen weg. An eine generelle Übernahme von Personal in das CCC ist nicht gedacht. Den GA-Mitarbeitern soll es freistehen, sich auf einen Arbeitsplatz bei CCC zu bewerben. Die Übernahme ganzer Gruppen oder besonderer Know-how-Träger ist jedoch nicht geplant. Maximal 20 % der Arbeitsplätze im CCC werden nach derzeitigem Stand der Planungen von GA-Mitarbeitern eingenommen werden.

Von den vorhandenen acht Niederlassungen der GA sollen drei geschlossen werden. In den verbleibenden fünf wird insbesondere das FK-Geschäft erledigt. Insgesamt sollen ca. 370 Arbeitsplätze eingespart werden. Da Zahlenangaben bezüglich des Back-Office in Köln für den Gutachter nicht verfügbar sind, lässt sich eine Gesamtbilanz in Bezug auf die Zahl der Arbeitsplätze nicht erstellen.

In der Mitarbeiterinformation vom 01.06.2004 werden die wirtschaftlichen Gründe für die geplanten Maßnahmen im Einzelnen aufgeführt. Zwar hat sich die wirtschaftliche Situation der GA erheblich verbessert, da einem Verlust von 80 Millionen Euro im Jahre 2001 ein Gewinn von 45 Millionen Euro im Jahre 2003 gegenübersteht. Gleichwohl ist jedoch schon aus Konkurrenzgründen angesichts des schwieriger gewordenen Umfeldes ein rentables Wachstum erforderlich, das Kostensenkung verlangt. So ist etwa im Bereich der Sachversicherung auf der einen Seite die Kostenquote von 34,4 auf 31,5 % gesenkt worden, doch liegt sie noch immer 4 bis 5 % über der Quote relevanter Wettbewerber. Insbesondere durch verstärkte Kundenbindung und durch verbesserte Betreuung sollen Bestandsverluste vermieden

und eine Ausdehnung des Geschäftsvolumens erreicht werden. Hierin liegt der entscheidende Sinn der geplanten Maßnahmen.

In der Mitarbeiterinformation wird auf S. 1 ausdrücklich betont, im Laufe der Verhandlungen mit den Mitbestimmungsgremien könne die derzeitige Planung noch Änderungen erfahren. Mit einer Umsetzung ist frühestens Anfang 2005 zu rechnen (S. 7 der Mitarbeiterinformation).

## **II. Die rechtliche Fragestellung**

Der Gesamtbetriebsrat will insbesondere wissen, ob die geplanten Maßnahmen als Übergang von Betriebsteilen auf das CCC zu qualifizieren sind, so dass § 613a BGB Anwendung finden könnte. Die Konzernrechtsabteilung hat unter dem 02.06.2004 eine arbeitsrechtliche Stellungnahme zu dieser Thematik vorgelegt. Sie kommt zu dem Ergebnis, es liege eine reine Funktionsnachfolge vor, die nicht von § 613a BGB erfasst werde.

Zwischen Unternehmensleitung und Wirtschaftsausschuss bzw. Gesamtbetriebsrat ist vereinbart, eine gutachtliche Stellungnahme zu diesem Thema einzuholen, die hiermit vorgelegt wird. Dabei wird im Einzelnen zu untersuchen sein, ob nach der neuesten Rechtsprechung des EuGH wie des BAG evtl. doch von einem Betriebsteilübergang die Rede sein kann. Außerdem ist die Frage einzubeziehen, ob aus kündigungsschutzrechtlichen Gründen ggfs. eine Übernahme von Mitarbeitern der GA in das CCC geboten ist, die weit über die bisherigen Planungen hinausgeht.

In Bezug auf das Back-Office in Köln stellt sich die Frage des Betriebsübergangs nicht, da insoweit kein Arbeitgeberwechsel eintritt. Die dort geschaffenen Arbeitsplätze sind „freie Arbeitsplätze“ im Rahmen des Unternehmens GA, die einer be-

triebsbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 lit. b  
KSchG entgegenstehen können.

## **B. Gutachtliche Stellungnahme**

### **I. Vorliegen eines Teilbetriebsübergangs**

Im hier zu beurteilenden Fall kommt von vorneherein nur ein Übergang von Betriebsteilen, nicht von ganzen Betrieben in Betracht. Insoweit bestehen keine Meinungsverschiedenheiten.

Die Konzernrechtsabteilung hat weiter in ihrer Stellungnahme vom 02.06.2004 auf S. 7 oben ausgeführt, die Antragsbearbeitung des PK- bzw. FK-K-Geschäfts finde in „abgrenzbaren, selbstständig strukturierten Gruppen bzw. Abteilungen mit einheitlicher Zielsetzung“ statt. Daraus wird zu Recht abgeleitet, dass die bezeichneten Funktionen bisher durch selbstständige Betriebsteile erfüllt werden, so dass die Anwendung des § 613a BGB nicht schon daran scheitert, dass gar keine Betriebsteile im Rechtssinne von den geplanten Maßnahmen erfasst wären.

Fraglich ist unter diesen Umständen allein, ob diese „organisatorischen Einheiten“ nach den vorliegenden Planungen auf das CCC übergehen. Dies bestimmt sich danach, wie die Voraussetzungen eines Betriebsteilübergangs nach § 613a BGB beschaffen sind. Maßgebend hierfür ist die Rechtsprechung des EuGH und die Richtlinie 2001/23/EG vom 12. März 2001 (ABl v. 22.03.2001, L 82/16 ff.), die nach ihrem Art. 13 am 20. Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der EG in Kraft getreten ist und die die Richtlinie 77/187/EWG vom 14. Februar 1977 (ABl v. 5.3.1977, Nr. L 51/26) abgelöst hat. Da nach allgemeiner Auffassung § 613a BGB EG-rechtskonform auszulegen ist, muss in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Konzernrechtsabteilung zunächst der Inhalt der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben dargelegt werden.

## **1. Rechtsprechung des EuGH und ihre Bestätigung durch die Richtlinie 2001/23/EG**

### **a) Die Identität der wirtschaftlichen Einheit**

Schon zu dem vor der genannten Richtlinie maßgebenden Recht hat der EuGH den Standpunkt vertreten, es müsse eine „wirtschaftliche Einheit“ übergehen, die als „organisatorische Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit“ umschrieben wurde.

So etwa EuGH NZA 1997, 433, 434 Tz. 13; EuGH NZA 1999, 189, 190 Tz. 25; EuGH NZA 2003, 1385, 1386, Tz. 30

Die so beschriebene Einheit muss ihre „Identität“ bewahren.

EuGH NZA 1997, 433 Tz. 10; EuGH NZA 1999, 189, 190 Tz. 21; EuGH NZA 2003, 1385, 1386 Tz. 29

Die bloße Fortführung der bisherigen Tätigkeit („Funktionsnachfolge“) reicht hierfür nicht aus.

So EuGH NZA 1997, 433, 434 Tz. 15 - Ayse Süzen; anders wohl EuGH NZA 1994, 545, 546 Tz. 20 - Christel Schmidt, worauf in der neueren Rechtsprechung jedoch nicht mehr zurückgegriffen wird.

Diese Rechtsprechung wurde durch die Richtlinie 2001/23/EG bestätigt, die in ihrem Art. 1 Abs.1 lit. b nunmehr ausdrücklich bestimmt: Als Übergang im Sinne der Richtlinie gilt „der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit.“



## **b) Die bei einer Gesamtbetrachtung zu beachtenden Faktoren**

Bei der Prüfung der Frage, ob eine „wirtschaftliche Einheit“ übergegangen ist, muss eine Gesamtbetrachtung stattfinden, bei der sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen zu berücksichtigen sind.

EuGH NZA 1997, 433, 434 Tz. 14, auch zum Folgenden

Zu diesen Umständen gehören „namentlich“ die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer evtl. Unterbrechung der Tätigkeiten. Diese beispielhafte Aufzählung wird an anderer Stelle dadurch ergänzt, dass das Fehlen einer unmittelbaren vertraglichen Beziehung zwischen Veräußerer und Erwerber ein Indiz dafür ist, dass kein Betriebsübergang vorliegt, dass dieses Indiz jedoch widerlegt werden kann, weil die Übertragung auf einem anderen vertraglichen Wege erfolgte.

EuGH NZA 1997, 433 Tz. 11; EuGH NZA 1999, 189, 190 Tz. 23

Daraus wird man schließen können, dass umgekehrt das Vorliegen einer unmittelbaren vertraglichen Beziehung für die Annahme eines Betriebsübergangs spricht.

Weiter ist in der Rechtsprechung davon die Rede, dass das Eigentum an den Betriebsmitteln ohne Bedeutung sei; vielmehr

komme es allein darauf an, wer die Verantwortung für das betriebliche Geschehen trage.

EuGH NZA 545, 546 Tz. 20, bestätigt durch EuGH NZA 1997, 433 Tz. 8; ebenso EuGH NZA 2003, 1385, 1387 Tz. 41

Dies wird mit der Erwägung gerechtfertigt, für den Arbeitnehmer mache es keinen Unterschied, ob der Erwerber Eigentümer der Betriebsmittel werde, da das Schutzbedürfnis und das Interesse an einer Kontinuität des Arbeitsverhältnisses in gleicher Weise bestehe, wenn der neue Inhaber das sachliche Substrat des Arbeitsprozesses nur gepachtet habe oder es auf andere Weise seiner Betriebsführung zugrunde legen könne.

EuGH EuGHE 1987, 5483

**c) Die grundsätzliche Weichenstellung: Reine Dienstleistung oder Arbeit mit relevanten Betriebsmitteln**

Von besonderer Bedeutung ist nach der Rechtsprechung des EuGH die Natur der fraglichen Aktivität. Geht es wie bei der Gebäudereinigung praktisch ausschließlich um den Einsatz der menschlichen Arbeitskraft, kommt der Tatsache besondere Bedeutung zu, ob der Erwerber einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil der Belegschaft übernommen hat.

EuGH NZA 1997, 433, 434 Tz. 21

Sind demgegenüber wie bei einer Krankenhausverpflegung zahlreiche Betriebsmittel wie Räumlichkeiten, Wasser, Energie und Inventar unverzichtbar, kommt es entscheidend auf deren Übertragung an.

EuGH NZA 2003, 1385, 1386 Tz. 36

Dies schließt nicht aus, dass auch ohne das Vorliegen der einen oder der anderen Voraussetzung ein Betriebsübergang angenommen werden kann, doch müssen dafür jeweils ganz gravierende Anhaltspunkte sprechen. Im hier interessierenden Fall ist daher zunächst zu untersuchen, ob der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft völlig im Vordergrund steht, oder ob dem Einsatz materieller Betriebsmittel gleichfalls wesentliche Bedeutung zukommt.

## **2. Relevanz der menschlichen Arbeitskraft im konkreten Fall**

Wie den Unterlagen zu entnehmen ist, soll das Büromobiliar einschließlich PCs und die Telefonanlage neu angeschafft werden. Ob es wirtschaftlich sinnvoll ist, die bisher für die fraglichen Tätigkeiten benutzten PCs generell aus dem Verkehr zu ziehen und sie insbesondere in den drei zu schließenden Niederlassungen zu „verschrotten“, mag man mit einem Fragezeichen versehen, zumal es ja bei den ganzen Maßnahmen primär um Kosteneinsparungen geht. Gleichwohl ist mangels weiterer Anhaltspunkte in den zugänglich gemachten Planungsunterlagen davon auszugehen, dass das CCC gewissermaßen „auf der grünen Wiese“ errichtet wird.

Von möglicherweise größerer wirtschaftlicher Bedeutung sind demgegenüber die Programme und Daten, die von der GA zur Verfügung gestellt werden. Zwar soll das CCC eine neue Softwarelösung in Form des FOS erhalten, doch ist vermutlich für eine Übergangszeit und bei konkreter Erforderlichkeit die Weiter-nutzung der bisher verwendeten Anwendungen vorgesehen. Dazu kommen die Kundendaten, ohne die in sehr vielen Fällen eine sinnvolle Arbeit nicht möglich ist: Wie man sich als Angesprochener verhält, hängt nicht zuletzt von dem bisherigen Verlauf des Versicherungsverhältnisses und von dem Informationsstand

ab, der abrufbar vorhanden ist. Die Situation im CCC ist insofern nicht mit der einer Stelle vergleichbar, die Fahrplanauskünfte erteilt oder über Börsenkurse informiert. Selbst wenn ein Kunde lediglich eine Adressenänderung mitteilt, wird es sinnvoll sein, sogleich zu überprüfen, ob die neue Anschrift bereits gespeichert ist oder nicht.

Die vorhandene Software und die Kundendaten sind für die Aufgabenerfüllung von wesentlicher Bedeutung. Auf die Tatsache, dass es sich nicht um „Sachen“ im Sinne körperlicher Gegenstände, sondern um sonstige Vermögenswerte handelt, kommt es dabei nicht an. Anders als bei Reinigungsarbeiten, bei denen die Geräte nur marginale Bedeutung haben (und überdies jederzeit ersetzbar sind), geht es hier um spezifische Arbeitsmittel, ohne die eine sinnvolle Leistungserbringung nicht möglich ist. Auch sind sie ersichtlich nicht substituierbar, soweit sie im Einzelfall (z. B. aufgrund einer Störung) vorübergehend nicht zur Verfügung stehen sollten.

Angesichts dieser Umstände spricht sehr viel mehr dafür, keinen „reinen Dienstleistungsfall“, sondern eine Situation anzunehmen, bei der es primär auf den Übergang von Betriebsmitteln ankommt und bei der die Weigerung des Erwerbers, einen größeren Teil der Belegschaftsmitglieder zu übernehmen, deshalb ohne Bedeutung ist.

S. den insoweit vergleichbaren Fall EuGH NZA 2003, 1385 ff., wonach es bei der Krankenhausverpflegung primär auf die dabei eingesetzten Geräte ankommt.

Keine Rolle spielt es auch, ob die Software bzw. die Kundendaten nur „zur Verfügung gestellt“ oder ob sie dem CCC zur eigenwirtschaftlichen Nutzung überlassen werden. Der EuGH hat dezidiert erklärt, dass es auf die Zuordnung der Arbeitsmittel

nicht ankomme; benutzte der bisherige Auftragnehmer ausschließlich die Geräte des Auftraggebers und wird der Auftrag nunmehr an ein anderes Unternehmen erteilt, das seine Leistungen mit Hilfe derselben Geräte erbringt, so stellt deren „Übernahme“ ein entscheidendes Indiz für das Vorliegen eines Betriebsteilübergangs dar.

So ausdrücklich EuGH NZA 2003, 1385

Die abweichende Rechtsprechung des BAG, die auf die eigentumsmäßige Zuordnung und die Verfügungsbefugnis abstellt, wird sich schwerlich aufrechterhalten lassen.

Dazu Zwanziger, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, Kommentar für die Praxis, 6. Aufl., Frankfurt/Main 2004, § 613a Rn. 33

Dies muss insbesondere bei konzerninternen Vorgängen gelten: Hier hätte andernfalls das übertragende Unternehmen jederzeit die Möglichkeit, den Betriebsübergang mehr oder weniger damit zu blockieren, dass die Betriebsmittel formal bei ihm verbleiben und nur zu „abhängiger Nutzung“ überlassen werden.

### **3. Anwendung der weiteren Kriterien**

Entsprechend dem oben unter 1 Dargestellten ist nicht nur auf die Art der Tätigkeit und die Übernahme von materiellen oder immateriellen Betriebsmitteln abzustellen. Vielmehr kommen weitere Gesichtspunkte in Betracht.

- Die **„Übernahme der Hauptbelegschaft“** soll im vorliegenden Fall nicht stattfinden. Dies würde bei einem reinen „Arbeitskraftunternehmen“ ein sehr gewichtiges Gegenargument

gegen einen Betriebsübergang darstellen (ohne diesen jedoch definitiv auszuschließen), ist im vorliegenden Zusammenhang jedoch ohne wesentliche Bedeutung, da es andernfalls der Erwerber in der Hand hätte, durch die schlichte Erklärung der Nichtübernahme die Vorschrift des § 613a BGB in den allermeisten Fällen gegenstandslos zu machen. Außerdem ist auf die Ausführungen unter II zu verweisen, wonach der Arbeitgeber in Fällen der vorliegenden Art evtl. gezwungen ist, die an sich für eine Kündigung vorgesehenen Arbeitnehmer in das Call-Center zu versetzen.

- Ein **„Übergang der Kundschaft“** findet sicherlich insoweit nicht statt, als die Versicherungsverträge nunmehr mit dem CCC fortgesetzt würden. Allerdings werden faktisch alle diejenigen Kunden in den Arbeitsprozess des CCC integriert, die nicht der Kompliziertheit der Probleme wegen in die Zuständigkeit des Back Office fallen. Ob dies als zusätzliches Indiz für das Vorliegen eines Betriebsübergangs genügt, ist - soweit ersichtlich - höchststrichterlich noch nicht entschieden. Bei zwei nicht konzernmäßig verbundenen Unternehmen würde man vermutlich nicht von einer Übernahme des Kundenkreises sprechen, wenn dieser seine bisherigen vertraglichen Beziehungen aufrechterhalten würde und der „Übernehmer“ lediglich bei der Abwicklung der Kundenbeziehungen Hilfe leisten würde. Innerhalb eines Konzerns wird man dies allerdings anders beurteilen können: Hier geht es bei der Überlassung von Tätigkeitsfeldern an verbundene Unternehmen typischerweise nur um eine Neuverteilung der Arbeit, nicht um eine (die Kunden eher irritierende) Überleitung von Vertragsverhältnissen. Innerhalb eines Konzerns wird man daher ausschließlich darauf abstellen können, wer faktisch die Funktion der Kundenbetreuung übernimmt; dies ist ein Äquivalent zur Übernahme der Kundenbeziehungen durch einen außenstehenden Erwerber. Anders zu entscheiden würde bedeuten,

dass innerhalb eines Konzerns Veränderungen der Arbeitsabläufe ohne Eingreifen des § 613a BGB möglich wären, die unter voneinander unabhängigen Unternehmen ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen eines Betriebsübergangs wären.

- Das weitere Kriterium „**Grad der Ähnlichkeit der verrichteten Tätigkeiten**“ spricht gleichfalls für das Vorliegen eines Betriebsübergangs. Die Rechtsprechung verlangt bewusst keine Identität der Tätigkeiten, die selten vorliegen wird, da ein Erwerber typischerweise andere (und aus seiner Sicht bessere) Arbeitsmethoden anwenden wird. Vielmehr wird allein auf die „Ähnlichkeit“ abgestellt; ist sie groß, spricht dies für eine Anwendung des § 613a BGB, ist sie eher gering, spricht dies für ein gegenteiliges Ergebnis.

S. aus der Rechtsprechung EuGH NZA 1994, 545, 546 Tz. 17; EuGH NZA 1997, 433, 434 Tz. 14; EuGH NZA 1999, 189, 190 Tz. 29

Im konkreten Fall geht es ausweislich der Stellungnahme der Konzernrechtsabteilung (S. 14 ff.) um Antragsbearbeitung sowie um „andere Aufträge, welche in der Regel eher vertrieblich geprägt sein dürften und heute nicht zum Tätigkeitsfeld der GA-Niederlassungen zählen.“ Bei der Antragsbearbeitung ergeben sich durch den Einsatz anderer EDV-Programme Veränderungen; auch soll der Einzelne nicht mehr für bestimmte Regionen und für bestimmte Versicherungszweige zuständig sein. Weiter sollen anspruchsvollere Aufgaben wegfallen und im Back-Office erledigt werden.

Die Gleichartigkeit zweier Tätigkeiten wird jedoch nicht dadurch beeinträchtigt, dass man mit einer neuen EDV-Anwendung arbeitet; auch die Tatsache, dass die Anträge aus allen Teilen der Republik stammen können, bringt keine neue Qualität.

Sie erhöht allerdings insoweit die Anforderungen, als häufig nicht auf bestimmtes Vorwissen aufgebaut werden kann (weshalb es sich möglicherweise empfehlen würde, innerhalb des CCC doch regionale Zuständigkeiten einzurichten). Auf der anderen Seite werden die Anforderungen geringer, weil ein Teil der Geschäftsvorfälle an anderer Stelle erledigt wird. Gleichwohl ist die Ähnlichkeit mit der bisherigen Sachbearbeitung nicht zu verkennen - ganz abgesehen davon, dass auch Anrufe zu beantworten und Auskünfte zu geben sind, die in ähnlicher Weise bisher anfallen und die keine ausdrücklich Erwähnung gefunden haben. Auch eine veränderte Arbeitsorganisation kann im Übrigen den hohen Grad der Ähnlichkeit der Tätigkeiten nicht beeinträchtigen.

- Ein Indiz, dass gegen das Vorliegen eines Betriebsübergangs spricht, ist die mehr oder weniger große **Dauer einer Unterbrechung**. Insoweit besteht Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Konzernrechtsabteilung: Die Tätigkeit wird kontinuierlich fortgesetzt, eine Unterbrechung der Antragsbearbeitung kommt schon mit Rücksicht auf die gewollte Verbesserung der Kundenbeziehungen nicht in Betracht. Insoweit ergibt sich ein zusätzliches Indiz für das Vorliegen eines Betriebsübergangs.
  
- Die Übernahme durch **Vertrag zwischen Veräußerer und Erwerber** spricht - wie oben unter 1 ausgeführt - gleichfalls für die Anwendung des § 613a BGB. Dafür lässt sich anführen, dass anders als bei der Übernahme eines Auftrags durch einen neuen Auftragnehmer von vorneherein klar ist, welche „Einheit“ von wem übernommen wird. Die Gefahr, dass sich ein Unternehmen gegen seinen Willen plötzlich in der Rolle eines Erwerbers nach § 613a BGB sieht, besteht hier nicht.



Auf diesem Wege wäre möglicherweise auch den Bedenken Bauers (NZA 2004, 14 ff.) gegen die Entscheidung EuGH NZA 2003, 1385 ff. zu begegnen, der nicht ganz zu Unrecht darauf hinweist, es könne nicht angehen, dass nach einer Kündigung des Vertrages mit einem Auftragnehmer wegen mangelhafter Arbeitsqualität ein neu ausgesuchtes Unternehmen automatisch alle die Kräfte beschäftigen müsse, die Anlass für die Kündigung des bisherigen Vertrages gegeben haben.

Ob im vorliegenden Zusammenhang Verträge zwischen der GA und dem CCC geschlossen werden, ist den derzeit für den Gutachter zugänglichen Unterlagen nicht zu entnehmen. Innerhalb eines Konzerns kann es darauf jedoch nicht entscheidend ankommen, da ein derartiger Vertrag sowieso eine gewisse Ähnlichkeit mit einem (wirtschaftlichen) In-sich-Geschäft hätte. Anders als im gesetzlichen Normalfall des Betriebsübergangs wird hier von einer Stelle aus letztlich verbindlich entschieden, was der Übernehmer erhält und nach welchen Regeln er in Zukunft zu verfahren hat. Damit ist von vorneherein die in anderen Zusammenhängen bestehende Gefahr gebannt, in eine Betriebsübernehmerrolle gezwängt zu werden: Das CCC bzw. seine Organe wissen von Anfang an, was im Einzelnen an Aufgaben und Anforderungen auf sie zukommt. Insoweit ist eine konzerneinheitliche Entscheidung im Rahmen des § 613a BGB einem Vertrag gleichzusetzen.

#### **4. Ergebnis**

Bei der notwendigen **Gesamtbetrachtung** sprechen sehr viel mehr Indizien für als gegen einen Betriebsübergang. Dies ist völlig eindeutig, wenn man wie hier davon ausgeht, dass es sich nicht um eine „reine Dienstleistung“ handelt, sondern dass eine bestimmte Software und bestimmte Daten als wichtige Betriebsmit-

tel für die Erbringung der Tätigkeit essentiell sind. Aber auch dann, wenn man diese Auffassung nicht teilt, spricht die faktische Übernahme der Kunden, die große Ähnlichkeit der Tätigkeiten sowie die Unmittelbarkeit des Übergangs für die Anwendung des § 613a BGB. Dass auf diese Weise mehr Arbeitsverhältnisse auf das CCC übergehen als dort Arbeitskräfte benötigt werden, steht auf einem anderen Blatt: Die Arbeitgeberseite besitzt das von der Rechtsprechung durchgängig anerkannte Recht, die Arbeitsabläufe zu rationalisieren und auf diese Weise bestimmte Aufgaben mit weniger Personal zu bewältigen. Kündigungen sind daher bei einem „Personalüberhang“ nicht ausgeschlossen, doch müssen bei der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer die (seit 01.01.2004 neu gefassten) Grundsätze über die soziale Auswahl beachtet werden.

## **II. Schranken des Kündigungsrechts bei Ausgliederung von Aufgaben auf eine abhängige Tochtergesellschaft**

Nach der neuesten Rechtsprechung des BAG (NZA 2003, 549 ff.) ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ausgeschlossen, wenn dieselbe Aufgabe von einer anderen Konzerngesellschaft übernommen wird, die im Einwirkungsbereich der Arbeitgebergesellschaft tätig ist. Diese Rechtsprechung ist zunächst darzustellen (unten 1) und anschließend auf ihre Übertragbarkeit auf den konkreten Fall zu untersuchen (unten 2).

### **1. Die Rechtsprechung des BAG**

In der sog. Rheumaklinik-Entscheidung

BAG NZA 2003, 549 ff.

hatte das BAG über folgende Konstellation zu befinden.

Eine gemeinnützige Krankenhaus-GmbH befand sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Um Personalkosten zu sparen, gliederte sie die Reinigungsdienste sowie den Küchen- und Servierbereich aus und übertrug ihn auf eine 100-%-ige Tochter, die sog. Service-GmbH. Diese sollte mit neuen Arbeitskräften und ohne Bindung an Tarifverträge die fraglichen Funktionen erfüllen. Den bisher im Bereich Reinigung und Verpflegung tätigen Arbeitnehmern wurde wegen Stilllegung ihres bisherigen Arbeitsbereichs betriebsbedingt gekündigt. In den von zahlreichen Betroffenen angestrebten Kündigungsschutzverfahren trug die beklagte Arbeitgeberin vor (Wiedergabe in BAG NZA 2003, 549, 550):

„Die Beklagte hat vorgetragen, die gesamten Reinigungs-, Küchen- und Servierbereiche seien von ihr zum 31.03.2001

stillgelegt worden. Zum 01.04.2001 seien sämtliche Dienstleistungen auf die Service-GmbH übertragen worden, die keine Mitarbeiter von ihr übernommen habe. Ein Betriebsübergang liege nicht vor, da nichts auf die Service-GmbH übergegangen sei. Die Nutzung der Einrichtungen der Rheumaklinik durch die Service-GmbH erfolge nicht eigenwirtschaftlich, sondern nur zur Erfüllung der im Verhältnis zu ihr, der Beklagten, begründeten Dienstleistungspflicht...

Seit 1.4.2001 übe sie keine Arbeitgeberfunktionen in den betroffenen Bereichen mehr aus. Sie habe es sich nicht vorbehalten, Mitarbeitern der Service-GmbH irgendwelche Weisungen zu erteilen. Es sei vorgesehen gewesen und auch so umgesetzt worden, dass die Service-GmbH einen mit Einzelprokura versehenen Prokuristen beschäftigte, der mit der Befugnis des Personalleiters ausgestattet sei. Dieser sei aufgrund einer Geschäftsanweisung für alle personellen und sozialen Angelegenheiten der Mitarbeiter in der Service-GmbH zuständig. Außerdem verfüge die Service-GmbH über einen Betriebsleiter, dessen fachlichen Weisungen die Mitarbeiter der Service-GmbH ausschließlich unterlägen."

Das BAG hat das Vorliegen „dringender betrieblicher Erfordernisse“ verneint und den Kündigungsschutzklage stattgegeben. Dabei stützte es sich zentral auf folgende Erwägungen (BAG NZA 2003, 549, 551):

„Es ist rechtsmissbräuchlich, wenn die Beklagte demgegenüber ein unternehmerisches Konzept zur Kostenreduzierung gewählt hat, das faktisch nicht zu Änderungen in den betrieblichen Abläufen, jedoch bei allen Arbeitnehmern der betroffenen Abteilungen erklärtermaßen zum Verlust ihres Arbeitsplatzes führen sollte, obwohl nach wie vor ein - allenfalls möglicherweise reduzierter - Beschäftigungsbe-

darf bestand. Die Gründung einer im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen der Beklagten eingegliederten Organgesellschaft (GmbH) und die Übertragung der Arbeiten der betroffenen Abteilungen auf diese GmbH war zwar rechtlich zulässig. Sie war jedoch in der hier praktizierten Ausgestaltung rechtsmissbräuchlich und damit kündigungsrechtlich unbeachtlich, denn die Wahl dieser Organisationsform konnte in erster Linie nur dem Zweck dienen, den Arbeitnehmern der betroffenen Bereiche ihren Kündigungsschutz zu nehmen und sich von ihnen ‚frei‘ zu trennen, damit die Arbeit in Zukunft von anderen, schlechter bezahlten Arbeitnehmern verrichtet wurde. Der verfassungsrechtlich gebotene kündigungsrechtliche Mindestschutz wäre nicht mehr gewährleistet, würde man dem Arbeitgeber gestatten, Teilbereiche seines Betriebes (oder gar den ganzen Betrieb) ‚stillzulegen‘, den betroffenen Arbeitnehmern ohne Kündigungsschutz zu kündigen, um dann dieselben Arbeiten an derselben Betriebsstätte durch eine finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in sein Unternehmen voll eingegliederte Organgesellschaft mit jüngeren und preiswerteren Arbeitskräften, die in den ersten sechs Monaten nicht einmal Kündigungsschutz gehabt hätten, weiter verrichten zu lassen.“

Ohne Bedeutung ist die Tatsache, dass die abhängige GmbH nur deshalb als Organgesellschaft ausgestaltet wurde, damit keine zusätzliche Umsatzsteuerpflicht entsteht, sondern die von der GmbH getätigten Umsätze weiterhin dem Krankenhaus zugerechnet werden konnten: Entscheidend ist die tatsächlich vorhandene Abhängigkeit und die Verfügungsbefugnis des bisherigen Arbeitgebers über die fraglichen Tätigkeiten.

BAG NZA 2003, 549, 552 li. Sp.

Im Folgenden ließ es das BAG dahinstehen, ob auch ohne eine solche Abhängigkeit aus konzernarbeitsrechtlichen Gründen eine Kündigung ausscheide, weil in einer abhängigen Gesellschaft freie Arbeitsplätze vorhanden seien.

BAG NZA 2003, 549, 552 re. Sp.

Die Erwägungen des BAG sprechen allerdings für eine positive Entscheidung, da es schwerlich einen Unterschied macht, ob über die neuen Arbeitsplätze im Wege eines Organschaftsverhältnisses oder „nur“ im Wege der „normalen“ Konzernleitungsmacht verfügt werden kann.

## **2. Übertragbarkeit auf den vorliegenden Fall?**

Der hier zu beurteilende Fall liegt insoweit ähnlich, als ein großer Teil des Privatkundengeschäfts und ein abgrenzbarer Teil des Firmenkundengeschäfts auf das CCC übertragen wird. Dass daneben Aufgaben im Arbeitgeber-Unternehmen verbleiben (Back-Office), kann keinen entscheidenden Unterschied ausmachen; übertragen auf den Fall der Rheumaklinik würde dies etwa der Situation entsprechen, dass die Reinigung der Intensivstation oder anderer besonders sensibler Bereiche weiterhin durch eigene Arbeitskräfte erfolgen würde, der (große) Rest aber auf die Service-GmbH ausgliedert würde.

Ein Unterschied könnte weiter darin liegen, dass im Bereich von GA und CCC dieselbe Arbeit mit einer geringeren Zahl von Arbeitskräften erledigt werden soll. Dabei ist schon zweifelhaft, ob diese Absicht nicht auch im Fall der Rheumaklinik bestand; die Lebenserfahrung spricht jedenfalls dafür, dass die Arbeitgeberseite auch dort entsprechende Überlegungen anstellte. Auch wenn dies nicht so wäre - die beabsichtigte Reduzierung des Personals ändert nichts an der Anwendbarkeit der vom

BAG entwickelten Grundsätze. In der oben 1 mitgeteilten zweiten Textpassage aus dem Urteil ist ausdrücklich von einem „möglicherweise reduzierten Beschäftigungsbedarf“ die Rede. Außerdem würde der Weg über die Gründung einer Tochtergesellschaft jedenfalls zur Ausschaltung der Grundsätze über die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG führen.

Ein weiterer denkbarer Unterschied könnte darin liegen, dass die Tätigkeit im CCC mit neuer Software erfolgen soll und dass für dieses auch Aufgaben vorgesehen sind, die bisher nicht in den übernommenen Bereichen angefallen sind. Auch insoweit ist jedoch kein Grund ersichtlich, von den BAG-Grundsätzen abzugehen. Hätte man im Fall der Rheumaklinik (was durchaus nicht auszuschließen war) die Reinigungsdienste neu organisiert und beispielsweise die zu säubernde Quadratmeterzahl verändert oder neue Geräte angeschafft, hätte dies nichts an der Kündigungsschutzrechtlichen Beurteilung geändert. Dass man die Ausgliederung zugleich zum Anlass nimmt, die Arbeitsvollzüge in der einen oder anderen Weise umzugestalten, liegt nahe, ändert aber nichts daran, dass die Aufgabenerfüllung im Kern dieselbe bleibt. Was die Erledigung zusätzlicher Aufgaben angeht, so geht auch die Stellungnahme der Arbeitgeberseite davon aus, dass damit weniger als die Hälfte der Arbeitszeit im CCC ausgefüllt wird. Weiter kann die Anlagerung zusätzlicher Tätigkeitsbereiche in der Zukunft nichts daran ändern, dass zunächst einmal eine „Funktionsnachfolge“ vorliegt, also die bisherige Tätigkeit an anderer Stelle fortgeführt wird.

Ein wesentlicher Unterschied könnte allerdings insofern bestehen, als nach den dem Gutachter zur Verfügung stehenden Unterlagen nirgends von der Begründung eines Organschaftsverhältnisses die Rede ist. Allerdings widerspricht es der Lebenserfahrung, das CCC auch steuerrechtlich in der Weise zu verselbstständigen, dass die GA für die sei-

tens des CCC erbrachten Dienste Mehrwertsteuer zu zahlen hätte, die das CCC dann an die Finanzverwaltung abführen müsste. Auf diese Weise 16 % Kostensteigerung zu schaffen, wäre mit der Gesamtkonzeption der geplanten Maßnahmen schwerlich zu vereinbaren. Wie das Organschaftsverhältnis im Einzelnen ausgestaltet sein wird, lässt sich nicht beurteilen. In Betracht kommt, dass die Finanzholding sowohl mit der GA als auch mit dem CCC ein Organschaftsverhältnis begründet. Möglich ist daneben aber auch, dass dieses im Verhältnis GA - CCC geschaffen wird. Im einen wie im anderen Fall würden die Arbeitsvorgänge von einer Stelle aus gesteuert; eine formal geschaffene Autonomie der Unternehmensleitung des CCC wäre ebenso irrelevant wie die in der BAG-Entscheidung wiedergegebene Stellung des Prokuristen der Tochtergesellschaft, der für alle personellen und sozialen Angelegenheiten der Mitarbeiter zuständig war.

Auch dann, wenn entgegen allen Erwartungen auf eine Organschaft verzichtet würde, läge die Entscheidungsmacht über die Zuordnung von Aufgaben allein beim Vorstand der GA. Dieser kann im Einzelnen bestimmen, wie die künftige Funktionserfüllung aufgeteilt ist, welche Aufgaben in das CCC verlagert und welche im eigenen Hause erledigt werden. Insofern kann in gleicher Weise wie in der vom BAG entschiedenen Konstellation die Grenze zwischen „freien Arbeitsplätzen“, die neu besetzt werden, und dem verbliebenen Beschäftigungsvolumen, dessen Schrumpfung betriebsbedingte Kündigungen rechtfertigt, frei gezogen werden. In diesem „Herausschneiden“ eines Teils der Aufgaben liegt der maßgebende Akt für die Ausschaltung des Kündigungsschutzes. Eine derartige unternehmerische Maßnahme ist deshalb auch dann nicht zur Begründung dringender betrieblicher Erfordernisse geeignet, wenn die neu geschaffene Tochtergesellschaft nicht in einem Organschaftsverhältnis zum



bisherigen Arbeitgeberunternehmen (oder der Finanzholding) steht.

### **3. Ergebnis**

Die Grundsätze, die das BAG am Beispiel der Rheumaklinik entwickelt hat, sind auch im vorliegenden Fall anwendbar. Dies bedeutet, dass die Aufgabenverlagerung auf das CCC keine betriebsbedingten Kündigungen rechtfertigen kann. Da es schwerlich im Interesse des Unternehmens liegt, die fraglichen Beschäftigten bei voller Entgeltzahlung nach § 615 BGB ohne Tätigkeit zu lassen, kommt den Umständen nach lediglich eine Übernahme durch das CCC in Betracht. Sobald diese erfolgt, würde dann das Vorliegen eines Betriebsübergangs auch damit zu rechtfertigen sein, dass praktisch die gesamte bisherige Belegschaft aus den betroffenen Betriebsteilen übernommen würde.

### **C. Zusammenfassung**

Werden die bisher vorliegenden Planungen im Wesentlichen unverändert umgesetzt, sind Betriebsteilübergänge von den 8 Niederlassungen der GA hin zum CCC anzunehmen. Dies gilt auch dann, wenn man eine „reine Dienstleistung“ unterstellt und den übernommenen Betriebsmitteln nur ganz untergeordnete Bedeutung zumisst.

Nach der neuesten Rechtsprechung des BAG berechtigt die konzerninterne Ausgliederung bei Vorliegen eines Organschaftsverhältnisses nicht zu betriebsbedingten Kündigungen. Dies ist nach hier vertretener Auffassung auch auf den (wenig wahrscheinlichen) Fall zu erstrecken, dass kein Organschaftsverhältnis im Sinne des Umsatzsteuerrechts begründet wird.

Das BAG hat in seiner Rheumaklinik-Entscheidung (NZA 2003, 549, 551 rechte Spalte) eine Reihe von Wegen aufgezeigt, wie das unternehmerische Ziel, die Arbeit in den betroffenen Bereichen kostengünstiger zu gestalten, unter Wahrung arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen verfolgt werden kann. Dies im Einzelnen zu untersuchen, geht allerdings über den Gegenstand der vorliegenden gutachterlichen Stellungnahme hinaus.