
Betriebsübergang im öffentlichen Dienst

– Zur Anwendbarkeit der (Betriebsübergangs-) Richtlinie 2001/23/EG auf Privatisierungen –

Michael Friedrich*

Inhalt

- A. Einleitung
- B. Regelungszweck und Entwicklung der Betriebsübergangsrichtlinie
- C. Begriffsbestimmungen
 - I. Der Betriebsteilbegriff der Betriebsübergangsrichtlinie
 - 1. Öffentliche Verwaltung und öffentliche Unternehmen als wirtschaftliche Einheit?
 - 2. Funktions- bzw. Auftragsnachfolge als Betriebsübergang
 - II. Die von der Richtlinie erfassten Übertragungsvorgänge
 - III. Der persönliche Anwendungsbereich der Betriebsübergangsrichtlinie
 - 1. Die EuGH-Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie 77/187/EWG
 - 2. Kritik an der EuGH-Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff der Betriebsübergangsrichtlinie
 - 3. Eigener Lösungsvorschlag

A. Einleitung

Mit kaum einer Richtlinie auf dem Gebiet des europäischen Arbeitsrechts haben sich die Literatur sowie der EuGH und der EFTA-Gerichtshof häufiger befasst als mit der Betriebsübergangsrichtlinie. Gegenstand dieser vielfältigen Literatur und Entscheidungen waren zumeist nicht Fragen, die die von der Richtlinie vorge-

* Dr. Michael Friedrich, Vertragsassistent am Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht der Karl-Franzens-Universität Graz.

sehenen Rechtsfolgen betrafen. Vielmehr ging es um grundlegende Definitionen jener Begriffe, die für die generelle Anwendbarkeit der Richtlinie maßgeblich sind. Dabei stellten sich in der Rechtsprechung zur generellen Anwendbarkeit der Richtlinie im Wesentlichen drei Probleme, die auch für ihre Anwendbarkeit im öffentlichen Dienst von besonderer Bedeutung sind: das Hauptproblem der Rechtsprechung lag darin, welche Voraussetzungen die auf einen neuen Arbeitgeber übertragene betriebliche Einheit erfüllen muss, um als Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil i.S.d. Art. 1 Abs. 1 lit. a der Richtlinie zu gelten, um somit den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie zu eröffnen; zudem stellte sich die Frage, welche Personen unter den Begriff des Arbeitnehmers und dadurch in den persönlichen Schutzbereich dieser Richtlinie fallen; des Weiteren war zu klären, welche rechtlichen Formen des Übergangs eines Unternehmens, Betriebs oder Betriebsteils vom Begriff „durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung“ i.S.d. Art. 1 Abs. 1 lit. a der Betriebsübergangsrichtlinie erfasst werden.

Übertragen auf die Thematik, ob und inwieweit die Betriebsübergangsrichtlinie auf Privatisierungen anzuwenden ist, stellten sich folgende Probleme: werden auch öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen, Betriebe oder Betriebsteile bzw. Einheiten innerhalb der öffentlichen Verwaltung vom sachlichen Anwendungsbereich der Betriebsübergangsrichtlinie erfasst? Findet die Betriebsübergangsrichtlinie auch auf Beamte oder sonstige im öffentlichen Dienst Beschäftigte Anwendung, wenn sie nicht unter den Arbeitnehmerbegriff der nationalen Rechtsordnungen fallen? Ist unter der Voraussetzung, dass Privatisierungen generell in den Anwendungsbereich der Betriebsübergangsrichtlinie fallen, ihr Schutzbereich auch eröffnet, wenn die Privatisierung nicht auf Grund vertraglicher Beziehungen zwischen dem vormals staatlichen Arbeitgeber und dem jetzigen Inhaber des privatisierten Unternehmens, sondern allein auf Grund gesetzlicher Anordnung vollzogen wurde?

B. Regelungszweck und Entwicklung der Betriebsübergangsrichtlinie

Die Betriebsübergangsrichtlinie in ihrer ursprünglichen Fassung – der Richtlinie 77/187/EWG¹ – war auf Art. 100 EGV in dessen damaliger Fassung (jetzt Art. 94 EG) gestützt. Der Richtliniengeber² sah ein Schutzbedürfnis für diejenigen Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse von dem Übergang eines Unternehmens, Betriebs oder Betriebsteils auf einen anderen Inhaber betroffen sind. Insbesondere sah er eine Notwendigkeit für Regelungen, die die Arbeitnehmeransprüche beim Be-

¹ ABl. Nr. L 61 v. 5.3.1977, S. 26.

² Vgl. die Begründungserwägungen der Richtlinie 77/187/EWG.

etriebsübergang schützen. Da der Arbeitnehmerschutz für diese Fälle innerhalb der Mitgliedstaaten jedoch unterschiedlich ausgestaltet ist, war Regelungsbedarf gegeben, diese Unterschiede zu verringern, da ein unterschiedliches Arbeitnehmerschutzniveau bei Betriebsübergängen zu Wettbewerbsverzerrungen führen und sich somit auf das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes unmittelbar auswirken könnte.

Nicht zuletzt auf Grund ihrer in vielen Punkten unklaren bzw. auslegungsbedürftigen Vorgaben erfuhren die wesentlichen Begriffe der Richtlinie 77/187/EWG durch die Rechtsprechung des EuGH weitreichende Konkretisierungen. Mit der Betriebsübergangsänderungsrichtlinie 98/50/EG³ wurden diese Konkretisierungen der grundlegenden Begriffe, die insbesondere der Betriebs- und der Arbeitnehmerbegriff durch die Rechtsprechung des EuGH erfahren hatten, in die Richtlinie mit aufgenommen⁴, wodurch die Richtlinie zwar eine starke inhaltliche Umarbeitung erfuhr, in der Grundkonzeption jedoch unverändert blieb.⁵ Hingegen wurde mit der Richtlinie 23/2001/EG⁶ die Betriebsübergangsrichtlinie, die sie durch die Fassung der Richtlinie 98/50/EG erhalten hatte, lediglich neu kodifiziert, ohne dass es dadurch inhaltlich zu irgendwelchen Änderungen gekommen wäre.

C. Begriffsbestimmungen

I. Der Betriebsteilbegriff der Betriebsübergangsrichtlinie

Gemäß Art. 1 Abs. 1 findet die Betriebsübergangsrichtlinie Anwendung auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen. In ihrer ursprünglichen Fassung – der Richtlinie 77/187/EWG – enthielt sie keine näheren Definitionen dieser Begriffe. Eine nähere Definition erfuhren die Begriffe Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil durch die Rechtsprechung des EuGH, deren wesentliche Kernaussagen mit der Richtlinie 98/50/EG in Art. 1 Abs. 1 lit. b und c in die Betriebsübergangsrichtlinie eingefügt wurden. Bei der Auslegung dieser Vorschriften wird man daher jedenfalls auf die Rechtsprechung zum Unternehmens-, Betriebs- oder Betriebsteilbegriff der Richtlinie 77/187/EWG zurückgreifen müssen.

Der EuGH hat in seiner bisherigen Rechtsprechung nie zwischen den Begriffen Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil differenziert. Vielmehr verfolgte er eine einheitliche Betrachtungsweise, die sich daran orientierte, die Voraussetzungen festzulegen, die eine übertragene Einheit erfüllen muss, damit die Rechtsfolgen der

³ ABl. Nr. L 225 v. 20.7.1998, S. 16.

⁴ Vgl. Nr. 3 ff. der Begründungserwägungen der Richtlinie 98/50/EWG.

⁵ *Birk*, in: MünchArbR, § 19, Rdnr. 214.

⁶ ABl. Nr. L 82 v. 22.3.2001, S. 16.

Art. 3 ff. der Betriebsübergangsrichtlinie eintreten können. Der Sache nach ging es somit lediglich um die Begriffsbestimmung des Betriebsteils, da bei der Übertragung eines Unternehmens oder Betriebs jedenfalls auch Betriebsteile mit übertragen werden. Eine sachliche Notwendigkeit zur Differenzierung zwischen diesen Begriffen besteht daher nicht. Insofern sind aus der Sicht der Betriebsübergangsrichtlinie auch § 613a BGB als nationaler Umsetzungsvorschrift keine Bedenken entgegenzubringen, wenn letzterer auf die Erwähnung des Übergangs eines Unternehmens gänzlich verzichtet.⁷

Als grundlegende Entscheidung zur Bestimmung des Betriebsteilbegriffs ist das EuGH-Urteil in der Rechtssache *Spijkers*⁸ anzusehen. Hier prägte der EuGH erstmalig das Erfordernis, dass eine „wirtschaftlichen Einheit“ übertragen werden müsse. Diese wirtschaftliche Einheit müsse trotz des Übergangs ihre Identität bewahren,⁹ was sich zumeist darin zeige, dass dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit durch den Erwerber fortgesetzt werde. Ziel der Richtlinie sei es nämlich, „die Kontinuität der im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden Einheit unabhängig von einem Inhaberwechsel zu gewährleisten“. Genaue Vorgaben, wann die übertragene Einheit eine „wirtschaftliche Einheit“ im Sinne dieser Rechtsprechung darstellt, machte der EuGH jedoch nicht. Vielmehr sei das Vorliegen des Übergangs einer wirtschaftlichen Einheit an Hand einer Gesamtbeurteilung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu bestimmen, wobei der EuGH eine Vielzahl von zu berücksichtigenden Kriterien vorgibt. Ohne dass einem dieser Kriterien vorrangige Bedeutung zukäme, seien insbesondere zu berücksichtigen:

- „die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebs,
- der Übergang oder Nichtübergang der materiellen Aktiva wie Gebäude und bewegliche Güter,
- der Wert der immateriellen Aktiva zum Zeitpunkt des Übergangs,
- die Übernahme oder Nichtübernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber,
- der Übergang oder Nichtübergang der Kundschaft sowie
- der Grad der Ähnlichkeit zwischen der vor und der nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung der Tätigkeit“.

⁷ Löw, Die Betriebsveräußerung im europäischen Arbeitsrecht, 1992, S. 26 f.; von Alvensleben, Die Rechte der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1992, S. 171 ff.

⁸ EuGH, Rs. 24/85, Slg. 1986, 1119 (*Jozef Maria Antonius Spijkers/Gebroeders Benedik Abattoir CV und Alfred Benedik en Zonen BV*).

⁹ Vgl. jetzt auch Art. 1 Abs. 1 lit. b der Betriebsübergangsrichtlinie in der Fassung der RL 98/50/EG.

1. Öffentliche Verwaltung und öffentliche Unternehmen als wirtschaftliche Einheit?

Wenn sich der EuGH der Definition des Unternehmens-, Betriebs- oder Betriebs- teilbegriffs als „wirtschaftliche Einheit“ bedient, so stellt sich in Bezug auf Privatisierungen die Frage, inwieweit ein Unternehmen oder eine Verwaltungseinheit, die bisher in einer öffentlich-rechtlichen Rechtsform existiert und in eine privatrechtliche Organisationsform übergeleitet werden soll, tatsächlich als eine solche wirtschaftliche Einheit im Sinne der EuGH-Rechtsprechung angesehen werden kann. Dabei ist auf der einen Seite zu berücksichtigen, dass die Betriebsübergangsrichtlinie bereits in ihrer Stammfassung nicht danach differenziert, ob das Unternehmen, der Betrieb oder der Betriebsteil privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich organisiert ist. Daher sollte die Richtlinie gemäß Art. 2 sowohl auf Erwerber- als auch auf Veräußererseite jede natürliche oder juristische Person erfassen. Insbesondere enthält die Betriebsübergangsrichtlinie im Gegensatz zur Richtlinie 98/59/EG (Massenentlassungsrichtlinie) auch keine ausdrückliche Bereichsausnahme zugunsten der öffentlichen Verwaltung. Jedoch fällt auf der anderen Seite die Organisation der öffentlichen Verwaltung grundsätzlich allein in die Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten. Insofern kann eine Abgrenzung, inwieweit innerhalb öffentlich-rechtlicher Organisationsformen die Anwendbarkeit der Betriebsübergangsrichtlinie möglich ist, allein über den Unternehmens-, Betriebs- oder Betriebsteilbegriff vorgenommen werden, wobei insbesondere der Frage Bedeutung zukommt, wann eine öffentlich-rechtlich organisierte Einheit zugleich auch eine wirtschaftliche Einheit ist.

Obwohl sich der EuGH bereits mehrfach mit Fällen auseinanderzusetzen hatte, in denen der Betriebsübergang einen Bezug zu einem öffentlich-rechtlich organisierten Dienstherren aufwies,¹⁰ hat er sich erstmalig in der Entscheidung *Henke*¹¹ mit der Anwendbarkeit der Betriebsübergangsrichtlinie im öffentlichen Dienst auseinandergesetzt. Die Rechtssache *Henke* betraf die Rechtsfrage, ob und inwieweit der Zusammenschluss von Gemeinden zu Verwaltungsgemeinschaften in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie falle. In seiner Begründung stützte

¹⁰ Insbesondere in der Rs. C-29/91, Slg. 1992, I-3189 (*Dr. Sophie Redmond Stichting/Hendrikus Batol u.a.*) hätte sich der EuGH mit der Frage der Anwendbarkeit der Betriebsübergangsrichtlinie innerhalb öffentlich-rechtlicher Strukturen befassen müssen. Gegenstand dieses Verfahrens war die Frage, inwieweit der Entzug öffentlich-rechtlicher Subventionen, die eine karitative Stiftung zur Betreuung Drogenabhängiger bisher durch eine Gemeinde erhalten hatte, und die Neuvergabe dieser Subventionen an eine andere Stiftung mit gleicher Zielsetzung als Betriebsübergang gewertet werden können. Der Generalanwalt *van Gerven* hatte sich ausführlich in seinen Schlussanträgen mit der Anwendbarkeit der Betriebsübergangsrichtlinie im öffentlich-rechtlichen Bereich auseinandergesetzt und für einen an der Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften der Art. 81 und 82 EGV orientierten Betriebs(teil)begriff plädiert, nach dem „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art der Finanzierung“ erfasst ist. Der EuGH ging hierauf jedoch nicht ein.

¹¹ EuGH, Rs. C-298/94, Slg. 1996, I-4989 (*Anette Henke/Gemeinde Schierke und Verwaltungsgemeinschaft „Brocken“*).

sich der EuGH vorrangig auf die Begründungserwägungen der Betriebsübergangsrichtlinie, wonach die Arbeitnehmer vor Nachteilen geschützt werden sollen, „die sich für sie aus Änderungen in den Unternehmensstrukturen ergeben können, welche, durch die wirtschaftliche Entwicklung auf einzelstaatlicher und gemeinschaftlicher Ebene bedingt, u.a. Folge des Übergangs von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder Verschmelzung sind“. Allein auf dieser Begründung aufbauend kam der EuGH zu dem – in dieser Deutlichkeit kaum nachzuvollziehenden – Schluss, dass „die strukturelle Neuordnung der Verwaltung oder die Übertragung von Verwaltungsaufgaben von einer öffentlichen Verwaltung auf eine andere“ nicht als Betriebsübergang anzusehen seien, eine Formulierung, die der Richtlinienggeber nahezu wortgleich mit der Richtlinie 98/50/EG in Art. 1 Abs. 1 lit. c der Betriebsübergangsrichtlinie eingefügt hat.

Dass diese Begriffsbestimmung durch den EuGH keinesfalls geeignet ist, die Frage, ob und in welchen Bereichen öffentlich-rechtlich organisierter Strukturen die Betriebsübergangsrichtlinie zur Anwendung kommen kann, abschließend zu lösen, liegt auf der Hand. Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass der EuGH sich auf der einen Seite zwar des Begriffs der „öffentlichen Verwaltung“ bedient, auf der anderen Seite jedoch keine Vorgaben macht, wie die öffentliche Verwaltung von öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen oder Betrieben abzugrenzen ist. Vor allem betraf die Entscheidung *Henke* jedoch einen Sachverhalt, bei dem keine Privatisierung vorlag, sondern in dem der neue Arbeitgeber ebenfalls in einer öffentlich-rechtlichen Rechtsform organisiert war.

Will man die Frage beantworten, ob und inwieweit die Betriebsübergangsrichtlinie zur Anwendung kommen kann, wenn die Sachverhalte öffentlich-rechtlich organisierte Einheiten betreffen, wird es im Endeffekt darauf ankommen, ob durch die Einheit wirtschaftliche oder hoheitliche Aufgaben¹² wahrgenommen werden. Werden wirtschaftliche Tätigkeiten ausgeübt, so findet die Betriebsübergangsrichtlinie unabhängig von der Rechtsform jedenfalls Anwendung.¹³ Dabei darf es – im Gegensatz zur Rechtsprechung zur Bereichsausnahme des Art. 39 Abs. 4 EGV – nicht darauf ankommen, ob der Einzelne konkret eine hoheitliche Tätigkeit ausübt. Die einzige Möglichkeit, eine Abgrenzung zu finden, wann die Betriebsübergangsrichtlinie im Bereich des öffentlichen Dienstes zur Anwendung kommen kann, liegt in der Bestimmung des Unternehmens-, Betriebs- oder Betriebsteilbegriffs. Schon diese Begriffe als solche bringen aber eindeutig zum Ausdruck, dass nicht die Tätigkeit des Einzelnen innerhalb dieser Einheiten maßgeblich für die Anwendbarkeit der Betriebsübergangsrichtlinie sind. Vielmehr muss der Tätigkeits-

¹² Der EuGH hat in der Entscheidung *Oy Liikenne Ab/Pekka Liskojärvi, Pentti Juntunen*, Rs. C-172/99, Slg. 2001, I-745, Rdnr. 19 auch von der „Ausübung hoheitlicher Gewalt“ gesprochen.

¹³ EuGH, Rs. C343/98, Slg. 2000, I-6659, Rdnr. 32 (*Renato Collino und Luisella Chiappero/Telecom Italia SpA*); EuGH, Rs C-173/96 und 247/96, (*Hidalgo u.a./Asociación de Servicios*).

bereich der Einheit selbst als hoheitlich angesehen werden können, will man die Unanwendbarkeit der Richtlinie auf die mit diesen Einheiten bestehenden Arbeitsverhältnisse begründen.¹⁴

Wann aber eine organisatorische Einheit tatsächlich wirtschaftliche oder hoheitliche Aufgaben wahrnimmt, lässt sich auf der einen Seite abschließend kaum bestimmen, hat aber auf der anderen Seite die Frage betreffend, ob die Betriebsübergangsrichtlinie auf Privatisierungen zur Anwendung kommt, kaum Bedeutung. Unabhängig davon, ob man den Unternehmensbegriff der Betriebsübergangsrichtlinie unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht bestimmen¹⁵ und somit „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art der Finanzierung“ von ihm erfasst wissen will, oder ob man den Unternehmensbegriff allein anhand des Schutzzwecks und der Systematik der Richtlinie ermittelt, mit der Folge, dass die Betriebsübergangsrichtlinie „auf alle öffentlich-rechtlich organisierten Einheiten anzuwenden ist, die keine hoheitlichen Tätigkeiten ausüben, sondern deren Tätigkeiten sich allein auf die Teilnahme am Wirtschaftsleben und somit am Markt beschränken“¹⁶, wird im Ergebnis die Betriebsübergangsrichtlinie bei Privatisierungen stets sachlich anwendbar sein.¹⁷ Bei einer privatisierten Einheit ist nämlich in den meisten Fällen davon auszugehen, dass sie keine hoheitlichen Tätigkeiten ausübt, sondern rein wirtschaftlich ausgerichtet ist. Hinter der Entscheidung, eine bisher öffentlich-rechtlich organisierte Einheit in eine private Rechtsform überzuleiten, steht ja gerade der Gedanke, sich der Zwänge ebenso wie der Privilegien hoheitlicher Strukturen zu entledigen und der Mittel der Privatwirtschaft zu bedienen. Behält eine Einheit trotz dieses Wechsels der Rechtsform ihre Identität, was wieder anhand der „Spijkers“-Kriterien zu bestimmen ist, so ist stets der Schutzbereich der Richtlinie eröffnet.

2. Funktions- bzw. Auftragsnachfolge als Betriebsübergang

Zu besonderen Problemen führte diese Rechtsprechung bei der Frage, inwieweit die Neuvergabe von Aufträgen an einen neuen Auftragnehmer beziehungsweise die bloße Funktionsnachfolge als Folge des Wechsels von Vertragspartnern als ein

¹⁴ Ausführlich dazu *Friedrich*, Europäisches Arbeitsrecht und Privatisierungen, 2002, S. 90 ff.

¹⁵ In diesem Sinne die Schlussanträge des GA *van Gerven* in EuGH, Rs. C-29/91, Slg. 1992, I-3189, Rdnr. 9 ff. (*Redmond Stichting*).

¹⁶ *Friedrich*, (Fn. 14), 2002, S. 89 ff.

¹⁷ So im Ergebnis auch EuGH, Rs. C-343/98, Slg. 2000, I-6659, Rdnr. 30 ff. (*Collino und Chiappero*); EFTA-Gerichtshof, Rs. E-3/01, Rdnr. 24 (*Alda Viggósdóttir/Íslandspóstur hf. (Iceland Post Ltd)*), bisher nur veröffentlicht unter <http://www.efta.int/Structure/court/efta-crt.asp> (Zugriffsdatum: 4.9.2002); *Friedrich*, EuGH entscheidet erstmals über die Anwendbarkeit der Richtlinie 77/187/EWG auf Privatisierungen - Privatisierung als Betriebsübergang, ASoK 2000, S. 373 (375); *ders.*, (Fn. 14), S. 92 mit zahlreichen Nachw. aus der Literatur.

Betriebsübergang im Sinne der Richtlinie gewertet werden kann. Von diesen Problemen waren auch Bereiche des öffentlichen Dienstes betroffen, betraf bspw. die Rechtssache *Liikenne*¹⁸ die Neuvergabe von Buslinien durch die öffentliche Hand.

Ausgangsfall für die Rechtsprechung zur Funktionsnachfolge als Unterfall des Betriebsübergangs war das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Christel Schmidt*¹⁹. Frau Schmidt war als einzige Reinigungskraft bei einer Sparkassenfiliale beschäftigt. Die Reinigung der Filiale wurde an eine Fremdfirma übergeben. Obwohl die Fremdfirma Frau Schmidt die Weiterbeschäftigung anbot, lehnte sie dieses ab, da sie sich als Folge einer auf Grund von Umbauarbeiten zu reinigenden größeren Fläche einen schlechteren Stundenlohn errechnete. Als Frau Schmidt daraufhin von der Sparkasse gekündigt wurde, erhob sie dagegen gemäß § 1 KSchG Kündigungsschutzklage. Das mit diesem Sachverhalt befasste Berufungsgericht legte daraufhin dem EuGH die Fragen zur Vorabentscheidung vor, ob die Übertragung von Reinigungsarbeiten eines Betriebes auf eine Fremdfirma als Betriebsteilübergang angesehen werden kann, und ob gegebenenfalls es der Annahme eines Betriebsteilübergangs entgegen stünde, wenn die Reinigungsarbeiten nur durch einen Arbeitnehmer ausgeführt würden.

Der EuGH sah weder in der Tatsache, dass bei der Übertragung der Reinigungsaufgaben keine materiellen Betriebsmittel mit übertragen wurden, noch in dem Umstand, dass die Reinigungsarbeiten „nur durch einen“ Arbeitnehmer ausgeführt wurden, Gründe, die die Anwendbarkeit der Betriebsübergangsrichtlinie zwingend ausschließen, da innerhalb der „Spijkers“-Kriterien keinem dieser Punkte allein Ausschlag gebende Bedeutung zukäme. Vielmehr argumentierte der EuGH allein mit dem Zweck der Richtlinie, der darauf abziele, die Arbeitnehmer in der Situation zu schützen, dass „im Rahmen vertraglicher Beziehungen die natürliche oder juristische Person wechselt, die für den Betrieb des Unternehmens verantwortlich ist und insoweit gegenüber den in dem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern Arbeitgeberpflichtungen einget“²⁰. Überträgt jetzt ein Unternehmer die Verantwortung für den Betrieb einer Dienstleistung auf einen anderen Unternehmer und übernimmt letzterer für die in diesem Bereich beschäftigten Arbeitnehmer die Arbeitgeberpflichten, so könne unabhängig davon, wie viele Arbeitnehmer im übertragenen Unternehmensbereich beschäftigt werden und welche Bedeutung der übertragenen Einheit innerhalb des Gesamtunternehmenszweck zukommt, die Betriebsübergangsrichtlinie zur Anwendung kommen, sofern das Arbeitsverhältnis nur durch eine Verbindung zum übertragenen Unternehmensteil gekennzeichnet ist. Vor allem wohl auf Grund der Tatsache, dass die Fremdfirma Frau Schmidt ein Angebot auf Weiterbeschäftigung gemacht hat, um die gleichen

¹⁸ EuGH, Rs. C-172/99, Slg. 2001, I-745 (*Liikenne*).

¹⁹ EuGH, Rs. C-392/92, Slg. 1994, I-1311 (*Christel Schmidt/Spar- und Leibkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*).

Reinigungsarbeiten fortzusetzen, sah der EuGH die typischen Merkmale eines Betriebsteilübergangs für gegeben an.²⁰

Diese Rechtsprechung hat in der Literatur²¹ zu teilweise heftigster Kritik geführt. Wesentliche Kritikpunkte waren zum Einen, dass die Gefahr gesehen wurde, dass auf Grund dieser Rechtsprechung sämtliche Fälle der bloßen Funktions- oder Auftragsnachfolge, unabhängig davon, ob irgendwelche materiellen oder immateriellen Betriebsmittel übertragen wurden, in den Anwendungsbereich der Betriebsübergangsrichtlinie fallen würden.²² Zum Anderen sei der Umstand, dass Arbeitsverhältnisse übertragen wurden, nicht Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Richtlinie, sondern gemäß Art. 3 der Richtlinie zwingende Rechtsfolge des Betriebs(teil)übergangs.²³ Dadurch würde auch der Schutzzweck der Richtlinie umgangen, da der Erwerber durch die Nichtübernahme der Belegschaft die Anwendbarkeit der Richtlinie ausschließen könnte.²⁴ Zudem sah man in der Entscheidung *Schmidt* auch einen Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung, da die in der Entscheidung *Spijkers* angeführten Kriterien nicht mehr in einer Gesamtbeurteilung Berücksichtigung gefunden haben, sondern dass dem Vorliegen eines einzigen der dortigen Kriterien maßgebliche Bedeutung zugemessen wurde.

Nicht zuletzt als Folge dieser weitreichenden Kritik hat der EuGH seine Ausführungen zur Auftrags- und Funktionsnachfolge in der Entscheidung *Süzen*²⁵ erheblich konkretisiert. Frau *Süzen* war ebenfalls als Reinigungskraft beschäftigt, jedoch nicht bei dem zu reinigenden Unternehmen selbst, sondern bei einer Fremdfirma. Dieser Fremdfirma wurde der Reinigungsauftrag entzogen und einer anderen Fremdfirma übertragen, wobei die neu beauftragte Firma weder materielle oder immaterielle Betriebsmittel noch das Personal der bisher beauftragten Firma übernahm. Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass die bloße Auftragsnachfolge nicht in den Anwendungsbereich der Betriebsübergangsrichtlinie falle,²⁶ „sofern dieser Vorgang weder mit einer Übertragung relevanter materieller oder immaterieller Betriebsmittel von dem einen auf den anderen Unternehmer noch mit der Über-

²⁰ Vgl. *Marbold*, in: Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht (2001), S. 137.

²¹ Vgl. für viele nur *Haag*, Umstrukturierung und Betriebsverfassung (1996), S. 25 ff.; *Blomeyer*, Anmerkung zu EuGH v. 14.4.1994, EzA Nr. 114 zu § 613a BGB; *Franzen*, Anmerkung zu EuGH v. 14.4.1994, EAS RL 77/187/EWG Art. 1 Nr. 9.

²² *Waas*, Betriebsübergang durch „Funktionsnachfolge“?, EuZW 1994, S. 528 (529 ff.).

²³ *Voss*, Funktionsübergang als Betriebsübergang i.S.v. § 613a BGB, NZA 1995, S. 205 (206); *Gaul*, Die Privatisierung von Dienstleistungen als rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang (§ 613a BGB), ZTR 1995, S. 344 (346); *Preis*, Entwicklungslinien in der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitsrecht, ZIP 1995, S. 891 (908).

²⁴ *Hensler*, Aktuelle Rechtsprobleme des Betriebsübergangs NZA 1994, S. 913 (917)

²⁵ EuGH, Rs. C-13/95, Slg. 1997, I-1259 (*Ayse Süzen/Zehnmacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhaus-service*).

²⁶ Vgl. in diesem Sinne auch schon zuvor das Gutachten des EFTA-Gerichtshofes in der Rechtssache *Eidessund*, Rs. E-2/95, EAS RL 77/187/EWG Nr. 11a.

nahme eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des von dem einen Unternehmer zur Durchführung des Vertrages eingesetzten Personals durch den anderen Unternehmer verbunden ist“. Die übertragene Einheit dürfe auch nicht auf die Durchführung eines konkreten Vorhabens beschränkt sein, sondern bestehe aus einer organisierten „Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung“, was wiederum an Hand der „Spijkers“-Kriterien festzustellen sei. Da es jedoch gerade in der Dienstleistungsbranche oftmals im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, könne in diesen Bereichen auch die „Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden sind,“ eine wirtschaftliche Einheit darstellen, ohne dass materielle oder immaterielle Betriebsmittel übertragen werden müssen.

Auf Grundlage der in der Entscheidung *Süzen* getroffenen Feststellungen hat der EuGH in der Rechtssache *Liikenne*²⁷ auch die Neuvergabe öffentlich-rechtlicher Dienstleistungsaufträge – der Fall betraf die Neuvergabe regionaler Buslinien – beurteilt. Dabei sah er für die generelle Anwendbarkeit der Betriebsübergangsrichtlinie den Umstand, dass die Neuvergabe öffentlich-rechtlicher Dienstleistungsaufträge grundsätzlich auch in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge fällt, für nicht erheblich an.²⁸ Für maßgeblich wurde wiederum allein erachtet, dass eine wirtschaftliche Einheit übertragen wurde, die auch nach dem Übergang ihre Identität bewahrt. Auf Grund der Tatsache, dass es im Buslinienverkehr im Wesentlichen nicht allein auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, sondern vielmehr die materiellen Betriebsmittel erhebliche Bedeutung für die Ausübung dieser Tätigkeiten haben, sah der EuGH in dem Umstand, dass wesentliche Teile der Belegschaft vom Erwerber übernommen wurden, kein ausschlaggebendes Kriterium, das für das Vorliegen eines Betriebsübergangs spricht. Allein mit der Übernahme der Belegschaft erwirbt der neue Unternehmensinhaber in diesem Fall nämlich keine „organisierte Gesamtheit von Faktoren, die ihm die Fortsetzung der Tätigkeit oder bestimmter Tätigkeiten des übertragenden Unternehmens auf Dauer erlaubt“.

Zusammenfassend kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass eine öffentlich-rechtliche Organisationsform eines Unternehmens der Anwendbarkeit der Betriebsübergangsrichtlinie grundsätzlich nicht entgegenstehen muss. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Richtlinie ist allein, dass eine wirtschaftliche Einheit übertragen und deren Zielsetzung beim Erwerber fortgeführt wird. Die Richtlinie ist daher nur dann nicht anwendbar, wenn die übertragene Einheit keine wirtschaftlichen, sondern vorrangig hoheitliche Tätigkeiten ausübt. Auf Privatisierungen ist die Betriebsübergangsrichtlinie daher sachlich jedenfalls anwendbar, da mit der

²⁷ EuGH, Rs. C-172/99, Slg. 2001, I-745 (*Liikenne*).

²⁸ Vgl. auch *Friedrich*, (Fn. 14), S. 117 m.w.N.

Überführung der Einheit in eine privatrechtliche Rechtsform eindeutig zum Ausdruck gebracht wird, dass die übertragenen Tätigkeiten keine hoheitlichen Tätigkeiten sind.

II. Die von der Richtlinie erfassten Übertragungsvorgänge

Dem Wortlaut nach findet die Betriebsübergangsrichtlinie gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. a nur auf vertragliche Übertragungen oder Verschmelzungen Anwendung. Gerade Privatisierungen öffentlich-rechtlich organisierter Unternehmen liegen oftmals jedoch keine vertraglichen Beziehungen zwischen der veräußernden öffentlichen Hand und dem neuen privatrechtlichen Unternehmer zugrunde. Sie kommen meist auf Grundlage eines Gesetzes oder sonstigen Hoheitsaktes zu Stande. So erfolgte zum Beispiel die Privatisierung der Deutschen Bundesbahn allein durch das Deutsche-Bahn-Gründungsgesetz²⁹. Es stellt sich nun die Frage, ob auch Unternehmensübertragungen auf Grund solcher einseitigen hoheitlichen Akte in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, mit der Folge, dass diese hoheitlichen Akte selbst am Maßstab der Betriebsübergangsrichtlinie zu messen sind. Innerhalb des nationalen deutschen Rechts wurde die Anwendbarkeit des § 613a BGB auf Übertragungen durch Gesetz oder sonstigen Hoheitsakt auf Grund des eindeutigen Wortlauts dieser Vorschrift („durch Rechtsgeschäft“) überwiegend verneint.³⁰

Der EuGH³¹ vertritt die Auffassung, dass auch bei einer einseitigen Entscheidung einer staatlichen Stelle, eine öffentliche Einrichtung auf eine privatrechtliche Gesellschaft zu übertragen, der Schutzbereich der Betriebsübergangsrichtlinie eröffnet sei. Dabei stützt er sich in seiner Begründung vor allem darauf, dass eine Auslegung streng am Wortlaut der Richtlinie nicht zulässig sei, da die Richtlinie in ihren unterschiedlichen sprachlichen Fassungen nicht immer eine vertragliche Übertragung oder Verschmelzung verlange. So verlangt die Betriebsübergangsrichtlinie in ihrer englischen Fassung lediglich einen „*legal transfer*“. Es sei daher vielmehr eine allein am Schutzzweck der Richtlinie orientierte Auslegung geboten. Bei der Auslegung sei vorrangig zu berücksichtigen, dass zum Schutz der Arbeitnehmer „die Richtlinie in allen Fällen anwendbar ist, in denen die für den Betrieb des Unternehmens verantwortliche natürliche oder juristische Person, die die Arbeitgeberpflichtungen gegenüber den Beschäftigten des Unternehmens eingeht, im Rahmen vertraglicher Beziehungen wechselt.“ Dabei versteht der EuGH den Begriff der vertraglichen Beziehungen sehr weit und sieht sogar den ein-

²⁹ Gesetz über die Gründung einer Deutsche Bahn Aktiengesellschaft, verkündet als Art. 2 des Gesetzes zur Neuordnung des Eisenbahnwesens (ENeuOG) v. 21.12.1993, BGBl. 1993 I, 2386.

³⁰ Vgl. nur BAG NZA 1996, 424 (426); *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, § 118 Rdnr. 34.

³¹ EuGH, Rs. C-343/98, Slg. 2000, I-6659, Rdnr. 26 ff. (*Collino und Chiappero*); EuGH, Rs. C-29/91, Slg. 1992, I-3189 (*Redmond Stichting*).

seitigen Entzug von Subventionen von einer gemeinnützigen Stiftung durch eine Behörde und die Übertragung dieser Subventionen an eine andere juristische Person, die die gleiche Zielsetzung verfolgte, als von ihm erfasst an.³² Auch der Umstand, dass eine in eine staatliche Verwaltung eingegliederte Einrichtung, die öffentliche Telekommunikationsdienste betreibt, auf Grund einer staatlichen Entscheidung entgeltlich in Form einer Verwaltungskonzession auf eine privatrechtliche Gesellschaft übergeht, steht nach der Rechtsprechung des EuGH der Anwendbarkeit der Betriebsübergangsrichtlinie nicht entgegen.

Dem EuGH ist im Ergebnis vollumfänglich zuzustimmen,³³ wenn er auch Unternehmensübergänge, die allein auf der Grundlage eines Gesetzes oder einer einseitigen hoheitlichen Entscheidung zu Stande gekommen sind, in den Anwendungsbereich der Betriebsübergangsrichtlinie mit einbezieht. Aus der Sicht des Arbeitnehmerschutzes, den die Richtlinie bezweckt, macht es nämlich keinen Unterschied, ob der Betriebsübergang auf vertraglichen Beziehungen zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber beruht, oder ob ein Gesetz oder eine sonstige einseitige hoheitliche Entscheidung der Grund ist. Allein dadurch, dass eine wirtschaftliche Einheit auf einen anderen übertragen wird und diese Einheit beim Erwerber fortbesteht, ist nämlich die Situation gegeben, die das Schutzbedürfnis der vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer auslöst. Gerade bei Privatisierungen, die, wie oben erwähnt, einen Fall des Betriebsübergangs darstellen, ist dieses Schutzbedürfnis besonders groß, verliert doch der Arbeitnehmer durch die Überleitung des Unternehmens, Betriebs- oder Betriebsteils in eine private Rechtsform mit dem Staat einen „wirtschaftlich ewig potenten Arbeitgeber“. Mit Generalanwalt *Mancini*³⁴ wird man daher sogar davon ausgehen können, dass die Art des Rechtsgrundes für den Betriebsübergang generell unberücksichtigt bleiben kann.³⁵

Findet die Betriebsübergangsrichtlinie auch auf Privatisierungen Anwendung, die ihre Grundlage in einem Privatisierungsgesetz oder einem sonstigen staatlichen Hoheitsakt haben, so müssen die Privatisierungsgesetze bzw. die Gesetze, die zum Erlass dieser Hoheitsakte ermächtigen, sowie die Hoheitsakte selbst den Vorgaben der Richtlinie entsprechen. Dabei ist bei einer fehlenden oder unvollständigen Umsetzung der Richtlinie jedoch zu berücksichtigen, dass bei Privatisierungen zumindest auf Seite des Veräußerers der Staat steht. Hier kann die sogenannte „unmittelbare vertikale Wirkung“ von Richtlinien greifen. Sofern eine Richtlinie nach Ablauf der Umsetzungsfrist nicht oder nicht vollständig umgesetzt wurde,

³² EuGH, Rs. C-29/91, Slg. 1992, I-3189 (*Redmond Stichting*).

³³ Vgl. auch *Marhold*, in: Fuchs/Marhold (Hrsg.), *Europäisches Arbeitsrecht* (2001), S. 140 f.; *Friedrich*, (Fn. 14), S. 99 ff.; *von Roetteken*, *Anforderungen des Gemeinschaftsrechts an Gesetzgebung und Rechtsprechung*, NZA 2001, S. 414 (420).

³⁴ Schlussanträge zu EuGH, Rs. 287/86, Slg. 1987, 5465 (*Landesorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark/Ny Mfllø Kro*).

³⁵ Vgl. dazu ausführlich *Friedrich*, (Fn. 14), S. 99 ff. (117).

kann sie nach ständiger Rechtsprechung des EuGH auch ohne einen Umsetzungsakt unmittelbar angewendet werden, wenn die in ihr enthaltenen Verpflichtungen oder Rechte hinreichend bestimmt und von keinen Bedingungen abhängig sind und den Einzelnen begünstigen. Jedoch kann sich unter diesen Voraussetzungen der Einzelne nur gegenüber dem Staat, nicht aber gegenüber Privaten unmittelbar auf eine Richtlinie berufen. Dabei ist der Begriff „Staat“ jedoch weit zu verstehen. Auch wenn staatliches Handeln in privatrechtlichen Formen geschieht – bspw. wenn der Staat als Arbeitgeber in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis auftritt –, wird dies als staatliches Handeln verstanden, wodurch eine unmittelbare Anwendung von Richtlinien möglich wird. Es wird also nicht verlangt, dass der Staat als Hoheitsträger auftritt.³⁶ Dies bedeutet für Privatisierungen, dass die Betriebsübergangsrichtlinie jedenfalls dann unmittelbar zur Anwendung kommen kann, wenn sie Rechte gegenüber bzw. Verpflichtungen des Veräußerers – wie beispielsweise das Kündigungsverbot nach Art. 4 oder die Informations- und Konsultationsverpflichtungen nach Art. 7 – begründet.³⁷ Hingegen wird man bei den Rechten gegen den Erwerber bzw. bei dessen Verpflichtungen differenzieren müssen. Handelt es sich um eine sogenannte „formelle Privatisierung“³⁸, bei der das bisher in öffentlich-rechtlicher Rechtsform geführte Unternehmen zwar in eine privatrechtliche Rechtsform überführt wird, das Unternehmen aber weiterhin im Vermögen der öffentlichen Hand verbleibt, wird man auch auf Erwerberseite die Betriebsübergangsrichtlinie unmittelbar anwenden können, da trotz der privatrechtlichen Rechtsform weiterhin der Staat hinter diesem Unternehmen steht. Anders verhält es sich hingegen bei der „materiellen Privatisierung“, bei der sich der Staat durch die Privatisierung bestimmter Aufgaben zur Gänze entledigt und diese dem privaten Sektor überträgt. Hier fehlt es an einem maßgeblichen Einfluss des Staates auf das privatisierte Unternehmen, so dass eine unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie auf Erwerberseite ausscheidet. Die von der fehlerhaften Umsetzung der Betriebsübergangsrichtlinie betroffenen Arbeitnehmer sind dann allein auf etwaige Schadensersatzansprüche gegenüber dem bei der Umsetzung säumigen Staat nach den erstmalig in der Entscheidung *Francovich I*³⁹ getroffene Kriterien beschränkt.

³⁶ Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Rs. 152/84, Slg. 1986, 723, Rdnr. 49 (*M.H. Marshall/Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*); im Zusammenhang mit der Betriebsübergangsrichtlinie EuGH, Rs. C-343/98, Slg. 2000, I-6659, Rdnr. 19 ff. (*Collino*).

³⁷ Vgl. *Reissner*, DRdA 2000, 332 (334); *Friedrich*, (Fn. 14), S. 118 ff. m.w.N.

³⁸ Zum Begriff der „formellen (bzw. Organisations-) Privatisierung“ vgl. *Blanke/Gebhardt/Heuermann*, Leitfadens Privatisierungsrecht (1998), S. 16 f.; *Blanke/Trümmer*, Handbuch Privatisierung (1998), Rdnr. 163.

³⁹ EuGH, Rs. 6/90 u. 9/90, Slg. 1992, I-5357 (*Andrea Francovich u.a./Italienische Republik*).

III. Der persönliche Anwendungsbereich der Betriebsübergangsrichtlinie

Gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. d der Betriebsübergangsrichtlinie gilt als Arbeitnehmer „jede Person, die in dem betreffenden Mitgliedstaat auf Grund des einzelstaatlichen Arbeitsrechts geschützt ist“. Dies hätte zur Folge, dass bei Privatisierungen, die zweifelsohne innerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs der Betriebsübergangsrichtlinie liegen, in Deutschland wie in Österreich Beamte aber nicht von ihrem persönlichen Anwendungsbereich erfasst werden, da sie auf Grund ihrer Bestellung kraft Hoheitsakt nach allgemeiner Ansicht⁴⁰ nicht unter den nationalen Arbeitnehmerbegriff und somit auch nicht unter das nationale Arbeitsrecht fallen.

Die Betriebsübergangsrichtlinie enthielt in ihrer ursprünglichen Fassung - der Richtlinie 77/187/EWG - noch keine nähere Definition des Arbeitnehmerbegriffs. Erst mit der Richtlinie 98/50/EG wurde bei der Bestimmung des persönlichen Anwendungsbereichs auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff verwiesen. Dadurch wurde der Richtlinientext an die bis dahin bestehende Rechtsprechung angepasst. Betrachtet man diese der Richtlinienänderung vorangegangene Rechtsprechung, so muss man dem pauschalen Verweis auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff erhebliche Bedenken entgegenbringen.

1. Die EuGH-Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie 77/187/EWG

Nachdem der EuGH bereits 1985 in der Rechtssache *Wendelboe*⁴¹ angedeutet hatte, dass er zu einer Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs nach den nationalen Rechtsvorschriften tendiere, hat er noch im selben Jahr in der Entscheidung *Danmols Inventar*⁴² eine ausführliche Begründung für dieses Ergebnis geliefert. Herr Mikkelsen war als Produktionsleiter bei der Firma *Danmols Inventar* beschäftigt. Diese Firma ging auf eine Gründungsgesellschaft über, bei der Herr Mikkelsen die gleiche Tätigkeit zum gleichen Gehalt ausübte. Im Gegensatz zu seiner Stellung in der Veräußererfirma, bei der Herr Mikkelsen zweifelsfrei als Arbeitnehmer beschäftigt war, war er Miteigentümer der Erwerberfirma, hatte einen Aktienanteil von 33 Prozent und einen Stimmrechtsanteil in der Hauptversammlung von 50 Prozent. Zudem war er Aufsichtsratsvorsitzender der Erwerbergesellschaft. Damit Herr Mikkelsen gegen die inzwischen in Konkurs gefallene Veräußererergesellschaft Ansprüche hätte geltend machen können, wäre es erforderlich gewesen, dass er auch in der Erwerbergesellschaft noch eine Arbeitnehmerstellung gehabt hätte.

⁴⁰ Vgl. nur *Preis*, in: ErfK, § 611 BGB, Rdnr. 152; *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, S. 117; BVerfGE 61 (43 (56)); BAG, AiB 1998, S. 464 (465); in Österreich: *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht (2001), S. 150; *Mayer-Maly/Marhold*, Arbeitsrecht I (1987), S. 2.

⁴¹ EuGH, Rs. 19/83, Slg. 1985, 457 (*Knud Wendelboe u.a./Konkursbo L.J. Music ApS*).

⁴² EuGH, Rs. 105/84 (*Foreningen af Arbejdsledere i Danmark/A/S Danmols Inventar i.L.*).

Entgegen der Auffassung der Kommission, die für einen gemeinschaftsweit einheitlichen Arbeitnehmerbegriff innerhalb der Betriebsübergangsrichtlinie plädiert hatte, sprach sich der EuGH mit folgender Begründung dafür aus, den Arbeitnehmerbegriff nach Maßgabe des nationalen Rechts zu bestimmen: Die Betriebsübergangsrichtlinie bezwecke die Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer bei einem Arbeitgeberwechsel. Daher sehe sie unter anderem gemäß Art. 3 vor, dass die Pflichten des Veräußerers aus einem Arbeitsvertrag auf den Erwerber übergehen und lege in Art. 4 fest, dass der Unternehmensübergang allein kein Grund für eine Kündigung sein dürfe. Der EuGH zieht hieraus den Schluss, dass die Betriebsübergangsrichtlinie nur eine Teilharmonisierung erreichen wolle, indem sie den von den jeweiligen Mitgliedstaaten bereits gewährten Schutz auf Fälle des Unternehmensübergangs ausdehnt. Ziel sei es allein, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses in unveränderter Form sicherzustellen, nicht aber innerhalb der Gemeinschaft auf Grund gemeinsamer Kriterien ein einheitliches Schutzniveau zu erreichen. Daher genieße den Schutz der Richtlinie nur, wer nach nationalem Recht als Arbeitnehmer geschützt werde.

Diese Rechtsprechung wurde vom EuGH⁴³ mehrfach bestätigt, ohne dass es jedoch in den jeweiligen Rechtssachen für den Ausgang des Verfahrens erheblich gewesen wäre, da bei einer Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs nach nationalem Recht ebenso wie bei einer gemeinschaftlichen Bestimmung jedenfalls Arbeitnehmer betroffen waren. Erstmals in der Entscheidung *Collino*⁴⁴, die die Privatisierung der italienischen öffentlichen Telekommunikationsdienste betraf, war es entscheidungserheblich, ob die vom Betriebsübergang betroffenen Beschäftigten nach nationalem Recht als Arbeitnehmer oder nicht anzusehen sind. Nach den nationalen italienischen Vorschriften hatten die bei den öffentlichen Telekommunikationsdiensten Beschäftigten jedoch keine Arbeitnehmerstellung, sondern den Status von öffentlich-rechtlichen Bediensteten. Unter Wiedergabe der in der Entscheidung *Danmols Inventar* angeführten Begründung kam der EuGH zu der Auffassung, dass, wenn das nationale Gericht tatsächlich die Feststellung treffen würde, dass die Beschäftigten nicht als Arbeitnehmer durch das nationale Arbeitsrecht geschützt seien, die Betriebsübergangsrichtlinie nicht zur Anwendung kommen würde. Für den vergleichbaren Fall der Privatisierung der isländischen Post wurde diese Rechtsprechung ausdrücklich auch vom EFTA-Gerichtshof⁴⁵ übernommen.

⁴³ Vgl. nur EuGH, Rs. 287/86, Slg. 1987, 5465 (*Ny Mfllé Kro*); EuGH, Rs. 101/87, Slg. 1988, 3057 (*P. Bork International A/S u.a. / Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*).

⁴⁴ EuGH, Rs. C-343/98, Slg. 2000, I-6659, Rdnr. 36 ff. (*Collino*).

⁴⁵ EFTA-Gerichtshof, Rs. E-3/01, Rdnr. 24 (*Iceland Post Ltd*), bisher nur veröffentlicht unter <http://www.efta.int/Structure/court/efta-crt.asp> (Zugriffsdatum: 4.9.2002).

2. Kritik an der EuGH-Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff der Betriebsübergangsrichtlinie

Sofern der EuGH in der Rechtssache *Collino* die Anwendbarkeit der Betriebsübergangsrichtlinie auf abhängig Beschäftigte verneint, nur weil sie nicht als Arbeitnehmer den Schutz des nationalen Arbeitsrechts genießen, sondern einem öffentlich-rechtlichen Sonderrecht unterfallen, ist er in erheblichem Maße zu kritisieren.⁴⁶ Ihm ist – wieder einmal – vorzuwerfen, dass er in der Entscheidung *Danmols Inventar* durch das Abstellen auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff zwar das für den konkreten Fall richtige Ergebnis erzielt hat. In der Begründung wird er sich jedoch einige Ungereimtheiten vorwerfen lassen müssen; insbesondere hätte das von ihm gewollte Ergebnis keiner derart allgemeingültigen Begründung bedurft. Der Hauptvorwurf muss jedoch darin liegen, dass der EuGH in der Rechtssache *Collino* die Begründung der Rechtssache *Danmols Inventar* vorbehaltlos übernommen hat, obwohl sich die Sachverhalte in ganz entscheidenden Punkten unterschieden haben.

In der Rechtssache *Danmols Inventar* stellte sich allein die Frage, ob auf Grund seiner Beteiligungen am und seiner Stellung im Erwerberbetrieb Herr Mikkelsen überhaupt noch weisungsgebunden und abhängig beschäftigt und daher als Arbeitnehmer anzusehen war, oder ob er nicht vielmehr im Erwerberbetrieb wegen seiner Funktionen bereits der Arbeitgeberseite zuzuordnen war. Die Entscheidung *Danmols Inventar* behandelte demnach nur die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Hingegen waren in der Entscheidung *Collino* die vom Betriebsübergang Betroffenen zweifelsohne weisungsgebunden, abhängig beschäftigt. Der einzige Grund, warum die Beschäftigten keine Arbeitnehmerstellung hatten, lag darin, dass das nationale Recht die öffentlich-rechtlich Beschäftigten trotz ihrer Weisungsabhängigkeit sozusagen *per definitionem* nicht als Arbeitnehmer bezeichnete. Auf diesen wesentlichen Sachverhaltsunterschied in der Begründung nicht näher einzugehen und das vorgegebene Ergebnis ohne Vorbehalt zu übernehmen, ist der Bedeutung der Entscheidung angesichts der großen Privatisierungsvorhaben innerhalb der EU kaum angemessen⁴⁷.

Zudem gebietet auch die Begründung, dass die Betriebsübergangsrichtlinie nur eine Teilharmonisierung bezwecke, nicht notwendigerweise, dass der Arbeitnehmerbegriff an Hand der nationalen Rechtsordnungen und nicht gemeinschaftsweit einheitlich zu bestimmen sei.⁴⁸ Ein einheitliches, gemeinschaftsweites Schutz-

⁴⁶ *von Alvensleben*, Die Rechte der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang im Europäischen Gemeinschaftsrecht (1992), S. 164 ff; *Friedrich*, (Fn. 14), S. 53 ff.; *Marbold*, Privatisierungsprobleme im Arbeitsrecht und Sozialrecht, in: Achatz/Isak/Marhold (Hrsg.), Privatisierung im Europarecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht und Sozialrecht (Wien 1999), S. 66 ff.; *ders.* in: Fuchs/Marhold (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, S. 134; *Willemsen/Annufß*, Neue Betriebsübergangsrichtlinie – Anpassungsbedarf im deutschen Recht?, NJW 1999, S. 2073 (2075).

⁴⁷ *Friedrich*, (Fn. 14), S. 60 f.; vgl. auch *Schrammel/Winkler*, Arbeits- und Sozialrecht der Europäischen Gemeinschaft (2002), S. 105 f.

niveau wird nämlich durch die Betriebsübergangsrichtlinie allein deshalb nicht erreicht, weil es lediglich Ziel der Betriebsübergangsrichtlinie ist, im Falle eines Betriebsübergangs bestehende Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis auch beim Erwerber unverändert fortbestehen zu lassen. Unterscheiden sich die Arbeitnehmerschutzrechte in den Mitgliedstaaten, so ist logische Konsequenz, dass, wenn diese unterschiedlichen Rechte im Falle eines Betriebsübergangs unverändert fortbestehen, die gleichen Unterschiede auch nach dem Betriebsübergang fortbestehen. Jedoch genießen nach den Vorschriften der Mitgliedstaaten auch Beamte oder öffentlich-rechtliche Bedienstete, die nach nationalem Recht nicht dem Arbeitnehmerbegriff zugeordnet werden, einen dem Arbeitnehmerschutz gleichkommenden Schutz, der ebenfalls je nach Mitgliedstaat unterschiedlich ausgestaltet ist, der aber nicht notwendiger Weise dem Schutzniveau der Arbeitnehmer entsprechen muss. Bezieht man jetzt Beamte oder diese öffentlich-rechtlich Beschäftigten in den Schutzbereich der Richtlinie 77/187/EWG mit ein, so bleiben ebenfalls die Unterschiede im Schutzniveau bestehen. Im Ergebnis wird daher auch bei der Einbeziehung dieser Beschäftigungsverhältnisse ebenfalls nur eine „Teilharmonisierung“ erreicht. Der Aspekt der Teilharmonisierung ist daher nicht geeignet, durch eine nationale Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs die Unanwendbarkeit der Betriebsübergangsrichtlinie auf Beamte zu rechtfertigen.

Vor allem überzeugt auch nicht das in den Entscheidungen *Collino* und *Island Post* gefundene Ergebnis. Vollkommen zu Recht haben in diesen Entscheidungen der EuGH und der EFTA-Gerichtshof zwar festgestellt, dass die Rechtsform der übertragenen Einheiten für die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie ohne Bedeutung ist, sofern diese Einheiten wirtschaftliche und keine hoheitlichen Aufgaben wahrnehmen. Lediglich die strukturelle Neuordnung der öffentlichen Verwaltung oder die Übertragung von Verwaltungsaufgaben von einer öffentlichen Verwaltung auf eine andere soll nicht in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Somit findet die Betriebsübergangsrichtlinie auf Privatisierungen stets Anwendung.⁴⁹ Bestimmt man den Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie jedoch nach nationalem Recht, so hätten es die Mitgliedstaaten in der Hand, den personellen Anwendungsbereich der Richtlinie derart einzuschränken, dass im Ergebnis ihre Anwendung auf Einrichtungen des öffentlichen Rechts zur Gänze ausgeschlossen wäre. Nach den Ausführungen in der Rechtssache *Collino* sei nämlich die Richtlinie auf Personen, die nach nationalem Recht den Status von öffentlich-rechtlichen Bediensteten und nicht von Arbeitnehmern hätten, nicht anzuwenden. Erklärt jetzt eine nationale Rechtsordnung in öffentlich-rechtlichen Einheiten Beschäftigte generell für keine Arbeitnehmer, so wäre die Betriebsübergangsrichtlinie auf öffentlich-rechtliche Einrichtungen unanwendbar. Berücksichtigt man zudem, dass die Begründung für die fehlende Arbeitnehmereigenschaft

⁴⁸ Ausführlich dazu *Friedrich*, (Fn. 14), S. 53 ff.

⁴⁹ Siehe oben unter C.I.1.

des Beamten nach nationalem Recht allein in dem formalen Argument liegt, dass Beamte durch Hoheitsakt bestellt und nicht durch Arbeitsvertrag beschäftigt sind, obwohl sie ebenso wie jeder Arbeitnehmer für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringen, für die sie als Gegenleistung ein Entgelt erhalten, so zeigt sich, dass eine Herausnahme von gesamten Personengruppen aus der Richtlinie ermöglicht wird, ohne das dabei vom nationalen Gesetzgeber auf den Schutzzweck der Richtlinie geachtet werden müsste. Somit könnten durch die Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs nach den nationalen Vorschriften des Arbeitsrechts Ergebnisse erzielt werden, die im Widerspruch zu den Ausführungen des EuGH zum sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie stehen.⁵⁰ Über eine Einschränkung des nationalen Arbeitnehmerbegriffs und somit des persönlichen Anwendungsbereichs könnten nämlich mittelbar ganze öffentlich-rechtlich organisierte Wirtschaftsbereiche der Anwendung der Betriebsübergangsrichtlinie entzogen werden, obwohl für sie gerade keine Ausnahme gelten soll. Den Mitgliedstaaten würde somit zum Einen die Möglichkeit gegeben, den Schutzzweck der Richtlinie zu umgehen. Zum Anderen könnten die vormals staatlichen Unternehmen im Vergleich zu von je her privaten Unternehmen im Falle des Betriebsübergangs erhebliche Wettbewerbsvorteile erlangen, wenn sie bei Privatisierungen ihren Beschäftigten nicht das Schutzniveau der Betriebsübergangsrichtlinie gewährleisten müssten, während jeder private Unternehmer dieses einzuhalten hätte. Berücksichtigt man jedoch, dass das Ziel der Betriebsübergangsrichtlinie gemäß ihrer Präambel auch auf das Funktionieren des gemeinsamen Marktes gerichtet ist, dieser aber gerade durch die Grundfreiheiten gekennzeichnet ist, so wird man diesem Ziel mit dem Abstellen auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff nicht gerecht.

Zuletzt sei auch darauf hingewiesen, dass der EuGH⁵¹ die Betriebsübergangsrichtlinie auch richtiger Weise in dem Fall anwendet, dass ein vormals privates Unternehmen von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts übernommen wird. Wäre damit ein Wechsel in ein Beamten- oder öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis verbunden, das nicht vom nationalen Arbeitsrecht erfasst wird, so würde der von dieser Verstaatlichung betroffene Beschäftigte, obwohl er im Veräußererbetrieb zweifelsohne eine Arbeitnehmerstellung einnahm, nicht den Schutz der Richtlinie genießen, da für die Anwendbarkeit der Richtlinie die Betroffenen sowohl beim Veräußerer als auch beim Erwerber als Arbeitnehmer durch das nationale Arbeitsrecht geschützt sein müssen. Jemand der stets den Schutz des nationalen Arbeitsrechts genossen hat, würde letztendlich allein auf Grund des mit dem Betriebsinhaberwechsels verbundenen Wechsels in eine öffentlich-rechtliche Rechtsform jeglichen Schutz der Betriebsübergangsrichtlinie verlieren. Dies kann aber kaum im Sinne des Schutzzwecks der Betriebsübergangsrichtlinie sein.

⁵⁰ Marhold, in: Fuchs/Marhold (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht (2001), S. 134

⁵¹ EuGH, Rs. C-175/99, Slg. 2000, I-7755 (*Didier Mayeur/Association Promotion de l'information messine*).

3. Eigener Lösungsvorschlag

Meines Erachtens muss daher der Arbeitnehmerbegriff der Betriebsübergangsrichtlinie zumindest in seinem Kern gemeinschaftsrechtlich interpretiert werden. Dabei empfiehlt es sich, auf den Arbeitnehmerbegriff der Art. 39 ff. EGV zur Arbeitnehmerfreizügigkeit dergestalt, wie er sie durch die Rechtsprechung des EuGH erfahren hat, Rückgriff zu nehmen.⁵² Dies hätte zur Folge, dass jeder den Schutz der Betriebsübergangsrichtlinie genießt, der während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen nicht nur völlig untergeordnete oder unwesentliche Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Ohne Bedeutung ist es dabei, in welchem Bereich des Wirtschaftslebens dieser Tätigkeit nachgegangen wird oder in welcher Rechtsform das Beschäftigungsverhältnis ausgestaltet ist. Lediglich Tätigkeiten in Einheiten, die überwiegend hoheitliche und keine wirtschaftlichen Aufgaben wahrnehmen, sollten von der Anwendbarkeit der Richtlinie ausgenommen sein. Dies hätte zur Konsequenz, dass bei Privatisierungen alle abhängig Beschäftigten – also auch Beamte – in den persönlichen Schutzbereich der Betriebsübergangsrichtlinie fallen würden.⁵³

Dieses Ergebnis mag angesichts der Tatsache, dass die EuGH-Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff mittlerweile in den Richtlinien text aufgenommen worden ist, auf den ersten Blick nicht zulässig erscheinen. Meines Erachtens wird man jedoch trotz des neuen Wortlauts der Richtlinie nicht vorbehaltlos auf den Arbeitnehmerbegriff des jeweiligen nationalen Rechts abstellen können. Auch wenn die Richtlinie jetzt ausdrücklich auf den Arbeitnehmerbegriff der nationalen Rechtsordnungen verweist, so darf dies nicht dazu führen, dass mit der nationalen Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs in den Kernbereich der Richtlinie eingegriffen wird.⁵⁴ Gerade dies würde aber geschehen, wenn man mit der Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs nach nationalem Recht ganze Personengruppen – wie beispielsweise die Beschäftigten im öffentlichen Dienst – von der Anwendung der Betriebsübergangsrichtlinie ausschließen könnte, indem ein Mitgliedstaat diese kraft Rechtsaktes von der Anwendung des nationalen Arbeitsrechts ausschließt und einem besonderen „Beschäftigungsrecht“ unterwirft. Bei der Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie gibt der EuGH nicht zuletzt durch die Entscheidungen *Christel Schmidt* und *Aysen Sützen* detaillierte Vorgaben, wie der Betriebs(teil)begriff der Betriebsübergangsrichtlinie zu definieren sei. Diese – im Gegensatz zum Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie – gemeinschaftsweit einheit-

⁵² Vgl. auch *Friedrich*, (Fn. 14), S. 64 m.w.N.

⁵³ Zu den Folgen der Einbeziehung auch der Beamten in den Anwendungsbereich der Betriebsübergangsrichtlinie vgl. *Friedrich*, (Fn. 14), Kapitel 3, S. 122 ff.

⁵⁴ *von Roetteken*, Die Europäisierung des Beschäftigtenvertretungsrechts, *PersR* 1999, S. 109 (114). Vgl. auch *Willemsen/Annufß*, Neue Betriebsübergangsrichtlinie - Anpassungsbedarf im deutschen Recht? *NJW* 1999, 2073 (2075), die eine Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs nach nationalem Recht in Art. 2 Abs. 1 lit. d der Richtlinie 98/50/EG zumindest als dem Schutzzweck der Betriebsübergangsrichtlinie zuwider laufend erachten.

lichen Vorgaben hatten zur Folge, dass die Rechtsprechung zum Betriebs(teil)begriff des § 613a BGB erheblich modifiziert werden musste. Insofern wird man auf Grund der Rechtsprechung zum Betriebs(teil)begriff davon ausgehen müssen, dass zumindest der sachliche Anwendungsbereich der Betriebsübergangsrichtlinie, also die Frage des Vorliegens eines Betriebs(teil)übergangs zum wesentlichen Kernbereich der Richtlinie gehört und somit der Disposition der Mitgliedstaaten entzogen ist. Führt das Abstellen auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff jedoch dazu, dass über Umwege in Bereichen, in denen der sachliche Anwendungsbereich der Betriebsübergangsrichtlinie nach der Rechtsprechung des EuGH – wie beispielsweise bei Privatisierungen – zweifelsfrei eröffnet ist, die Richtlinie dennoch keine Anwendung findet, so muss davon ausgegangen werden, dass die nationale Rechtsordnung unzulässiger Weise in den Kernbereich der Richtlinie eingegriffen hat.

Meiner Meinung nach wird man daher auch trotz des Wortlauts der Neufassung der Betriebsübergangsrichtlinie einen europarechtlichen Kern des Arbeitnehmerbegriffs im oben angeführten Sinne zu Grunde legen müssen. Noch im Einklang mit der Rechtsprechung in der Rechtssache *Danmols Inventar* wird man jedoch selbstverständlich bei der Bestimmung der einzelnen Merkmale der Arbeitnehmereigenschaft auf die nationalen Gegebenheiten Rücksicht nehmen müssen. In der Entscheidung *Danmols Inventar* war auch unter Zugrundelegung des oben dargestellten gemeinschaftsweit einheitlichen Arbeitnehmerbegriffs einzig und allein die Frage maßgeblich, ob Herr Mikkelsen auf Grund seiner besonderen Stellung im Erwerberunternehmen noch weisungsabhängig war. Diese Frage war jedoch allein unter Berücksichtigung der nationalen Rechtslage zu beantworten, da hierfür von entscheidender Bedeutung ist, ob beispielsweise auf Grund besonderer Sperrrechte des nationalen Gesellschaftsrechts es der Gesellschafterversammlung noch möglich war, Herrn Mikkelsen verbindliche Anweisungen zu geben, oder ob er sich ohne Konsequenzen diesen Weisungen widersetzen konnte. Dies ändert aber nichts daran, dass der Kern des Arbeitnehmerbegriffs europarechtlicher Natur sein muss, um dem in der Präambel der Richtlinie ausdrücklich vorgegebenen Ziel zu entsprechen, die innerhalb der Mitgliedstaaten bestehenden Unterschiede im Schutzniveau für die Arbeitnehmer bei einem Betriebsinhaberwechsel zu verringern und dadurch auf das Funktionieren des gemeinsamen Marktes hinzuwirken.