



Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Band 126 (2007) I · Heft 5

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

Volksinitiativen: Gefahren des Missbrauchs	429
GSCHWEND, LUKAS: Die Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, herausgegeben von der Rechtsquellenstiftung des Schweizerischen Juristenvereins: Ein Monumentalwerk rechtshistorischer Grundlagenforschung	435
GSCHWEND, LUKAS: Bericht des Präsidenten der Rechtsquellenstiftung des Schweizerischen Juristenvereins für das Geschäftsjahr Juni 2006–Juni 2007	459
WILDHABER, ISABELLE: Der Tatbestand des Betriebs(teil)übergangs gemäss Art. 333 Abs. 1 OR	463
HERTIG RANDALL, MAYA: Der Schutz von Grundrechten und individuellen Freiheiten in der Europäischen Union aus schweizerischer Sicht	497
CANDRIAN, JÉRÔME: Droit de la neutralité, politique de neutralité et politique étrangère de l'Etat neutre	529
NOLL, ANDREAS: Vom abnehmenden Grenznutzen des Justizsystems – Ein Kontrapunkt zum Aufsatz von Hansjörg Seiler aus system- theoretischer Optik	557

Der Tatbestand des Betriebs(teil)übergangs gemäss Art. 333 Abs. 1 OR

Unter Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben, insbesondere
der Grundsätze zur Funktionsnachfolge (Outsourcing)

ISABELLE WILDHABER*

Schlagworte: Betriebsübergang, Betriebsteilübergang, Betriebsübertragung,
Funktionsnachfolge, Auftragsnachfolge, Outsourcing

Der Betriebsübergang ist in der Schweiz in Art. 333 OR geregelt. Gemäss dessen Abs. 1 liegt ein Betriebsübergang vor, wenn der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten überträgt. Das Ziel dieses Beitrags ist es, die Tatbestandsmerkmale des Betriebsübergangs genauer zu analysieren, um so Klarheit darüber zu gewinnen, in welchen Fallkonstellationen ein Betriebsübergang angenommen werden muss. Als erstes sollen zu diesem Zweck diejenigen Ziele der Regelung von Art. 333 OR herausgearbeitet werden, welche der tatbestandlichen Abgrenzung des Art. 333 OR dienen (A.). Daraufhin werden die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 333 OR unter Berücksichtigung der Meinungen der Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einer kritischen Analyse unterzogen (B.). Angesichts der Tatsache, dass die Betriebsübertragung im OR nicht definiert wird und die zu Art. 333 OR ergangene Rechtsprechung erstaunlich mager ist, wird sodann die Rechtsprechung des EuGH zum Betriebsübergang dargestellt und es wird aufgezeigt, inwiefern die Mitberücksichtigung europarechtlicher Vorgaben bei der Beurteilung, ob ein Betriebsübergang gemäss Art. 333 OR vorliegt oder nicht, relevant und sinnvoll sein kann (C.). Dies gilt insbesondere für die in der Schweiz bis anhin wenig diskutierte Fallkonstellation der Funktionsnachfolge, welche angesichts der neueren Rechtsprechung des EuGH wieder an

* Dr. iur., LL.M. (Harvard), Lehrbeauftragte an der Humboldt-Universität zu Berlin. Ich danke dem *Schweizerischen Nationalfonds* für die Unterstützung meiner Forschung am Institut für deutsches und europäisches Unternehmens-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht an der HU Berlin sowie *Prof. (FH) Kurt Pärli* für die Durchsicht dieses Manuskripts.

Brisanz gewonnen hat. Fragen nach der Anwendbarkeit des Art. 333 OR im Zusammenhang mit öffentlichen Unternehmen (z.B. bei Privatisierungen) und mit Sanierungen werden nicht behandelt.

A. Ziele der Regelung von Art. 333 OR

I. Gesetzlich angeordnete Singularsukzession

Art. 333 Abs. 1 OR regelt den Fall eines gesetzlichen Vertragsübergangs, mithin eine Einzelrechtsnachfolge (Singularsukzession) kraft Gesetzes. Im Unterschied zum Betriebsübergang durch Gesamtrechtsnachfolge (Universal-sukzession) erstreckt sich der Eintritt in die Rechtsposition des bisherigen Betriebsinhabers beim Betriebsübergang durch Einzelrechtsnachfolge nicht auf dessen sämtliche, nicht ausschliesslich persönlichen Rechte und Pflichten, sondern nur auf diejenigen aus den im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen.

Bis zum Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG, SR 221.301) war umstritten, ob Art. 333 OR im Falle einer Universal-sukzession zur Anwendung gelangen soll.¹ Jedenfalls für den Geltungsbe-reich des FusG ist diese Frage nunmehr dahingehend zu beantworten, dass Art. 333 OR auch im Falle der Fusion, der Spaltung oder der Vermögensüber-tragung anwendbar ist.²

II. Rechtshistorische Ziele

Der Zweck von Art. 333 Abs. 1 OR in der Fassung vom 25. Juni 1971 bestand ursprünglich nur darin, den Übergang von Unternehmen zu erleichtern und dem Betriebserwerber die eingearbeiteten Arbeitskräfte nach Möglichkeit zu sichern.³ Die Vertragsparteien der Betriebsübertragung konnten die Über-nahme der Arbeitsverhältnisse verabreden, wobei es dem Arbeitnehmer frei-stand, diesen Übergang abzulehnen. Mit der Revision vom 17. Dezember 1993, in Kraft seit dem 1. Mai 1994, wurde diese Bestimmung der Richtlinie 1977/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen angepasst⁴, mit der die umfassende Wahrung der Interessen der

1 Siehe dazu statt vieler BAUMGARTNER, in: Basler Kommentar FusG, Basel 2005, vor Art. 27 N 2, Art. 76 N 7.

2 Art. 27 Abs. 1 FusG, Art. 49 Abs. 1 FusG, Art. 76 Abs. 1 FusG.

3 So BGE 127 V 183, 186.

4 ABi L 61 vom 5.3.1998, 26 ff.; modifiziert durch RL 1998/50/EG des Rates vom 29.6.1998, ABi L 201 vom 17.7.1998, 88; ersetzt durch RL 2001/23/EG des Rates vom 12.3.2001, ABi L 82 vom 22.3.2001, 16.

betroffenen Arbeitnehmer beim Betriebsübergang angestrebt wird.⁵ Art. 333 Abs. 1 OR wurde in der Weise abgeändert, dass die im Zeitpunkt der Übertra-gung des Betriebs auf einen Dritten bestehenden Arbeitsverhältnisse von Ge-setzes wegen auf den Erwerber übergehen, selbst wenn dies gegen dessen Willen geschehen sollte.⁶ Der bisherige Arbeitgeber wird im Wege der Ein-zelrechtsnachfolge kraft Gesetzes durch den neuen Arbeitgeber ersetzt. Der bisherige Arbeitgeber scheidet allerdings aus seinen vertraglichen Pflichten erst dann aus, wenn die ordentliche Kündigungsfrist abgelaufen ist oder das Arbeitsverhältnis durch Ablehnung des Arbeitnehmers beendet wird (Art. 333 Abs. 3 OR); er bleibt solange Haftungsschuldner. Der Betriebsüber-gang führt aber letztendlich zu einem Austausch der Vertragspartei auf Ar-beitgeberseite und damit zu einer Sicherung der Kontinuität der Arbeitsver-hältnisse.⁷

Für die tatbestandliche Abgrenzung des Art. 333 Abs. 1 OR ist mit dieser auf die allgemeinen Schutzzwecke der Norm abstellenden Betrachtung nicht viel gewonnen. Denn dem Schutzinteresse der Arbeitnehmer wäre in Bezug auf die Kontinuität ihrer Arbeitsverhältnisse am besten mit einer weitestmög-lichen Erstreckung der Norm gedient. Dies spräche dafür, Art. 333 OR auf jedwelche Art von Umstrukturierung im weitesten Sinne anzuwenden. Wirk-liche Aussagekraft kann deshalb nur eine Definition des Regelungsziels be-anspruchen, welche durch Herausarbeitung des spezifischen Regelungsanlie-gens von Art. 333 OR den Schutzzweck dieser Norm gleichzeitig begrenzt. Dies soll im Folgenden durch eine Betrachtung der funktionalen Ziele von Art. 333 OR aus Arbeitnehmer- und aus Arbeitgebersicht geschehen.

III. Funktionale Ziele

1. Für die Arbeitnehmer: Gleichlauf von Arbeitsplatz und Arbeitsverhältnis

Art. 333 OR soll den «Gleichlauf»⁸ zwischen Arbeitsplatz (als Teil einer übergreifenden, vom bisherigen Arbeitgeber eingerichteten Betriebsorgani-sation) und Arbeitsverhältnis (als hieran anknüpfendes und grundsätzlich auf die Parteien des Arbeitsvertrags ausgerichtetes Band) sicherstellen. Durch die Verkoppelung von Arbeitsplatz und Arbeitsverhältnis wird verhindert, dass

5 So BGE 127 V 183, 186; Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht vom 27.5.1992, BBi 1992 V 1, 394 ff., 400 f.; Botschaft über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24.2.1993, BBi 1993 I 805 f., 880 f.

6 So BGE 129 III 335, 341.

7 STAEHELIN, Zürcher Kommentar zu den Art. 331–355 OR, 3. Aufl., Zürich 1996, Art. 333 N 9; REHBINDER, Berner Kommentar zu den Art. 331–355 OR, 2. Aufl., Bern 1992, Art. 333 N 10.

8 WILLEMSSEN, Arbeitsrechtliche Aspekte der Reform des Umwandlungsrechts, RdA 1993, 133, 134.

Arbeitsplätze und Arbeitsverhältnisse als an konkrete Organisationen oder Teilorganisationen gebundene Beschäftigungsmöglichkeiten durch rechtsgeschäftliche Vorgänge «auseinanderdriften» können. Art. 333 OR trägt damit dem in der deutschen Literatur schon früh herausgearbeiteten Objektbezug des Arbeitsverhältnisses Rechnung: Dem Arbeitnehmer kommt es in der Regel mehr auf seinen Arbeitsplatz als auf seinen Arbeitgeber an, insbesondere wenn es sich beim Arbeitgeber um eine Kapitalgesellschaft handelt.⁹ Die wesentliche Neuerung des revidierten Art. 333 OR besteht somit in der Quasi-Verdinglichung seines Arbeitsverhältnisses.¹⁰

2. Für die Arbeitgeber: Arbeitsverhältnisse als quasi-dingliche «Belastung» des Betriebs

Aus Arbeitgebersicht besteht die Kehrseite der quasi-dinglichen Wirkung von Art. 333 OR darin, dass Betriebe nur um den Preis einer Haftung des Erwerbers für sämtliche rückständigen, noch nicht erfüllten wie auch für gewisse künftig noch entstehende Verpflichtungen aus den laufenden Arbeitsverhältnissen veräussert werden können, und dass der neue Betriebsinhaber im Verhältnis zu den betroffenen und von ihm zu übernehmenden Arbeitnehmern einem Übernahmewang unterliegt.¹¹ Da die Rechtsfolgen des Art. 333 OR im Verhältnis zu den Arbeitnehmern nicht durch Vereinbarung zwischen altem und neuem Arbeitgeber ausgeschlossen werden können,¹² verbleibt nur die Möglichkeit interner Ausgleichsregeln im Kauf- oder Übernahmevertrag. Infolge des gesetzlichen Übernahmewangs gemäss Art. 333 OR lastet somit gewissermassen auf jedem Betrieb eine arbeitsrechtliche Hypothek, welche je nach den tatsächlichen Verhältnissen den wirtschaftlichen Wert des Übertragungsgegenstandes erheblich mindern oder sogar ganz aufheben kann und in ihrer Auswirkung die Verfügungsfreiheit des bisherigen Betriebsinhabers beeinträchtigt.

B. Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 333 OR

I. Betrieb oder Betriebsteil

Im Obligationenrecht lässt sich keine Definition für den Betrieb oder Betriebsteil finden. Lehre und Rechtsprechung haben folgende Begriffsbestim-

- 9 Siehe dazu die Nachweise bei PIETZKO, Der Tatbestand des § 613 a BGB, Berlin 1988, S. 245 f. Fn. 96 bis 105.
- 10 So auch DENZLER, Zur Tragweite von Art. 333 OR – BGE 123 III 466 ff., recht 1998, 67.
- 11 Siehe dazu GEISER, Betriebsübernahme und Massenentlassung im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungsverfahren, in: Kolloquium zu Ehren von Adrian Staehelin, Zürich 1997, S. 104 ff.; VISCHER, SPR VII/4, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2005, S. 217.
- 12 So auch BGE 132 III 32 ff., 38.

mungen herausgearbeitet: Ein *Betrieb* ist eine auf Dauer ausgerichtete, nicht bloss ein einzelnes Projekt verfolgende, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit zur fortgesetzten Verfolgung eines arbeitstechnischen Zwecks, welche selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt.¹³ Ein *Betriebs-*teil ist eine auf Dauer ausgerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, die nicht selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt.¹⁴ Der Begriff des Betriebsteils ist weit auszulegen, da das Ziel des Betriebsübergangs ja der Gleichlauf von Arbeitsplatz und Arbeitsverhältnis sein soll. Entscheidend für das Vorliegen eines Betriebsteils ist, ob die übertragenen Betriebsmittel beim Veräusserer eine eigene, gegenüber dem Gesamtbetrieb abgrenzbare Organisation gebildet haben, mit der innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wird.¹⁵ Die Definitionen des Betriebs und des Betriebsteils sind von zentraler Bedeutung, wie sich gleich im Zusammenhang mit deren Übertragung auf einen Dritten zeigen wird.

II. Übertragung durch den Arbeitgeber auf einen Dritten

1. Übertragung durch Rechtsgeschäft

In der Regel wird der Betrieb vom Arbeitgeber durch Rechtsgeschäft auf einen Dritten übertragen,¹⁶ womit zum Betriebsvermögen gehörende Rechte auf dem Weg der Einzelrechtsnachfolge auf den Erwerber übergehen. Die Art des Rechtsgeschäfts ist im Wesentlichen unerheblich. Ein Eigentumserwerb an den Betriebsmitteln ist nicht erforderlich.¹⁷ Es kommt allein darauf an, dass der Erwerber infolge einer obligatorischen Übertragung das Nutzungs- und Gebrauchsrecht an den Betriebsmitteln erhält,¹⁸ gleichgültig, welches die

- 13 STAEHELIN (Fn. 7), Art. 333 N 5; REHBINDER (Fn. 7), Art. 333 N 2; KNUS, Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis nach schweizerischem Recht, Winterthur 1978, S. 19 f.; BGer vom 6. 4. 1995, JAR 1995, 128; BGer vom 25. 3. 1999, 4C.37/1999, E. 1 a = JAR 2002, 228. Anders die Legaldefinition in Art. 1 Abs. 2 ArG, welche einzig auf das Vorhandensein eines Arbeitsverhältnisses abstellt.
- 14 STAEHELIN (Fn. 7), Art. 333 N 5; REHBINDER (Fn. 7), Art. 333 N 2; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, Art. 333 N 1; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, S. 545; BGer vom 25. 3. 1999, 4C.37/1999, E. 1 a = JAR 2002, 228; BGE 129 III 335, 337, mit Verweis auf das alte Recht in BGE 112 II 51.
- 15 Siehe dazu WILLEMSSEN/HOHNSTATT/SCHWEIBERT/SEIBT, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen – Arbeitsrechtliches Handbuch, 2. Aufl., München 2003, G N 77 ff.
- 16 BRÜHWILER (Fn. 14), Art. 333 N 1; MÜLLER, Die neuen Bestimmungen über den Betriebsübergang, AJP 1996, 149 f.; REHBINDER (Fn. 7), Art. 333 N 1, 3; STAEHELIN (Fn. 7), Art. 333 N 2; SUFFERT, Schutz des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang, Zürich 1999, S. 17.
- 17 Siehe dazu auch das europäische Recht: EuGH vom 17. 12. 1987, *Ny Mølle Kro*, Slg. 1987 I 5465; EuGH vom 12. 11. 1992, *Watson Rask und Christensen*, Slg. 1992 I 5755 = NZA 1995, 475.
- 18 BGE 129 III 335, 337; BGer vom 6. 8. 1996, 4P.66/1996, E. 3 c; BGer vom 31. 10. 1996, 4C.54/1996, E. 3 a.

Art des Rechtsgeschäfts oder die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses ist, das die Nutzung verschafft.¹⁹

2. Übertragung ohne Rechtsgeschäft

Eine Übertragung des Betriebs auf einen Dritten durch ein unmittelbares Rechtsgeschäft ist nicht immer erforderlich. In BGE 123 III 466 ff. hat das BGer ausgeführt, dass Art. 333 OR auch dann zur Anwendung gelange, wenn zwischen dem ehemaligen und dem neuen Betriebsinhaber keine direkte Rechtsbeziehung bestehe.²⁰ Für eine Betriebsübertragung im Sinne von Art. 333 OR genüge es, wenn der Betrieb vom neuen Betriebsinhaber tatsächlich weitergeführt oder wiederaufgenommen werde. Im gegebenen Fall war deshalb Art. 333 OR anwendbar bei Kündigung des Pachtvertrags durch den Restaurant-Eigentümer, um mit einem anderen Geschäftsführer einen Pachtvertrag abzuschliessen, obwohl zwischen den beiden Restaurant-Betreibern keine Rechtsbeziehungen bestanden.²¹

Mit BGE 123 III 466 hat sich das BGer einem Teil der Lehre angeschlossen, welche diese Meinung mit Sicht auf die EuGH-Rechtsprechung schon länger vertrat.²² Der vom BGer ausgesprochene Rechtssatz, dass ein unmittelbares Rechtsgeschäft zwischen bisherigem und neuem Betriebsinhaber für die Tatbestandsvoraussetzung der «Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils auf einen Dritten» nicht immer erforderlich sein muss, ist m.E. durchaus richtig.²³ Dennoch sei es mir erlaubt, eine kritische Anmerkung zur Art und Weise, wie das BGer aufgrund des vorliegenden konkreten Sachverhalts zu diesem Rechtssatz gelangt ist, zu machen. Bei einem Betriebsübergang muss es dem Betriebserwerber darum gehen, eine funktionsfähige organisatorische Leistungseinheit zu übernehmen und von der bereits vorhandenen Betriebsorganisation zu profitieren. Dies zeigt sich auch durch die Tatbestandsvoraussetzung der Wahrung der Betriebsidentität. Das Vorliegen der Identitätswahrung des Restaurant-Betriebs scheint aber das BGer in BGE 123

III 466 nicht geprüft zu haben, oder wenigstens geht dies aus der gedruckten Fassung des Entscheids nicht hervor. Der Sachverhaltsschilderung lässt sich – so auch DENZLER²⁴ – nicht entnehmen, ob die Identität des Restaurants gewahrt wurde, ob also Name, Konzept des Restaurants, Kundenstamm etc. erhalten blieben. Ebenso wenig äussert sich das BGer ausdrücklich dazu, ob mit «bail» ein *bail à loyer* (Art. 253 OR) oder ein *bail à ferme* (Art. 275 OR) gemeint ist,²⁵ was durchaus relevant sein kann, weil im Fall der Miete der Mieter und nicht der Eigentümer die auf Zeit überlassenen Betriebsmittel zu einem Funktionszusammenhang im Sinne eines Betriebs oder Betriebsteils arrangiert, was ein Indiz gegen die Annahme eines Betriebsübergangs sein könnte.²⁶ Ohne eine detaillierte Gesamtbewertung des Sachverhalts kann nicht festgestellt werden, ob eine funktionsfähige Betriebsorganisation übernommen und weitergeführt wurde.²⁷ Eine Auseinandersetzung mit der EuGH-Rechtsprechung aufgrund der konkreten Sachverhaltsumstände wäre deshalb entscheidend gewesen, hätte sich doch dabei ergeben, dass der EuGH den in BGE 123 III 466 vorliegenden Sachverhalt ziemlich sicher nicht als Betriebsübergang qualifiziert hätte.²⁸

3. Fazit: Tatsächliche Übernahme der Leitungsmacht durch den neuen Betriebsinhaber mit Willen des bisherigen Betriebsinhabers

Die hier untersuchte Tatbestandsvoraussetzung der «Übertragung durch den Arbeitgeber auf einen Dritten» im Sinne des Art. 333 Abs. 1 OR liegt m.E. dann vor, wenn der Erwerber mit Willen des bisherigen Betriebsinhabers die Leitungsmacht des Betriebs oder Betriebsteils tatsächlich übernimmt.²⁹ Dieser Grundsatz ergibt sich aus folgenden zwei Überlegungen.

19 BGE 129 III 335 E. 2.1; BGer vom 30.7.2004, 4C.193/2004, E. 2.2 f. = ARV 2004, 242; BGer vom 6.4.1994, JAR 1995, 128; BGer vom 6.8.1996, 4P.66/1996, E. 3c. Siehe STAHELIN (Fn. 7), Art. 333 N 2; HOLDERMANN, Der Übergang des Arbeitsverhältnisses nach schweizerischem Arbeitsrecht, ArbR 1991, 44; KNUS (Fn. 13), S. 28.
20 BGE 123 III 466 = JdT 1998 I 613 = JAR 1998, 170 = Pra 1998 Nr. 55; bestätigt in BGer vom 23.8.1999, JAR 2000, 179. Ebenso CA GE in SAE 2003, 46 E. 3a.
21 BGE 123 III 468. Das Vorliegen einer zivilrechtlichen Übertragung ist somit für die Anwendung von Art. 333 OR unerheblich, siehe BGE 127 V 183, 188, mit Verweis auf WINKLER, Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge, Bern 2001, S. 35.
22 BGE 123 III 468 verweist auf AUBERT, Die neue Regelung über Massenentlassungen und den Übergang von Betrieben, AJP 1994, 704, und STAHELIN (Fn. 7), Art. 333 N 2, beide mit Verweis auf EuGH vom 19.5.1992, *Stichting*, Slg. 1992 I 3217 = NZA 1994, 207.
23 Anders DENZLER (Fn. 10), recht 1998, 72 f., sowie STREIFF/VON KAENEL (Fn. 14), S. 546 (halten grundsätzlich am Erfordernis einer vertraglichen Beziehung zwischen Veräusserer und Erwerber fest).

24 DENZLER (Fn. 10), recht 1998, 66.

25 Annahme eines Mietvertrages: DENZLER (Fn. 10), recht 1998, 66. Annahme eines Pachtvertrages: Übersetzung in Pra 1998 Nr. 55, 361; STREIFF/VON KAENEL (Fn. 14), S. 546; GEISER, Betriebsübernahme der X AG durch die Y AG, Gutachten zur Frage der Anwendbarkeit von Artikel 333 OR, St. Gallen 2001, S. 12.

26 Vgl. WILLEMSSEN ET AL. (Fn. 15), G N 143 (Empfehlung an den Eigentümer, zur Vermeidung eines Betriebsübergangs durch «Rückfall des Pachtobjekts» bei Gebrauchsüberlassung auf Zeit unter Umständen einen Miet- anstelle eines Pachtvertrags abzuschliessen).

27 DENZLER (Fn. 10), recht 1998, 66. Dass dies entscheidend ist, zeigt auch der deutsche Entscheid BAG vom 11.9.1997, AP Nr. 16 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187 = NJW 1998, 1253 = DB 1997, 2540 = EzA § 613a BGB Nr. 153 mit Anm. WILLEMSSEN/ANNUSS («Tausendundeine Nacht») (Bei Aufgabe der Etablissementbezeichnung, Wechsel von deutscher zu exotischer Küche und grundlegender Änderung der Atmosphäre liegt ein Wechsel der Betriebsmethoden und der Arbeitsorganisation im Sinne der Rechtsprechung des EuGH vor, der eine Identität der wirtschaftlichen Einheit ausschliesst.); ebenso CAPH GE vom 15.8.2001, C/3993/2000-2, E. 3a.

28 So auch DENZLER (Fn. 10), recht 1998, 72; SUFFERT (Fn. 16), S. 22 f.

29 Der Begriff «Leitungsmacht» wird auch von STAHELIN (Fn. 7), Art. 333 N 3, benutzt.

Auch bei Anerkennen dessen, dass ein unmittelbares Rechtsgeschäft zwischen bisherigem und neuem Betriebsinhaber nicht immer erforderlich sein muss, sollte entscheidend sein, dass die Übertragung sich nicht völlig unabhängig vom Willen des betroffenen Betriebsinhabers automatisch vollzieht. Das BGer, welches diese Einschränkung in BGE 123 III 466 nicht vornimmt, lässt unbeachtet, dass der Wortlaut von Art. 333 Abs. 1 OR («überträgt») – anders als die Richtlinie, welche von «Übergang» spricht – ein Mitwirken des bisherigen Betriebsinhabers nahelegt und auch immer so verstanden wurde.³⁰ Ein Betriebsübergang kann nur *mit Willen des bisherigen Betriebsinhabers* stattfinden. Setzt man dies nicht voraus, so wäre die Folge, dass je nach Umständen ein Betriebsübergang angenommen werden müsste, wenn ein Konkurrent einem bisherigen Betriebsinhaber die gesamte Belegschaft ausspannt und dessen Vertragspartner zur Kündigung des Vertrages und zum Neuabschluss dieses Vertrages mit ihm, dem Konkurrenten selbst, veranlasst.³¹ Eine Erstreckung von Art. 333 OR auf ein einseitiges und rein wettbewerbsorientiertes Verhalten eines Konkurrenten ohne jede Mitwirkung oder zumindest stillschweigende Duldung des bisherigen Betriebsinhabers kann das BGer nicht beabsichtigt haben.³² Schon sprachlich wird durch die Handlung der «Übertragung» deutlich, dass der bisherige Arbeitgeber an der Übertragung des Betriebs aktiv oder stillschweigend mitwirken³³ muss, und dass ein automatischer Vollzug völlig unabhängig vom Willen oder gar gegen den Willen des bisherigen Arbeitgebers nicht genügen kann.

Die zweite Überlegung betrifft die Frage, wer als «Arbeitgeber» im Sinne von Art. 333 Abs. 1 OR zu gelten hat. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung halten den Wechsel des abstrakten Arbeitgebers, also des jeweiligen Betriebsinhabers, für massgeblich, dies im Gegensatz zum Wechsel des kon-

kreten Arbeitgebers.³⁴ DENZLER hat zu Recht darauf hingewiesen, dass Gefahr bestehe, sich in einem zirkulären Argument gefangen zu finden, da der Wechsel des Arbeitgebers die Rechtsfolge der Anwendung von Art. 333 OR sei.³⁵ Als «Arbeitgeber» im Sinne von Art. 333 Abs. 1 OR muss deshalb m.E. diejenige Person gelten, welche die betriebliche Leitungsmacht tatsächlich innehat. Die Leitungsmacht hat die Person inne, welche zur Verfolgung eigener wirtschaftlicher Zwecke die betriebliche Organisation leitet,³⁶ wobei dies selbstverständlich nicht in eigener Person geschehen muss, sondern auch durch weisungsgebundenes Personal erfolgen kann. Dabei ist weder von den geschäftsführenden Personen noch von den wirtschaftlichen Beherrschungsverhältnissen auszugehen.

Eine rein interne Betriebsführungsbefugnis reicht nicht aus, um den Begriff der Leitungsmacht auszufüllen. Erforderlich ist vielmehr, dass der Betriebsinhaber die Leitungsmacht auch gegenüber den Arbeitnehmern in Anspruch nimmt.³⁷ Das ist insbesondere bei *Betriebsführungsverträgen* von ausschlaggebender Bedeutung.³⁸ Unabhängig von der näheren wirtschaftlichen Ausgestaltung der Betriebsführung ist allein auf die Ausübung der arbeitgeberseitigen Leitungsmacht im Aussenverhältnis abzustellen.³⁹ Aus diesem Grund liegt ein Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR vor, wenn – z.B. im Zusammenhang mit konzerninternen Umstrukturierungen – der neue Erwerber den Betrieb gegenüber der Belegschaft im eigenen Namen, aber im Innenverhältnis gegenüber dem bisherigen Betriebsinhaber ausschliesslich für dessen Rechnung führt. Umgekehrt liegt kein Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR, sondern lediglich eine Art Gewinnabführungsvertrag vor,

30 HOLDERMANN (Fn. 19), ArbR 1991, 44 ff.; DENZLER (Fn. 10), recht 1998, 71 und 73; STREIFF/VON KAENEL (Fn. 14), S. 546 m.w.H.

31 Zur Funktionsnachfolge mit Übernahme von Mitarbeitern siehe S. 492 (C.IV.2.a.).

32 Vgl. zu diesem Problem in der EuGH-Rechtsprechung WILLEMSSEN ET AL. (Fn. 15), G N 44 ff. Wenn der bisherige Betriebsinhaber in der EuGH-Rechtsprechung nicht ohnehin direkt in das «Rechtsgeschäft» involviert war, so liess sich jedenfalls anhand der Begründung feststellen, dass dieser die eigene Betriebsstätigkeit bewusst eingestellt hatte und somit überhaupt erst die Voraussetzung für den Eintritt eines Dritten in die Leitung des Betriebs geschaffen hatte. Siehe z.B. EuGH vom 7.3.1996, *Merckx und Neuhuys*, Slg. 1996 I 1253 = ZIP 1996, 882 = DB 1996, 683 (nach Kündigung des Vertriebsvertrags durch die Firma Ford beschloss der bisherige Betriebsinhaber die Einstellung seiner gesamten Tätigkeit und versandte ein Schreiben an seine Kunden, um diese über die Geschäftsaufgabe zu informieren und den neuen Vertragshändler zu empfehlen).

33 Bei einer Funktionsnachfolge gekoppelt mit der Übernahme von Mitarbeitern genügt z.B. die Aufgabe des bisherigen Betriebs und gegebenenfalls die vorzeitige Freigabe der Mitarbeiter. Es kann auch eine antizipierte rechtsgeschäftliche Mitwirkung des bisherigen Betriebsinhabers vorliegen, wenn dieser z.B. bei einem Pächterwechsel durch Abschluss des jeweiligen Vertrags auch zu dessen späterer Rückabwicklung bei Eintritt der vertraglichen oder gesetzlichen Voraussetzungen sein Einverständnis gegeben hat.

34 STAEHELIN (Fn. 7), Art. 333 N 3; JAR 1981, 147; REHBINDER (Fn. 7), Art. 333 N 3; SUFFERT (Fn. 16), S. 18; BRÄNDLI, Outsourcing: Vertrags-, Arbeits- und Bankrecht, Bern 2001, S. 146 f.; STREIFF/VON KAENEL (Fn. 14), S. 547; BGer in JAR 2002, 227 E. 3 (kein Betriebsübergang bei Änderung der Beteiligungsverhältnisse an GmbH); BGer vom 6.4.1994, JAR 1995, 128, und BGer vom 26.9.2001, 4C.88/2001 (kein Betriebsübergang bei Verkauf der Tochtergesellschaft bzw. der Aktienmehrheit). Anders zu Unrecht CA GE in JAR 1992, 194 (Betriebsübergang bei Wechsel des konkreten Arbeitgebers durch Ausscheidung eines Mehrheitsaktionärs einer Familiengesellschaft).

35 So DENZLER (Fn. 10), recht 1998, 70.

36 Ähnlich SEITER, Betriebsinhaberwechsel, Stuttgart 1980, 38; WILLEMSSEN ET AL. (Fn. 15), G N 38 m.w.H.; STREIFF/VON KAENEL (Fn. 14), S. 547 (Betrieb geht in andere Hände über). Vgl. auch DENZLER (Fn. 10), recht 1998, 70 («M.E. ist darauf abzustellen, ob die Person wechselt, welche über die Gesamtheit der Betriebsmittel verfügen kann und typischerweise als Arbeitgeber handelt»), sowie sich daran anschliessend WINKLER (Fn. 21), S. 17. Angesichts der häufig diskutierten Fälle der betriebsmittelarmen Tätigkeiten ist diese betriebsmittelbezogene Definition des Arbeitgebers m.E. nicht ideal.

37 Ebenso LAMANNA MERKT, Art. 333 OR Betriebsübergang: Aktuelle Entwicklungen zum europäischen und internationalen Wirtschaftsrecht 2006, S. 415 f.; EuGH vom 15.6.1988, *Bork*, Slg. 1988 I 3057, N 13; EuGH vom 7.3.1996, *Merckx und Neuhuys* (Fn. 32), N 28.

38 Siehe dazu ausführlich WILLEMSSEN ET AL. (Fn. 15), G N 109 ff.

39 Siehe dazu WILLEMSSEN ET AL. (Fn. 15), G N 68 f., mit Verweis auf BAG vom 12.11.1998, AP Nr. 186 zu § 613a BGB = NJW 1999, 131 = NZA 1999, 310 («Benetton/Einzelhandel»).

wenn der Erwerber mit dem bisherigen Betriebsinhaber vereinbart, dass der letztere den Betrieb künftig weiterhin im eigenen Namen, aber für Rechnung des Erwerbers führt.

Aus dem herauskristallisierten Grundsatz muss folgen, dass ein Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR auch bei einer *Kettenübertragung* gegeben sein kann, d.h. wenn der Betriebsübergang durch die Zwischenschaltung weiterer Personen in einer Kette von Rechtsgeschäften erfolgt. Solange die Rechtsgeschäfte insgesamt als Kette dazu dienen, dass der Erwerber die Leitungsmacht über einen funktionsfähigen Betrieb mit Willen des bisherigen Betriebsinhabers tatsächlich übernimmt, so kann ein Betriebsübergang gemäss Art. 333 OR gegeben sein.⁴⁰ Ein Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR kann z.B. vorliegen, wenn der Erwerber die für die Betriebsführung wesentlichen materiellen Betriebsmittel von Dritten erhält, welche als Sicherungseigentümer oder aufgrund einer ähnlichen Rechtsstellung über das Betriebsvermögen verfügen können.

Dasselbe muss gelten für den *Rückfall eines zeitweise überlassenen Betriebs*, sei es durch Beendigung eines Pachtvertrags oder einer eingetretenen Resolutivbedingung im Übergangsvertrag. Ist die Einräumung der Nutzungsbefugnis an den Pächter ein Betriebsübergang, so kann für den gegenläufigen Akt nichts anderes gelten, so dass ein Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR beim Rückfall eines verpachteten Betriebs an den Verpächter nach Beendigung des Pachtverhältnisses vorliegt, soweit der Betrieb vom Verpächter selbst und tatsächlich fortgeführt wird.⁴¹ Im Ergebnis bedeutet dies, dass sich der frühere Pächter der Stilllegung nicht dadurch entziehen kann, dass die Betriebsmittel auf den Verpächter zurückfallen, wenn dieser den identischen Betrieb nicht fortsetzt.⁴² Geht der Betrieb hingegen unmittelbar vom früheren Pächter auf den Nachpächter über, so hat der Verpächter zu keinem Zeitpunkt die Leitungsmacht übernommen, und die Arbeitsverhältnisse gehen im Sinne des oben beschriebenen BGE 123 III 466 unmittelbar vom alten auf den neuen Pächter über, wenn dieser den Betrieb im Wesentlichen unverändert und ohne Unterbrechung fortführt.⁴³

40 Siehe auch EuGH vom 5.5.1988, *Berg und Busschers*, Slg. 1988 I 2559.

41 Ebenso STAHELIN (Fn. 7), Art. 333 N 3. So auch die neuere EuGH-Rechtsprechung, siehe EuGH vom 10.12.1998, *Hidalgo und Ziemann*, Slg. 1998 I 8237 = NZA 1999, 189.

42 Es kann sich deshalb für den Verpächter empfehlen, klare Rückabwicklungsvereinbarungen für den Fall der Beendigung des Vertragsverhältnisses zu treffen, z.B. dass der Pächter zur Stilllegung des Betriebs und Übergabe der Geschäftsräume in entkerntem Zustand verpflichtet ist, siehe WILLEMSSEN ET AL. (Fn. 15), G N 140.

43 Ebenso STAHELIN (Fn. 7), Art. 333 N 3; AUBERT (Fn. 22), AJP 1994, 704.

III. Wahrung der Betriebsidentität

Nach Lehre und Rechtsprechung liegt ein Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR nur dann vor, wenn der betreffende Betrieb oder Betriebsteil seine Betriebsidentität bewahrt.⁴⁴ Die wirtschaftliche Identität ist nur dann gewahrt, wenn – so die an die EuGH-Rechtsprechung angelehnte Formulierung der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung – bei Erhaltung der bisherigen Organisation eine gleiche oder ähnliche Geschäftstätigkeit weitergeführt oder wiederaufgenommen wird.⁴⁵ Nach dem BGer gilt als Massstab für die vollständige oder teilweise Aufrechterhaltung der Identität die betriebliche Organisation, der Betriebszweck und der individuelle Charakter des Betriebs.⁴⁶ Das ist aufgrund sämtlicher den Vorgang kennzeichnenden Tatsachen oder Umstände zu beurteilen.⁴⁷ Von entscheidender Bedeutung ist dabei, ob dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit vom neuen Inhaber tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird.⁴⁸ Für die Wahrung der Identität sprechen namentlich der Übergang von Infrastruktur und Betriebsmitteln sowie die Übernahme der Kundschaft, wobei nicht erforderlich ist, dass der Betrieb oder Betriebsteil auch umfangmässig im bisherigem Rahmen weitergeführt wird.⁴⁹ Indizien können auch die personell gleich bleibende Unternehmensleitung⁵⁰ und das Verbleiben im alten Geschäftslokal⁵¹ sein. Nicht erforderlich ist, dass alle Aktiven auf den Erwerber übertragen werden.⁵² Die Übernahme der bisherigen Arbeitsverhältnisse ist insoweit von Bedeutung, als sich daraus Rückschlüsse auf die Entwicklung der betrieblichen Organisation ziehen lassen.⁵³

44 So BGer vom 4.9.1998, 4C.221/1998; BGE 129 III 335, 337; JAR 1991, 223; STAHELIN (Fn. 7), Art. 333 N 5 f.; REHBINDER (Fn. 7), Art. 333 N 2; BRÜHWILER (Fn. 14), Art. 333 N 1; GEISER, Arbeitsrechtliche Fragen bei Sanierungen, in: Sanierung der AG, 2. Aufl., Zürich 2003, S. 130 f.; KARAGJOZI, Les transferts d'entreprises en droit du travail, Zürich 2003, S. 29 ff.; HOLDERMANN (Fn. 19), ArbR 1991, 45; KNUS (Fn. 13), S. 29.

45 BGE 123 III 467; 129 III 467; STAHELIN (Fn. 7), Art. 333 N 6; BRÜHWILER (Fn. 14), Art. 333 N 1; GEISER, in: Kolloquium Staehelin (Fn. 11), S. 109; BAUMGARTNER (Fn. 1), Art. 76 N 8.

46 BGer vom 25.3.1999, 4C.37/1999, E. 1 a = JAR 2002, 228; BGE 129 III 335, 337.

47 BGer vom 25.3.1999, 4C.37/1999, E. 1 a = JAR 2002, 228; BGE 129 III 335, 337, mit Verweis auf AUBERT (Fn. 22), AJP 1994, 704.

48 BGer vom 25.3.1999, 4C.37/1999 = JAR 2002, 228 (mit Verweis auf die EuGH-Rechtsprechung); BBI 1992 V 398; WYLER, Droit du travail, Bern 2002, S. 292, 305; BRÜHWILER (Fn. 14), Art. 333 N 1.

49 BGer vom 30.7.2004, 4C.193/2004, E. 2.2 f. = ARV 2004, 242; BGer vom 25.3.1999, 4C.37/1999, E. 1 a = JAR 2002, 228; BGer vom 4.9.1998, 4C.221/1998.

50 BGer vom 25.3.1999, 4C.37/1999, E. 1 b = JAR 2002, 228.

51 BGer vom 23.8.1999, JAR 2000, 179.

52 BGer vom 25.3.1999, 4C.37/1999 = JAR 2002, 228; BGer vom 23.8.1999, JAR 2000, 179.

53 BGE 127 I 187 E. 4d.

IV. Betriebsbezogenheit des Arbeitsverhältnisses

Die Betriebsbezogenheit des Arbeitsverhältnisses ist ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal von Art. 333 OR, welches besagt, dass sich das Arbeitsverhältnis überhaupt einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil zuordnen lassen muss.⁵⁴ Im Wortlaut des Art. 333 OR findet sich in Bezug auf die Frage der Zuordnung von Arbeitsverhältnissen zu den einzelnen Betrieben oder Betriebsteilen keinerlei Hinweis. Richtigerweise kommt es darauf an, in welchem Betrieb oder Betriebsteil der Arbeitnehmer *objektiv überwiegend tätig* war.⁵⁵ Der Schwerpunkt der Tätigkeit ergibt sich v.a. unter Berücksichtigung des Arbeitsorts, der Aufteilung der Arbeitszeit, der organisatorischen Zuordnung und der Bedeutung der Tätigkeit für den Betriebszweck.⁵⁶ Der auf diese Weise ermittelte objektive Tätigkeitsschwerpunkt muss eindeutig abgrenzbar sein. Für den Arbeitnehmer, der für mehrere Betriebe oder Betriebsteile gleichzeitig tätig ist, erstreckt sich die Betriebsbezogenheit des Arbeitsverhältnisses demnach auf denjenigen Betrieb oder Betriebsteil, für den der Arbeitnehmer ausschliesslich oder zur Hauptsache tätig ist.⁵⁷ Ein Arbeitnehmer geht nur dann mit einem Betrieb(steil) auf den Erwerber über, wenn er *in* und nicht lediglich *für* diesen Betrieb(steil) gearbeitet hat.⁵⁸

Nicht alle Fälle lassen sich jedoch im Wege der objektiven Zuordnung lösen. Es bleibt vielmehr eine beachtliche «Grauzone» von Arbeitnehmern übrig, welche ohne deutliche Schwerpunktbildung ihrer Tätigkeit für mehrere Betriebe oder Betriebsteile in annähernd gleichem Umfang tätig werden. In der Praxis kann die Zuordnung *erhebliche Probleme* bereiten bei:

- Arbeitnehmern, die wechselnd in verschiedenen Betriebsabteilungen oder gar verschiedenen Betrieben des Veräusserers eingesetzt werden (sog. «Springer»);
- Arbeitnehmern mit überbetrieblichen Leitungsfunktionen (z.B. Leiter des Einkaufs für mehrere Betriebe);
- Arbeitnehmern in Stabsfunktionen (zentrale Buchhaltung, EDV, Personalabteilung, Kantine).

54 So auch WINKLER (Fn. 21), S. 19; STAEHELIN (Fn. 7), Art. 333 N 7; KNUS (Fn. 13), S. 25.

55 Die Zuordnung zeigt sich äusserlich meist darin, dass der Arbeitnehmer dem Betrieb seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt und dort seinen Arbeitsplatz hat, siehe KNUS (Fn. 13), S. 25; STAEHELIN (Fn. 7), Art. 333 N 7; SUFFERT (Fn. 16), S. 23 f.; WINKLER (Fn. 21), S. 19. Vgl. auch CA GE in JAR 2002, 232, und STREIFF/VON KAENEL (Fn. 14), S. 554, wonach die Zuordnung sich nach der ausgeübten Funktion der einzelnen Stelle bestimmt.

56 Siehe dazu ausführlich KREITNER, Die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen beim Betriebsinhaberwechsel, NZA 1990, 429 ff. Siehe auch PICOT/SCHNITKER, Arbeitsrecht bei Unternehmenskauf und Umstrukturierung, München 2001, S. 46 f.

57 So STAEHELIN (Fn. 7), Art. 333 N 7; STREIFF/VON KAENEL (Fn. 14), S. 554.

58 So auch PICOT/SCHNITKER (Fn. 56), S. 47, mit Verweis auf BAG vom 13.11.1997, AP Nr. 170 zu § 613a BGB = ZIP 1998, 344 = NZA 1998, 249 («Stabsfunktion bei Betriebsteilübergang»).

Für nicht zuzuordnende Arbeitsverhältnisse kann ein Übergang kraft Gesetzes gerade nicht stattfinden, so dass ein Betriebsübergang gemäss Art. 333 OR hinsichtlich solcher Arbeitsverhältnisse scheitern wird. Ein Eintritt des Erwerbers in nicht zuzuordnende Arbeitsverhältnisse ist (ausserhalb des FusG)⁵⁹ ausschliesslich im Wege einer dreiseitigen Vereinbarung zwischen bisherigem Arbeitgeber, Erwerber und betroffenem Arbeitnehmer möglich.

C. Europarechtliche Vorgaben

I. Relevanz der europarechtlichen Vorgaben in der Schweiz

Zur Frage, inwieweit bei der Auslegung von Art. 333 OR die europarechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen sind, hat sich das BGer in einem Urteil von grundlegender Bedeutung für die Auslegung des schweizerischen Privatrechts, dem BGE 129 III 335, geäussert.⁶⁰ Das BGer hat mit diesem Urteil erstens das in der Lehre⁶¹ längst postulierte Prinzip der europarechtskonformen Auslegung des autonom nachvollzogenen Rechts ausdrücklich anerkannt.⁶² Zweitens betont das BGer, dass bei der Auslegung des autonom nachvollzogenen Rechts die Weiterentwicklung des Rechts mitzuberücksichtigen sei, dass also in anderen Worten die europarechtskonforme Auslegung ein dynamisches Konzept sei.⁶³ Dies bedeutet, dass bei der Auslegung von Art. 333 OR auch das seit dessen Inkrafttreten am 1. Mai 1994 geänderte europäische Recht, insbesondere die neue Richtlinie 2001/23/EG über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen und v.a. die neuere EuGH-Rechtsprechung, zu beachten sind.⁶⁴ Drittens stellt das BGer das Prinzip der europarechtskonfor-

59 Findet die Umstrukturierung im Rahmen des FusG statt und kommt Art. 333 OR nicht zur Anwendung, so geht das betreffende Arbeitsverhältnis mittels eines gesellschaftsrechtlichen Betriebsübergangs über und die Lösung des Zuordnungsproblems muss ausserhalb der Vorschrift von Art. 333 gefunden werden, vgl. WINKLER (Fn. 21), S. 40 ff.

60 BGE 129 III 335, 350, E. 6; bestätigt in BGE 130 III 182.

61 Z.B. WIEGAND/BRÜHLHART, Die Auslegung von autonom nachvollzogenem Recht der europäischen Gemeinschaft, Bern 1999, S. 6 ff., 30 f., 38; WINKLER (Fn. 21), S. 19 ff.; MÜLLER (Fn. 16), AJP 1996, 150 ff.; AUBERT (Fn. 22), AJP 1994, 703; BRÄNDLI (Fn. 34), S. 128, 140.

62 Siehe dazu AMSTUTZ, Interpretatio multiplex: Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335, in: Privatrecht und Methode – Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel 2004, S. 67 ff., 84 ff. m.w.H.

63 AMSTUTZ (Fn. 62), S. 68; PROBST, Die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes als neue Herausforderung für die Praxis und die Wissenschaft im schweizerischen Privatrecht, BJM 2004, 225 ff., 236 f. Für ein statisches Konzept GEISER, in: Sanierung der AG (Fn. 44), S. 155.

64 Bezüglich der Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH auch schon BGE 127 V 183, 187; BGer vom 25.3.1999, 4C.37/1999 = JAR 2002, 228; nicht veröffentlichtes Urteil des BGer vom 6.8.1996, 4P.66/1996.

men und dynamischen Auslegung unter den Vorbehalt der Grenzen der binenstaatlichen Methodologie.⁶⁵

Angesichts der Tatsache, dass der Übergang von Betrieben und Betriebsteilen im Obligationenrecht nicht definiert wird und die zu Art. 333 OR ergangene Rechtsprechung erstaunlich spärlich ist, werden die schweizerischen Gerichte bei der Beurteilung, ob ein Betriebsübergang gemäss Art. 333 OR vorliegt oder nicht, zweifelsohne in Zukunft die Rechtsprechung des EuGH vermehrt mitzubersichtigen haben. Dabei gilt es im Hinterkopf zu behalten, dass der EuGH den Gerichten durch die Betonung der Gesamtbewertung die Bewertungsprärogative für den zu entscheidenden Fall gibt. Es ist daher grundsätzlich Sache des entscheidenden Gerichts, welches Gewicht es den einzelnen Faktoren, z.B. der Übertragung von Betriebsmitteln oder Personal, gibt. So hat denn der EuGH in seiner *Güney-Görres*-Entscheidung vom 15. Dezember 2005 erneut ausdrücklich betont, dass der Übergang der materiellen Betriebsmittel (welcher im konkreten Sachverhalt das entscheidende Element darstellte, welches die Funktionsnachfolge zum Betriebsübergang gestaltete) nur einen Teilaspekt der Gesamtbewertung darstelle, welche der nationale Richter bei der Prüfung des Vorliegens eines Betriebsübergangs vorzunehmen habe.⁶⁶ Die schweizerischen Gerichte können diesen erheblichen Beurteilungsspielraum so nutzen, dass sie bei der Mitberücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben in ihrer Entscheidungsfindung, ob die Tatbestandsvoraussetzungen eines Betriebsübergangs gegeben sind, eine eigenständige Rechtsprechung bei der Gesamtabwägung entwickeln, welche dem Zweck des Ausschlusses gewisser Sachverhalte aus dem Anwendungsbereich von Art. 333 OR dienen kann.

II. Der Betriebsübergang gemäss europäischem Recht

1. Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit

Während Art. 333 OR von der «Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils durch den Arbeitgeber auf einen Dritten» spricht, verlangt der EuGH als tatbestandliche Voraussetzungen eines Betriebsübergangs die «Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit». Die Richtlinie fasst die Begriffe Unternehmen, Betrieb und Betriebsteil unter dem Oberbegriff der «wirtschaftlichen Einheit» zusammen. Unter einer wirtschaftlichen Einheit ist die organisierte Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit zu verstehen, die auf eine gewisse

65 Siehe dazu PROBST (Fn. 63), BJM 2004, 255. Dies ermöglicht eine Mitberücksichtigung «mit kritischer Brille» im Sinne von DENZLER (Fn. 10), recht 1998, 69.

66 EuGH vom 15. 12. 2005, *Güney-Görres*, Slg. 2005 I 11237 = NZA 2006, 29 mit Anm. KOCK = BB 2006, 273 mit Anm. MELOT DE BEAUREGARD = NJW 2006, 889.

Dauer ausgelegt ist.⁶⁷ *Erstens* muss also festgestellt werden, ob die auf eine andere Person übergegangene Organisation eine «wirtschaftliche Einheit» darstellt. *Zweitens* ist zu untersuchen, worin ihre identitätsprägenden Merkmale bestehen. *Drittens* ist zu prüfen, ob der Inhaberwechsel die identitätsprägenden Merkmale der wirtschaftlichen Einheit unberührt gelassen hat.

Im zu Recht vielkritisierten Fall *Christel Schmidt* von 1994 hatte der EuGH zu entscheiden, ob die vertragliche Übertragung von Reinigungsaufgaben eines Betriebs an eine Fremdfirma die Übertragung eines Betriebsteils im Sinne der Richtlinie 77/187/EWG darstelle und ob dies auch dann gelte, wenn die Reinigungsaufgaben von einer einzigen Arbeitnehmerin erledigt werden. Der EuGH kam zum heftig kritisierten Schluss, dass die Auslagerung einer einzelnen Putzfrau ohne Veräusserung irgendwelcher Betriebsmittel einen Betriebsübergang darstelle.⁶⁸ Der EuGH hat aber in seinem Entscheid *Ayse Sözen* vom 11. März 1997 einen Wendepunkt für die weitere Rechtsentwicklung gesetzt und klargestellt, dass eine blossе Tätigkeit nicht ausreiche, um den Begriff der «wirtschaftlichen Einheit» im Sinne der EuGH-Rechtsprechung auszufüllen, da die Identität der Einheit sich auch aus anderen Merkmalen wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und den ihr gegebenenfalls zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln ergebe.⁶⁹ Das *Ayse Sözen*-Urteil hat – dies lässt sich mit einem gewissen zeitlichen Abstand und in Kenntnis der seitherigen Fortentwicklung feststellen – zu einer erheblichen Entspannung der EuGH-Betriebsübergangs-Praxis beigetragen, indem es einige wesentliche Hinweise für das Verständnis der Richtlinie gab. Die eigentliche Kernfrage, was denn die «wirtschaftliche Einheit» als Substrat des Betriebsübergangs im konkreten Fall ausmacht, wurde zunächst im Sinne einer negativen Begrenzung beantwortet mit der Aussage, dass eine blossе Tätigkeit hierfür nicht ausreiche (N 15). Hinsichtlich der positiven Abgrenzung enthält das Urteil durch erstmalige definitorische Ansätze («auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit», «organisatorische Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Zielsetzung», N 13) wichtige Fortentwicklungen der früheren EuGH-Rechtsprechung.

Wiederholt bestätigt hat der EuGH auch, dass es für die Anwendbarkeit der Richtlinie erforderlich, aber auch ausreichend sei, wenn die für den Betrieb des Unternehmens verantwortliche natürliche oder juristische Person,

67 Art. 1 Abs. 1 b RL 2001/23/EG. Der Richtliniengeber hat mit dieser Definition die im EuGH-Urteil *Ayse Sözen* (Fn. 69) entwickelten Erkenntnisse mit nur leicht veränderter Wortwahl in eine europäische Rechtsnorm umgewandelt, was in den vorangestellten Erwägungsgründen deutlich zum Ausdruck kommt.

68 EuGH vom 14. 4. 1994, *Christel Schmidt*, Slg. 1994 I 1311 = NZA 1994, 545.

69 EuGH vom 11. 3. 1997, *Ayse Sözen*, Slg. 1997 I 1259, N 15 = NZA 1997, 433 = ZIP 1997, 516 = NJW 1997, 2039; EuGH vom 10. 12. 1998, *Hernandez Vidal*, Slg. 1998 I 8179 = NZA 1999, 253; EuGH vom 10. 12. 1998, *Hidalgo und Ziemann* (Fn. 41); EuGH vom 2. 12. 1999, *G.C. Allen*, Slg. 1999 I 8643 = ZIP 1999, 2107 = WM 2000, 569 = NZA 2000, 587.

welche die Arbeitgeberpflichten gegenüber den Beschäftigten eingehe, «im Rahmen vertraglicher Beziehungen» wechsele.⁷⁰ Der EuGH sieht damit ganz bewusst vom Erfordernis unmittelbarer Rechtsbeziehungen zwischen bisherigem und neuem Betriebsinhaber ab und verlangt auch nicht, dass es sich um ein einheitliches Rechtsgeschäft handelt, das insgesamt auf den Übergang der Rechtsstellung des Inhaber gerichtet ist. Es reicht aus, wenn der Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils durch ein oder mehrere «gebündelte» Rechtsgeschäfte mit Dritten erfolgt.⁷¹

Identitätsbildend für die wirtschaftliche Einheit im Sinne der EuGH-Rechtsprechung ist die auf Dauer angelegte Koordination von Wirtschaftsfaktoren zu einem bestimmten wirtschaftlichen Zweck.⁷² Nur wenn diese spezifische Koordination den Übertragungsvorgang überdauert, kann von einem Betriebsübergang die Rede sein. Entscheidendes Merkmal für die Wahrung der Betriebsidentität ist somit die tatsächliche Weiternutzung einer vorgefundenen, vom bisherigen Betriebsinhaber geschaffenen, auf Dauer angelegten und auf einen bestimmten Betriebszweck ausgerichteten Arbeitsorganisation durch den Erwerber. Dem Betriebserwerber muss es darum gehen, eine funktionsfähige Organisationseinheit zu übernehmen und von der bereits vorhandenen Betriebsorganisation zu profitieren. Plastisch ausgedrückt: «Der Erwerber muss sich ins gemachte Nest legen und darf kein neues bauen».⁷³

2. Gesamtbewertung mit Hilfe des Sieben-Punkte-Katalogs

Zur Beurteilung, ob ein Betriebsübergang gegeben ist, verlangt die Rechtsprechung des EuGH eine Gesamtbewertung aller Umstände anhand eines Sieben-Punkte-Katalogs,⁷⁴ welcher folgende, nicht isoliert zu sehende Punkte umfasst:

- 70 EuGH vom 5.5.1988, *Berg und Busschers* (Fn. 40); EuGH vom 15.6.1988, *Bork* (Fn. 37), N 13; EuGH vom 26.9.2000, *Mayeur*, Slg. 2000 I 7755.
- 71 EuGH vom 10.2.1988, *Daddy's Dance Hall*, Slg. 1988 I 739 (Kündigung eines Restaurant-Pachtvertrags und Abschluss eines neuen Pachtvertrags mit einem anderen Betreiber); EuGH vom 15.6.1988, *Bork* (Fn. 37) (Kündigung eines Mietverhältnisses über Geschäftsräume und Verkauf durch den Eigentümer); EuGH vom 24.1.2001, *Temco*, Slg. 2002 I 969 = NZA 2002, 265 mit Anm. THÜSING in BB 2002, 467 = SAE 2002, 246 mit Anm. ADAM (Neuvergabe eines Reinigungsauftrags mit der Besonderheit, dass Auftragnehmer 1 lediglich Subunternehmer des Vertragspartners des Auftraggebers war. Der EuGH fand in N 32, dass dies für den Begriff der vertraglichen Beziehung ohne Bedeutung sei.).
- 72 Damit entspricht der vom EuGH benutzte Begriff der wirtschaftlichen Einheit weitgehend dem schweizerischen Betriebsbegriff im Sinne von Art. 333 OR, siehe dazu oben S. 467 (B.I.).
- 73 So MASCHMANN/SIEG, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, München 2005, S. 13.
- 74 EuGH vom 18.3.1986, *Spijkers*, Slg. 1986 I 1119, N 11 f. (deshalb auch Spijkers-Formel genannt); EuGH vom 11.3.1997, *Ayşe Süzen* (Fn. 69), N 14; EuGH vom 19.5.1992, *Stichting* (Fn. 22); EuGH vom 15.12.2005, *Güney-Görres* (Fn. 66).

- die Art des bisherigen Unternehmens oder Betriebs;
- der etwaige Übergang materieller Betriebsmittel;
- der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs;
- die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber;
- der etwaige Übergang der Kundschaft;
- der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten;
- die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeiten.

Von der Art des Unternehmens oder Betriebs hängt es ab, welches Gewicht den weiteren vom EuGH genannten Merkmalen bei der Gesamtabwägung zukommt. Dabei wird meistens unterschieden zwischen betriebsmittelgeprägten und betriebsmittellarmen bzw. -losen Betrieben.

Produktionsbetriebe sind i.d.R. betriebsmittelgeprägt, denn sie kommen ohne Gebäude, Maschinen, Produktionsanlagen, Werkzeuge etc. gar nicht aus. Ihr Schwerpunkt liegt auf den materiellen Betriebsmitteln (*assets*). Es spricht deshalb für die Annahme eines Betriebsübergangs, wenn die zur Aufrechterhaltung der bisherigen Organisation und Produktion erforderlichen Betriebsmittel übertragen und vom Erwerber tatsächlich genutzt werden. Dass der Erwerber das Personal eines betriebsmittelgeprägten Betriebs nicht mitübernimmt, schliesst den Betriebsübergang dagegen gemäss EuGH-Rechtsprechung nicht aus.⁷⁵ Dienstleistungsbetriebe sind oftmals betriebsmittellarme Betriebe, bei denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt. Anknüpfungspunkt für die übertragungsfähige Einheit ist dann die organisierte Gesamtheit der Mitarbeiter des Dienstleisters, wenn sie durch ihre gemeinsame Tätigkeit für eine gewisse Dauer organisatorisch verbunden ist. Aus diesem Grund kommt es seit dem vielbeachteten EuGH-Entscheid *Ayşe Süzen* von 1997 bei betriebsmittellarmen Betrieben darauf an, ob der Erwerber die bisherige Belegschaft ganz oder zumindest zum grössten Teil übernimmt und ob er die Mitarbeiter in den bisherigen Funktionen tatsächlich weiterbeschäftigt, während die Übertragung von materiellen oder immateriellen Betriebsmitteln für die Annahme eines Betriebsübergangs nicht mehr notwendig ist.⁷⁶ Der Schwerpunkt von Dienstleistungsbetrieben kann aber auch auf den immateriellen Betriebsmitteln liegen, so dass ein Betriebsübergang vorliegt, wenn das Know-how des Veräusserers übernommen wird und dieses die wesentliche Betriebsgrundlage bildet. Dienstleistungsbetriebe können schliesslich auch betriebsmittelgeprägt sein, wenn zur Erreichung des Betriebszwecks materielle Betriebsmittel in erheblichem Umfang

75 EuGH vom 20.11.2003, *Carlito Abler*, Slg. 2003 I 14023 = NJW 2004, 45 = NZA 2003, 1385 = BB 2004, 272 = DB 2003, 2654 = ZIP 2003, 2315.

76 EuGH vom 11.3.1997, *Ayşe Süzen* (Fn. 69); ebenso EuGH vom 10.12.1998, *Hidalgo und Ziemann* (Fn. 41), N 26. Siehe dazu ausführlich KARAGIOZI (Fn. 44), S. 32 ff.

erforderlich sind. Die Übernahme der Betriebsmittel ist dann für die Verwirklichung des Tatbestands des Betriebsübergangs entscheidend.⁷⁷

III. Betriebsübergang und Funktionsnachfolge (Outsourcing)

Eines der komplexesten und zugleich praxisrelevantesten Probleme im Rahmen der Betriebsübergangs-Richtlinie ist die Abgrenzung des Betriebsübergangs von der blossen Funktionsnachfolge (teilweise ist auch von Auftragsnachfolge oder Auftragsvergabe die Rede), d.h. der Übertragung von betrieblichen Funktionen auf einen Dritten durch erstmalige oder erneute Auftragsvergabe. Schaut man sich die Rechtsprechung des EuGH oder auch des deutschen BAG an, so wird klar, dass ein Grossteil der Praxisfälle zum Betriebsübergang die Neuvergabe von Aufträgen zum Inhalt hat.⁷⁸ In der Schweiz wird für den Begriff Funktionsnachfolge häufiger der Ausdruck «Outsourcing» verwendet.⁷⁹ Bei einer Funktionsnachfolge werden betriebliche Aufgaben nicht mehr durch die eigenen Arbeitnehmer, sondern durch eine Fremdfirma (z.B. Catering-Unternehmen, Putzinstitut, Securitas, Spedition oder IT-Unternehmen) wahrgenommen.⁸⁰

1. Die EuGH-Urteile *Christel Schmidt* und *Ayse Sützen*

Die Diskussion um das Problem der Funktionsnachfolge wurde durch die zu Recht stark kritisierte EuGH-Entscheidung *Christel Schmidt* ausgelöst, welche diesen Begriff anno 1994 erstmals auf höchster Ebene geprägt hat.⁸¹ Einige der Unklarheiten, welche der Fall *Christel Schmidt* hervorgerufen hat, hat der EuGH 1997 durch die Entscheidung *Ayse Sützen* beseitigt, indem diese den geradezu erlösenden Satz enthielt, dass eine blossе Tätigkeit nicht ausreiche, um den Begriff der wirtschaftlichen Einheit im Sinne der EuGH-Rechtsprechung auszufüllen.⁸² Damit wurde klargestellt, dass nicht jede

Funktionsnachfolge automatisch einen Betriebsübergang nach sich zieht, sondern dass die Betriebsmerkmale eine entscheidende Rolle für die Annahme eines Betriebsübergangs spielen. Die reine Funktionsnachfolge stellt keinen Betriebsübergang dar – jede andere Betrachtung stünde in einem unauflösbaren Widerspruch zum Prinzip des freien Wettbewerbs.⁸³ Die Funktionsnachfolge ist nur dann als Übergang eines Betriebes zu qualifizieren, wenn zusätzlich relevante materielle oder immaterielle Betriebsmittel von dem einen auf den anderen Unternehmer übergehen oder eine Übernahme eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des vom einen Unternehmer zur Durchführung des Vertrages eingesetzten Personals durch den anderen stattfindet.⁸⁴ Da der EuGH seit *Ayse Sützen* die Übertragung von Betriebsmitteln für die Annahme eines Betriebsübergangs als nicht mehr notwendig erachtet, kann eine betriebsmittellose Funktionsnachfolge einen Betriebsübergang darstellen, wenn die Fremdfirma zur Erfüllung einer übernommenen Betriebsfunktion freiwillig eine organisierte Gesamtheit von Arbeitnehmern übernimmt, denen eine gemeinsame Aufgabe eigens auf Dauer zugewiesen ist.⁸⁵ Entscheidend ist, dass sich die Fremdfirma, die eine Funktionsnachfolge antritt, eine beim bisherigen Arbeitgeber bestehende Arbeitsorganisation (welche bereits hinreichend strukturiert und selbständig sein muss)⁸⁶ zunutze macht und keine neue mit eigenem Personal aufbaut.

Die Annahme eines Betriebsübergangs bei der Auftragsvergabe hat zur Konsequenz, dass der Auftragnehmer nicht nur die Leistungsträger, sondern auch alle anderen Mitarbeiter des Betriebs übernehmen muss. Diese Konsequenz wird meist nicht im Interesse des Auftragnehmers liegen, was diesen dazu motivieren wird, darauf zu verzichten, einzelne Mitarbeiter oder Betriebsmittel (wenn deren Übernahme nicht vom Auftraggeber vorgegeben ist) des Auftraggebers zu übernehmen. Im Ergebnis wird der Auftragnehmer die Übernahme von Mitarbeitern und Betriebsmitteln soweit möglich ganz ablehnen, was sozialpolitisch und wirtschaftlich wenig wünschenswert ist.⁸⁷

2. Verschiedene Konstellationen der Funktionsnachfolge

Bei einer erstmaligen Fremdvergabe einer betrieblichen Aufgabe überträgt das Unternehmen diese Aufgabe zum ersten Mal an einen externen Auftragnehmer. Dabei liegt es in der Hand des Auftraggebers zu bestimmen, ob hier-

77 EuGH vom 20.11.2003, *Carlito Abler* (Fn. 75).

78 Vgl. z.B. die Übersicht der Rechtsprechung des BAG mit z.T. bisher unveröffentlichten Urteilen bei ASCHIED, in: *Kölner Tage des Arbeitsrechts, Umstrukturierung von Betrieb und Unternehmen im Arbeitsrecht*, Köln 1999, S. 22 ff.; die Zusammenstellung grundlegender Entscheidungen des EuGH und des BAG bei PICOT/SCHNITKER (Fn. 56), S. 18 ff., oder bei WILLEMSSEN ET AL. (Fn. 15), G N 47 ff.

79 So BERKOWSKY, *Die betriebsbedingte Kündigung*, 4. Aufl., München 1997, § 13 N 6.

80 Zum Begriff Outsourcing vgl. ausführlich BRÄNDLI (Fn. 34), S. 3 ff.

81 EuGH vom 14.4.1994, *Christel Schmidt* (Fn. 68). Vgl. zu der aussergewöhnlich heftigen Reaktion, die die Entscheidung im Schrifttum hervorgerufen hat, die Nachweise bei WILLEMSSEN, Aktuelle Tendenzen zur Abgrenzung des Betriebsübergangs, DB 1995, 924.

82 Siehe dazu ANNUSS, Der Betriebsübergang nach «Ayse Sützen», NZA 1998, 70; WILLEMSSEN/ANNUSS, Neue Betriebsübergangsrichtlinie – Anpassungsbedarf im deutschen Recht?, NJW 1999, 2073; WILLEMSSEN ET AL. (Fn. 15), G N 12 («Das Ayse Sützen-Urteil des EuGH hat [...] zu einer erheblichen Entspannung insbesondere in Bezug auf die Outsourcingthematik beigetragen.»).

83 Vgl. dazu BAUDENBACHER, Auftragsnachfolge und Betriebsübergang im europäischen Recht, DB 1996, 2177 ff., 2181 (mit Verweis auf die Schlussanträge des Generalanwalts La Pergola vom 15.10.1996 i.S. *Ayse Sützen*).

84 EuGH vom 11.3.1997, *Ayse Sützen* (Fn. 69).

85 EuGH vom 11.3.1997, *Ayse Sützen* (Fn. 69); EuGH vom 19.9.1995, *Rygaard*, Slg. 1995 I 2745 = NZA 1995, 1031 = BB 1995, 2377 = DB 1995, 2117.

86 EuGH vom 10.12.1998, *Hidalgo* und *Ziemann* (Fn. 41), N 27.

87 Siehe dazu PICOT/SCHNITKER (Fn. 56), S. 15 f. («Alles-oder-Nichts-Prinzip»); SUFFERT (Fn. 16), S. 152.

durch ein *Betriebsübergang vom Auftraggeber auf den Auftragnehmer* ausgelöst wird. Bei der reinen Vergabe eines Auftrags liegt kein Betriebsübergang vor, denn es wird keine funktionsfähige Einheit im Sinne der Rechtsprechung übertragen, mittels derer der Auftragnehmer in der Lage wäre, die Aufgabe im Wesentlichen unverändert fortzuführen.⁸⁸ Wenn nun aber der Auftragnehmer die zur Erfüllung des Auftrags einzusetzenden Betriebsmittel und das einzusetzende Personal nicht selber stellt, sondern vom Auftraggeber übernimmt, so kann sich diese Beurteilung ändern. Der Auftraggeber hat oft Interesse daran, die nicht mehr benötigten Betriebsmittel an den Auftragnehmer zu verkaufen, oder die bislang in diesem Bereich tätigen und nunmehr nicht mehr benötigten Mitarbeiter dem Auftragnehmer zu überlassen. Je mehr Betriebsmittel und Mitarbeiter der Auftragnehmer übernimmt, desto wahrscheinlicher wird die Annahme eines Betriebsübergangs. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach den oben ausgeführten Kriterien, d.h. der Bedeutung der übernommenen Betriebsmittel und Mitarbeiter für den in Frage stehenden Betrieb (steil).

Bei einer Auftragsneuvergabe werden die bereits von einem externen Auftragnehmer geleisteten Dienste an ein anderes Unternehmen übertragen, indem ein bereits vergebener Auftrag beendet und der Auftrag an einen Konkurrenten neu vergeben wird. Hierin allein liegt gemäss der Rechtsprechung von *Ayşe Süzen* kein *Betriebsübergang vom ersten auf den zweiten Auftragnehmer*.⁸⁹ Der blosse Umstand, dass die nacheinander von dem alten und dem neuen Auftragnehmer erbrachten Leistungen einander ähneln, lässt nicht auf einen Betriebsübergang schliessen. Dies ist sinnvoll, da die Vergabe von Dienstleistungen, welche ein Unternehmen benötigt, an einen anderen Unternehmer eine in einer Konkurrenzwirtschaft getroffene Entscheidung ist, welche den Wettbewerb zwischen mehreren Bewerbern garantiert. Die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs können aber auch bei einem Auftragswechsel in einer Konkurrenzsituation erfüllt sein, wenn nämlich der neue Auftragnehmer Betriebsmittel und/oder Mitarbeiter des alten Auftragnehmers übernimmt. Dabei müssen grundsätzlich ähnliche Überlegungen wie für die erstmalige Fremdvergabe angestellt werden.

Werden bei einer Auftragsneuvergabe die Betriebsmittel nicht auf den neuen Auftragnehmer weiterübertragen, so stellt sich die weitere Frage, ob infolge der Beendigung des Auftrags zwischen Auftraggeber und erstem Auftragnehmer ein *Betriebsübergang vom ersten Auftragnehmer auf den Auftraggeber* anzunehmen ist.⁹⁰ Das wesentliche Kriterium für die Annahme eines

88 Siehe auch PICOT/SCHNITKER (Fn. 56), 21 N 57 (Dem Fall *Ayşe Süzen* «ist zunächst eindeutig zu entnehmen, dass die reine Neuvergabe des Auftrags keinen Betriebsübergang darstellt.»).

89 EuGH vom 11.3.1997, *Ayşe Süzen* (Fn. 69); EuGH vom 10.12.1998, *Hidalgo* und *Ziemann* (Fn. 41); EuGH vom 10.2.1998, *Daddy's Dance Hall* (Fn. 71).

90 Zur Rückübertragung eines verpachteten Betriebs siehe EuGH vom 17.12.1987, *Ny Mølle Kro* (Fn. 17).

Betriebsübergangs bei einem solchen Rückfall eines zeitweise überlassenen Betriebs ist die tatsächliche Weiterführung oder die Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit durch den Auftraggeber selbst. Ohne Ausübung einer betrieblichen Tätigkeit etwa durch Übernahme der Kundschaft oder der Hauptbelegschaft liegt kein Betriebsübergang auf den Auftraggeber vor. Der Erwerber kann zwar die Betriebsmittel übernehmen, diese verlieren jedoch ihre ursprüngliche Bedeutung als zweckbestimmte Leistungseinheit im Sinne des Betriebsbegriffs, wenn der Betriebszweck nicht tatsächlich weitergeführt wird.

3. Die neuesten EuGH-Urteile *Carlito Abler* und *Güney-Görres*

Nach einigen Jahren der Ruhe ist die Diskussion um die Funktionsnachfolge im Jahr 2003 neu entflammt. In der *Carlito Abler*-Entscheidung vom 20. November 2003 hat der EuGH einen Betriebsübergang bei der Neuvergabe eines Krankenhausverpflegungs-Auftrags angenommen, bei der der zweite Auftragnehmer zuvor von dem ersten Auftragnehmer benutzte und beiden nacheinander vom Auftraggeber zur Verfügung gestellte wesentliche materielle Betriebsmittel verwendete (konkret waren dies die Räumlichkeiten und die Ausstattung im Krankenhaus), und dies, obwohl der zweite Auftragnehmer zum Ausdruck gebracht hatte, dass er die Arbeitnehmer des ersten Unternehmens nicht übernehmen wolle.⁹¹ Der EuGH urteilte, dass es bei einer betriebsmittelgeprägten Tätigkeit für die Annahme eines Betriebsübergangs ausreichen könne, dass bei der Neuvergabe eines Auftrags das vom Auftraggeber zur Verfügung gestellte Inventar mitübernommen werde, obwohl kein einziger Arbeitnehmer übernommen werde, dass es also auf die Übernahme des Personals nicht ankomme, wenn den materiellen Betriebsmitteln identitätsstiftende Bedeutung zukomme. Der EuGH hat diese starre Formel zwar in der *Güney-Görres*-Entscheidung vom 15. Dezember 2005 selbst relativiert, indem er ausdrücklich betonte, dass auch der Übergang der materiellen Betriebsmittel nur einen Teilaspekt der Gesamtbewertung darstelle, welche der nationale Richter bei der Prüfung des Vorliegens eines Betriebsübergangs vorzunehmen habe. Trotzdem führte das Urteil dazu, dass in der Lehre erneut darüber diskutiert wurde, ob in bestimmten Konstellationen nunmehr auch die reine Auftragsnachfolge in den Anwendungsbereich der Betriebsübergangs-Richtlinie falle,⁹² was nach näherer Betrachtung der *Carlito Abler*-Entscheidung aber zu verneinen ist.

Die *Carlito Abler*-Entscheidung zeigte auf, dass bezüglich der Funktionsnachfolge immer noch gewisse Unklarheiten bestehen. Sie warf die Frage

91 EuGH vom 20.11.2003, *Carlito Abler* (Fn. 75).

92 Siehe WILLEMSSEN/ANNUSS, Auftragsnachfolge – jetzt doch ein Betriebsübergang?, DB 2004, 134 f.; BAUER, Christel Schmidt lässt grüssen: Neue Hürden des EuGH für Auftragsvergabe, NZA 2004, 14 ff.; SCHNITKER/GRAU, BB-Kommentar, BB 2004, 275.

auf, wann eine Übernahme von Betriebsmitteln durch den Auftragsnachfolger vorliegt, d.h. unter welchen Voraussetzungen dem Auftragsnachfolger im Eigentum des Auftraggebers stehende Betriebsmittel als eigene Betriebsmittel zuzurechnen sind. Das deutsche BAG stellte jeweils darauf ab, ob die Betriebsmittel dem neuen Auftragnehmer zur eigenwirtschaftlichen Nutzung überlassen worden waren, so dass das BAG im Falle *Carlito Abler* eine schlichte Funktionsnachfolge und keinen Betriebsübergang angenommen hätte, weil Räumlichkeiten und Kucheneinrichtung dem neuen Auftragnehmer nicht zur eigenwirtschaftlichen Nutzung überlassen worden waren. Da diese Sichtweise mit dem *Carlito Abler*-Entscheid nicht kompatibel war – der EuGH stellte im Fall *Carlito Abler* ja darauf ab, dass der Auftragnehmer die betreffenden «assets» nutzte – stellte das ArbG Düsseldorf im Jahr 2003 ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH. Der EuGH antwortete mit Urteil in Sachen *Güney-Görres*, dass die Überlassung von Betriebsmitteln zur eigenwirtschaftlichen Nutzung keine notwendige Voraussetzung für den Übergang dieser Betriebsmittel und für einen Betriebsübergang vom ursprünglichen Auftragnehmer auf den neuen Auftragnehmer im Rahmen einer Auftragsneuvergabe sei.⁹³ Es ging im Fall *Güney-Görres* um die Vergabe eines Auftrags zur Durchführung von Aufgaben der Luftsicherheit auf dem Flughafen Düsseldorf durch die Bundesrepublik Deutschland an ein Sicherheitsunternehmen, wobei die hierfür benötigten Geräte wie Hand- und Torsonden, Gepäckbänder mit automatischer Röntgensichtung und Sprengstoffspürgeräte sowohl vom Auftraggeber bereitgestellt wie auch gewartet wurden. Der EuGH stellte im Fall *Güney-Görres* klar, dass er zur sachgerechten Abgrenzung zwischen Betriebsübergang und blosser Auftragsneuvergabe das vom ArbG entscheidend herangezogene Kriterium der eigenwirtschaftlichen Nutzung der Betriebsmittel zwar wohl als ein, aber nicht als alleiniges Abgrenzungsmerkmal gelten lasse. Die Entscheidung über das Vorliegen eines Betriebsübergangs habe vielmehr auch hier im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu erfolgen.

Der Entscheid *Güney-Görres* hat einmal mehr klar gemacht, wie schwierig die Abgrenzung zwischen Betriebsübergang und Funktionsnachfolge sein kann. Denn gemäss *Güney-Görres* kann auch im blossen dispositionsfreien Gebrauch zur Verfügung gestellter Betriebsmittel ein Betriebsübergang liegen. Bei den klassischen fremdvergebenen Aufgaben liegt es nun aber auf der Hand, dass der Auftraggeber die Rahmenbedingungen des Auftrags vorgibt und die Rahmenbedingungen (Räumlichkeiten, Inventar oder Geräte) damit oftmals identisch bleiben, der Auftragnehmer also keine Wahl hat, ob er die ihm zur Verfügung gestellten Betriebsmittel mitübernehmen will.⁹⁴ Ob ein Be-

93 EuGH vom 15.12.2005, *Güney-Görres* (Fn. 66).

94 So auch SCHLACHTER, Betriebsübergang bei «eigenwirtschaftlicher Nutzung» von Betriebsmitteln des Auftraggebers, NZA 2006, 80 ff., 81, 83; Kock, Anm. ZIP 2006, 99.

triebsübergang bei der Neuvergabe von Aufträgen allein aufgrund der Übernahme wesentlicher materieller Betriebsmittel vorliegt, hängt entscheidend davon ab, ob die für die Auftragserfüllung zur Verfügung gestellten Einrichtungen, Geräte, Räumlichkeiten und sonstigen Ausstattungen des Auftraggebers dem Auftragnehmer als eigene Betriebsmittel zuzurechnen sind und welches Gewicht ihnen bei der im Rahmen des Betriebsübergangs vorzunehmenden Gesamtabwägung zukommt. Allerdings gibt der EuGH den nationalen Gerichten durch die Betonung der Gesamtbewertung die Bewertungsprärogative für den zu entscheidenden Fall. Infolge des erheblichen Beurteilungsspielraums der nationalen Gerichte ist eine Annäherung an englische Verhältnisse, wo sowohl die erstmalige als auch die erneute Auftragsvergabe sowie die Wiedereingliederung vormals fremdgegebener Tätigkeiten in die eigene Arbeitsorganisation regelmässig einen Betriebsübergang auslösen, durch die EuGH-Rechtsprechung nicht indiziert.⁹⁵ Für die Zukunft gilt somit weiterhin, unter Berücksichtigung des Richtlinienzwecks und sämtlicher Einzelfallumstände eine der jeweiligen Konstellation gerecht werdende Entscheidung zu treffen – das eine massgebliche Kriterium anerkennt der EuGH aber nicht.

IV. Erkenntnisse für das schweizerische Recht

1. Anwendung des Sieben-Punkte-Katalogs

Wird im Sinne von BGE 123 III 466 auf die Notwendigkeit eines Rechtsgeschäfts zwischen bisherigem und neuem Betriebsinhaber verzichtet, so wird es für die Annahme eines Betriebsübergangs gemäss Art. 333 OR umso wichtiger, eine Gesamtbewertung des Sachverhalts vorzunehmen und dabei alle relevanten Faktoren abzuwägen, um zu beurteilen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils durch den Arbeitgeber auf einen Dritten gegeben sind. Dabei ist die Anwendung des Sieben-Punkte-Katalogs des EuGH sehr hilfreich.⁹⁶ So verweist denn das BGer darauf, dass bei der Frage nach der Wahrung der Betriebsidentität sämtliche den Vorgang kennzeichnenden Tatsachen und Umstände zu berücksichtigen

95 Siehe die gesetzliche Regelung in Sec. 3(1)(b), (3) Transfer of Undertakings Protection of Employees Regulations (TUPE) 2006.

96 Kritisch zum Sieben-Punkte-Katalog DENZLER (Fn. 10), recht 1998, 70 (derart offene Formel, «dass sie auch Sachverhalte zu erfassen erlaubt, die (ökonomisch gedacht) nichts mehr mit der Übertragung eines Betriebsteils gemein haben»). Der vielkritisierte EuGH-Entscheid *Christel Schmidt* wurde aber durch *Ayşe Süzen* nicht bestätigt, sondern führte zu einem regelrechten Wendepunkt für die weitere Rechtsentwicklung (siehe zu diesen Entscheiden Fn. 68 f.). Zu wenig differenziert insofern DENZLER (Fn. 10), recht 1998, 69 (die in dessen Fn. 17 zitierte Literatur stammt aus der Zeit vor *Ayşe Süzen*). Aufgrund der zurückhaltenderen EuGH-Rechtsprechung seit *Ayşe Süzen* kann die Anwendung des Sieben-Punkte-Katalogs sehr von Nutzen sein, siehe die Auflistung eindeutiger Negativ- und Positivfälle bei WILLEMSEN ET AL. (Fn. 15), G N 117 ff.

seien, und dass von entscheidender Bedeutung sei, ob dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit vom neuen Inhaber tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen würde.⁹⁷ Das BGer anerkennt damit die Wichtigkeit einer Gesamtbetrachtung aller Sachverhaltsumstände zur Beurteilung, ob die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 333 OR vorliegen.⁹⁸

Bei der Prüfung eines schweizerischen Sachverhalts mit Hilfe des Sieben-Punkte-Katalogs des EuGH sind die Ziele von Art. 333 OR im Hinterkopf zu behalten. Da Art. 333 OR den «Gleichlauf von Arbeitsplatz und Arbeitsverhältnis» im Fall des Betriebsübergangs sicherstellen soll,⁹⁹ kommt es bei der Prüfung eines Sachverhalts darauf an, dass der Betrieb oder der Betriebsteil beim Übergang intakt bleibt. Dabei kann es auf jede Sachverhaltsnuance ankommen. Bei der Anwendung des Sieben-Punkte-Katalogs auf einen gegebenen Sachverhalt sind jeweils sämtliche den Vorgang kennzeichnenden Tatsachen zu berücksichtigen, um beurteilen zu können, ob es sich um einen Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR handelt.¹⁰⁰ Es sind somit zunächst alle Indizien für und gegen die Annahme eines Betriebsübergangs festzustellen. Die Bewertung der Bedeutung der einzelnen Indizien hat sich an den Umständen des Einzelfalls – also *case by case* – zu orientieren. Nur eine umfassende Abwägung und Bewertung anhand des Sieben-Punkte-Katalogs kann zur Annahme eines Betriebsübergangs berechtigen, nicht aber die Bejahung einzelner Faktoren. Ausserdem besteht bei der Abwägung der verschiedenen Punkte ein erheblicher Beurteilungsspielraum, der es erlaubt, die Gewichtung so vorzunehmen, dass ein konkreter Sachverhalt aus dem Anwendungsbereich von Art. 333 OR ausgeschlossen werden kann. Wenn der Sieben-Punkte-Katalog in dieser Art und Weise angewendet wird, so ist er auch für die schweizerische Praxis sehr hilfreich, insbesondere deshalb, weil der Übergang von Betrieben und Betriebsteilen im Obligationenrecht nicht definiert wird, und weil Literatur und Rechtsprechung zu Tatbeständen des Betriebsübergangs in der Schweiz noch nicht sehr weit entwickelt sind.

a. *Verzicht auf Übergang von Betriebsmitteln bei betriebsmittellarmen Tätigkeiten*

Bezüglich der Übernahme der EuGH-Rechtsprechung zur Unbeachtlichkeit des Übergangs von Betriebsmitteln bei betriebsmittellarmen Tätigkeiten gibt BRÄNDLI zu bedenken, dass dem schweizerischen Verständnis des Betriebs ein an einer materiellen Betriebsorganisation ausgerichteter Betriebsbegriff zu-

97 BGer vom 25.3.1999, 4C.37/1999, E. 1a (mit Verweis auf die EuGH-Rechtsprechung in Sachen *Christel Schmidt* und *Merckx und Neuhuyss*).

98 Ähnlich KARAGIOZI (Fn. 44), S. 48. Wenngleich damit noch nicht gesagt werden kann, dass BGer hätte den Sieben-Punkte-Katalog des EuGH übernommen, so aber LAMANNA MERKT (Fn. 37), S. 424.

99 Siehe dazu WILLEMSSEN (Fn. 8), RdA 1993, 133, 134 sowie oben S. 465 f. (A.III.1.).

100 Ebenso GEISER, Gutachten (Fn. 25), S. 11.

grunde liege.¹⁰¹ Die Entmaterialisierung des Betriebsbegriffs würde dazu führen, dass Tätigkeitsbereiche Betriebe und Betriebsteile darstellten, und die Übergabe einzig von Funktionen an Dritte einen Betriebsübergang gemäss Art. 333 OR auslösten, auch wenn keine materiellen oder immateriellen Betriebsmittel übergingen. Diese besorgten Aussagen BRÄNDLI müssen in mehrerlei Hinsicht präzisiert werden. Im Schweizer Recht ist unter dem Begriff Betrieb gemäss Lehre und Rechtsprechung eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit zu verstehen, die selbstständig am Wirtschaftsleben teilnimmt.¹⁰² REHBINDER erwähnt als Komponenten dieser Leistungseinheit die «organisatorische Zusammenfassung der persönlichen, materiellen und immateriellen Mittel».¹⁰³ Entscheidend ist aber die in sich geschlossene, organisatorische Leistungseinheit. Es gibt gestützt auf Art. 333 OR und die schweizerische Rechtsprechung m.E. keinen Grund, den schweizerischen Betriebsbegriff auf die Basis einer rein materiellen Betriebsorganisation zu stellen. Dies muss umso mehr gelten, seit der EuGH in *Ayşe Sülen* einen Betriebsübergang anhand eines einzigen Merkmals, wie z.B. der Übernahme der wesentlichen materiellen Aktiva, nicht mehr zulässt.¹⁰⁴ Die für den Betriebsübergang notwendige Identität der organisatorischen Leistungseinheit kann sich je nach Branche – neben den Betriebsmitteln – auch aus ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Dienstleistungskonzepten oder ihren Betriebsmethoden ergeben. Werden alle diese Faktoren bei der Beurteilung, ob ein Betrieb im Sinne einer organisatorischen Leistungseinheit vorliegt, berücksichtigt, so ist damit der Betriebsbegriff nicht «entmaterialisiert».¹⁰⁵ Nach neuerer EuGH-Rechtsprechung sind beide eben zitierten Schlussfolgerungen von BRÄNDLI offensichtlich nicht mehr richtig: Weder stellen reine Tätigkeitsbereiche Betriebe und Betriebsteile dar, noch löst die Übergabe einzig von Funktionen an Dritte einen Betriebsübergang gemäss Art. 333 OR aus.¹⁰⁶

Aus diesen Überlegungen kann gefolgert werden, dass die vom EuGH gemachten Erläuterungen zu einem möglichen Betriebsübergang ohne gleichzeitigen Übergang von bedeutenden Betriebsmitteln für die Schweiz insoweit

101 BRÄNDLI (Fn. 34), S. 141.

102 Siehe dazu oben S. 467 (B.I.).

103 REHBINDER (Fn. 7), Art. 333 N 2; DENZLER (Fn. 10), recht 1998, 69. Die Anknüpfung des Betriebsbegriffs knüpfte früher stärker an materielle Betriebsmittel an: KNUS (Fn. 13), S. 19 f.; SCHENK, Der Einzelarbeitsvertrag, Zürich 1973, S. 4; HOLDERMANN (Fn. 19), ArbR 1991, 43.

104 Aus diesem Grund ist das deutsche BAG nach *Ayşe Sülen* von seiner «Betriebsmittelrechtsprechung» abgekommen, siehe dazu WILLEMSSEN ET AL. (Fn. 15), G N 100 ff.

105 Von einer «Entmaterialisierung des Betriebsbegriffs» wurde in der Lehre im Zusammenhang mit *Christel Schmidt* (Fn. 68) – bekannt geworden unter dem Motto «Die Putzfrau als Betriebsteil» – gesprochen, siehe statt vieler WILLEMSSEN ET AL. (Fn. 15), G N 5 ff., m.w.H.

106 Zur Differenzierung von Funktionsnachfolge und Betriebsübergang siehe oben S. 480 f. (C.III.1.).

übernommen werden können, als eine Gesamtbewertung anhand des Sieben-Punkte-Katalogs ergibt, dass eine organisatorische Leistungseinheit übertragen wird, und diese nach dem Übergang ihre Identität bewahrt.¹⁰⁷ Dabei schliesst ein vom Erwerber von Anfang an beabsichtigter und zugleich realisierter grundlegender Wechsel des Betriebszwecks, der Betriebsmethoden, der Konzepte oder der Betriebsorganisation eine Identität der organisatorischen Leistungseinheit und damit einen Betriebsübergang gemäss Art. 333 OR aus.

b. *Übernahme der Hauptbelegschaft bei betriebsmittelarmen Tätigkeiten*

Das Pendant des Verzichts auf den Übergang von Betriebsmitteln ist das Abstellen auf die Übernahme der Hauptbelegschaft bei betriebsmittelarmen Tätigkeiten. Dieser kommt seit *Ayse Sützen* nunmehr indizielle Bedeutung für die Frage zu, ob ein Betriebsübergang vorliegt.¹⁰⁸ Die Arbeitnehmer selbst können eine wirtschaftliche Einheit darstellen, ohne dass weitere Betriebsmittel vorhanden sind, und diese Einheit kann ihre Identität über ihren Übergang hinaus bewahren, wenn der neue Inhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit fortführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hatte.¹⁰⁹ Entscheidend ist in diesem Zusammenhang nicht der Übergang einzelner Arbeitsverhältnisse, sondern der Übergang eines in einer Gesamtheit von Arbeitnehmern verkörperten Funktionszusammenhangs, d.h. der bestehenden Arbeitsorganisation, welche dem neuen Betriebsinhaber die Fortsetzung bestimmter Tätigkeiten des übertragenden Unternehmens auf Dauer erlaubt. Welcher nach Zahl und Sachkunde zu bestimmende Teil der Belegschaft übernommen werden muss, um von der Übernahme einer bestehenden Arbeitsorganisation ausgehen zu können, und ob die Weiterbeschäftigung von sog. Know-how-Trägern erforderlich ist, um in der alleinigen Übernahme von Personal einen Betriebsübergang zu sehen, kann nur nach dem jeweiligen Betriebszweck und Anforderungsprofil entschieden werden.

Dabei wird zwischen einfachen und qualifizierten Dienstleistungen unterschieden. Bei *qualifizierten Dienstleistungen* (Rechtsberatung, Buchhaltung, EDV) verfügt das Personal über qualifizierte Sachkunde. Wird bei der Übernahme des Personals wesentliches Know-how des bisherigen Betriebs (d.h. wesentliche immaterielle Betriebsmittel) akquiriert, so ist die Anwendung

107 Ebenso KARAGJOZI (Fn. 44), S. 48.

108 EuGH vom 11.3.1997, *Ayse Sützen* (Fn. 69).

109 EuGH vom 11.3.1997, *Ayse Sützen* (Fn. 69); EuGH vom 24.1.2001, *Temco* (Fn. 71).

von Art. 333 OR gerechtfertigt.¹¹⁰ *Einfache Dienstleistungen* (Reinigung, Verpflegung, Bewachung) lassen sich hingegen durch gering qualifizierte Mitarbeiter erbringen, die leicht austauschbar sind, so dass das Kriterium der Sachkunde keine Eingrenzung zu bewirken vermag.¹¹¹ Identitätsprägendes Merkmal ist hier die Arbeitsorganisation der Mitarbeiter, die sich daraus ergebende Aufgabenzuweisung an den einzelnen Arbeitnehmer und das in der Struktur der Arbeitsorganisation verkörperte Erfahrungswissen. Sind die Arbeitnehmer nur gering qualifiziert, muss eine hohe Anzahl von ihnen weiterbeschäftigt werden, um auf den Fortbestand der bisherigen Arbeitsorganisation schliessen zu können.¹¹² Bei einer Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung zur Übernahme von Personal in der Schweiz sollten die Anforderungen an den Fortbestand der Arbeitsorganisation bei einfachen Dienstleistungen hoch gesetzt werden.¹¹³ Auch die Übernahme eines nicht unerheblichen Teils des Personals kann nur ein Mosaikstein in der Gesamtbewertung und die Anwendung des Sieben-Punkte-Katalogs lediglich ein Hilfsmittel zur Beantwortung der Frage sein, ob eine organisatorische Leistungseinheit auf einen anderen Inhaber übergegangen ist und von diesem nunmehr für eigene betriebliche Zwecke genutzt wird. In diesem Sinne stellt das BGE klar, dass die Frage nach der tatsächlichen Übernahme der Arbeitsverhältnisse durch den Erwerber insoweit von Bedeutung ist, als sich daraus Rückschlüsse auf die Entwicklung der betrieblichen Organisation ziehen lassen.¹¹⁴ So ist ein Betriebsübergang z.B. bei einer reinen Übernahme von Arbeitnehmern und deren Eingliederung in eine bereits anderweitig vorhandene

110 So auch BRÄNDLI (Fn. 34), S. 141 f. («Bei der Übertragung von Dienstleistungen an Dritte ist jedoch durchaus verbreitet, dass bedeutende immaterielle Wirtschaftsgüter wie Know-how, Goodwill, Kundenstamm, Geschäftsbeziehungen etc. ebenfalls übernommen werden und die Rechtsfolgen von Art. 333 und 333a OR ihre unbestrittene und gerechtfertigte Anwendung finden.»). Ähnlich MASCHMANN/SIEG (Fn. 73), S. 26.

111 Aus diesem Grund lehnt BRÄNDLI (Fn. 34), S. 143 f., die EuGH-Rechtsprechung zur Übernahme eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des Personals für die einfachen Dienstleistungen ab (er wendet diese dann aber trotzdem auf das schweizerische Recht an, BRÄNDLI, a.a.O., 157 N 331 in fine).

112 Gemäss deutscher BAG-Rechtsprechung *mindestens 80%*. Vgl. dazu BAG vom 11.12.1997, AP Nr. 172 zu § 613a BGB = DB 1998, 883 = ZIP 1998, 666 («Reinigung II») (Weiterbeschäftigung von 86% der bisher eingesetzten Reinigungskräfte durch den Auftragsnachfolger reichte für die Annahme eines Betriebsübergangs aus); BAG vom 10.12.1998, AP Nr. 187 zu § 613a BGB = NZA 1999, 420 = ZIP 1999, 320 mit Anm. HANAU («Hol- und Bringdienst») (Weiterbeschäftigung von 75% der Arbeitnehmer reichte nicht aus). Siehe dazu WILLEMSSEN ET AL. (Fn. 15), G N 71.

113 Vgl. dazu MASCHMANN/SIEG (Fn. 73), S. 25 f., mit Hinweisen zur BAG-Rechtsprechung; WILLEMSSEN ET AL. (Fn. 15), G N 63. Somit kommt man dann zum selben Ergebnis wie BRÄNDLI (Fn. 34), 144, obwohl die Übernahme der EuGH-Rechtsprechung zur Übernahme von Personal nicht als solches abgelehnt wird (Ergebnis: Die Übernahme von Funktionen allein stellt keinen Betriebsübergang dar).

114 So BGE 127 V 183, 188, mit Verweis auf ein nicht veröffentlichtes Urteil des BGE vom 5.9.1998, 4C.221/1998. Ebenso DENZLER (Fn. 10), recht 1998, 70, der die Einigung der Parteien betreffend Übernahme des Personals als wichtiges Element der Analyse erachtet.

Betriebsorganisation zu verneinen.¹¹⁵ Wirbt ein Unternehmer qualifiziertes Personal an, um seine eigene Belegschaft, verteilt auf die einzelnen Betriebsabteilungen, zu verstärken, so ist dies im Ergebnis nicht anders zu beurteilen, als wenn er die zusätzlichen Arbeitnehmer auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt gesucht hätte. Solange das übernommene Personal nicht die Betriebs(teil)organisation des Vorgängers widerspiegelt und diese auch tatsächlich vom Nachfolger genutzt wird, ist deshalb das Angebot von Beschäftigungsmöglichkeiten auch gegenüber einer grossen Zahl von Arbeitnehmern im Hinblick auf Art. 333 OR unbedenklich.

2. Anwendung der Grundsätze zur Funktionsnachfolge

Erstaunlicherweise lassen sich in der schweizerischen Rechtsliteratur trotz der im Ausland (z.B. in Deutschland) rege geführten Diskussion kaum Nachweise für eine Aufnahme der Problematik der Funktionsnachfolge ins schweizerische Recht finden.¹¹⁶ Abgesehen von einem *obiter dictum* des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 28. März 2006, wonach die Auslagerung von Geschäftsbereichen (Outsourcing) je nach Sachverhalt unter Art. 333 OR fallen könne, aber nicht müsse,¹¹⁷ liegt auch keine Rechtsprechung des BGer zur Funktionsnachfolge vor. Es ist voraussehbar, dass es nur eine Frage der Zeit ist, bis die Erfassung der Funktionsnachfolge in den Anwendungsbereich von Art. 333 OR auch in der Schweiz vermehrt zur Sprache kommen wird. Das BGer hat nämlich in dem bahnbrechenden Entscheid BGE 123 III 466 für den Fall eines Pächterwechsels festgestellt, dass es für die Annahme eines Betriebsübergangs im Sinne von Art. 333 OR genüge, dass die Geschäftstätigkeit durch den neuen Betriebsinhaber tatsächlich fortgeführt oder wiederaufgenommen werde, und dass es dafür keiner Rechtsbeziehung zwischen dem bisherigen und dem neuen Betriebsinhaber bedürfe. Pächterwechsel und Auftragsneuvergaben weisen als «Dreieckskonstellationen» durchaus Ähnlichkeiten auf.¹¹⁸ so dass aus BGE 123 III 466 gefolgert werden darf, dass auch eine Fallkonstellation der Funktionsnachfolge unter den Begriff des Betriebsübergangs fallen könnte. Wie schon dargelegt, wurde BGE 123 III 466 aber vielfach kritisiert. STREIFF/VON KAENEL halten beispielsweise an einer vertraglichen Beziehung zwischen Veräusserer und Erwerber des Betriebs entgegen der derzeitigen Bundesgerichtspraxis fest.¹¹⁹ Aus diesem Grund lehnen sie sodann auch – mangels einer «Übertragung» – die Annahme

eines Betriebsübergangs bei Fällen der Auftragsneuvergabe ab.¹²⁰ Andere Autoren äussern sich lediglich zur reinen Funktionsnachfolge, indem sie für die Beendigung eines Auftrags mit einem Dienstleistungserbringer und die Neuvergabe an einen anderen die Annahme eines Betriebsübergangs ablehnen.¹²¹ Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob auch eine Funktionsnachfolge, welche mit der Übernahme von Betriebsmitteln und/oder Mitarbeitern gekoppelt ist, von der Subsumtion unter den Begriff des Betriebsübergangs gemäss Art. 333 OR ausgeschlossen sein soll.

Wie oben im Abschnitt zu den Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 333 OR erläutert, liegt m.E. eine «Übertragung auf einen Dritten» im Sinne des Art. 333 Abs. 1 OR dann vor, wenn der Erwerber mit Willen des bisherigen Betriebsinhabers die Leitungsmacht des Betriebs tatsächlich übernimmt. Aufgrund dieses Verständnisses sowie den funktionalen Zielen des Art. 333 Abs. 1 OR kann die Funktionsnachfolge, wenn sie mit der Übernahme von Betriebsmitteln und/oder Mitarbeitern gekoppelt ist, gegebenenfalls durchaus einen Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR darstellen.¹²² In Anbetracht der gestützt auf BGE 129 III 350 gebotenen europarechtskonformen Auslegung von Art. 333 OR muss bei der Frage der Funktionsnachfolge auf die entsprechende Rechtsprechung des EuGH zurückgegriffen werden.

Mit (durchaus kritischem) Blick auf die EuGH-Rechtsprechung zur Funktionsnachfolge können folgende zwei Grundsätze für das schweizerische Recht festgehalten werden:

1. Eine reine Funktionsnachfolge ist kein Betriebsübergang.
2. Eine Funktionsnachfolge, gekoppelt mit der Übernahme von Mitarbeitern und/oder Betriebsmitteln, kann gegebenenfalls einen Betriebsübergang gemäss Art. 333 OR darstellen.

Bei der Beurteilung, ob es sich bei einer derartigen «gekoppelten» Funktionsnachfolge – sei es durch eine erstmalige oder eine erneute Vergabe von Aufträgen – um einen Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR handelt, sind jeweils *sämtliche den Vorgang kennzeichnenden Tatsachen zu berücksichtigen*. Es sind somit zunächst alle Indizien für und gegen die Annahme eines Betriebsübergangs festzustellen. Die Bewertung der Bedeutung der einzelnen Indizien hat sich an den Umständen des Einzelfalls – *case by case* – zu orientieren. Für die Entscheidung, ob ein Betriebsübergang nach Art. 333 OR vor-

115 Vgl. WILLEMSSEN, Aktuelles zum Betriebsübergang, NJW 2007, 2065 ff., 2067 («Zerschlagungsmodell»), mit Verweis auf BAG vom 6.4.2006, NZA 2006, 1039 («Bistrowagen»).

116 Ebenso SUFFERT (Fn. 16), S. 82, anno 1999.

117 EVG Urteil vom 28.3.2006, C.9/04, E. 3.5.

118 So auch KOCK, Anm. ZIP 2006, 99; WILLEMSSEN/MÜNTEFERING, Outsourcing nach «Güney-Görres», NZA 2006, 1185 ff., 1188.

119 STREIFF/VON KAENEL (Fn. 14), S. 546.

120 STREIFF/VON KAENEL (Fn. 14), S. 547.

121 Siehe DENZLER (Fn. 10), recht 1998, 70 (da er aber wie STREIFF/VON KAENEL eine vertragliche Beziehung zwischen bisherigem und neuem Betriebsinhaber voraussetzt, ist anzunehmen, dass er die Annahme eines Betriebsübergangs bei gekoppelter Funktionsnachfolge ablehnen würde); GEISER, Gutachten (Fn. 25), S. 11.

122 Im Ergebnis ebenso BRÄNDLI (Fn. 34), S. 141 f. (allerdings nicht bei der Funktionsnachfolge gekoppelt mit der Übernahme von Personal bei einfachen Dienstleistungen); WICKIHALDER, in: IT-Outsourcing, Zürich 2003, S. 154 ff., 164, 190f (schliesst sich der Sichtweise von BRÄNDLI an); LAMANNA MERKT (Fn. 37), S. 425. Siehe ausserdem Fn. 33.

liegt, kann es auf jede Sachverhaltsnuance ankommen.¹²³ Der Gesamtbewertung des Sachverhalts anhand des Sieben-Punkte-Katalogs kommt deshalb bei der Funktionsnachfolge eine grosse Bedeutung zu, um den schmalen Grat zwischen reiner Funktionsnachfolge und Betriebsübergang gemäss Art. 333 OR zu meistern. Im Folgenden wird dargestellt, wann eine Funktionsnachfolge gekoppelt mit der Übernahme von Mitarbeitern (a.) oder von Betriebsmitteln (b.) aufgrund einer umfassenden Abwägung mit Hilfe des Sieben-Punkte-Katalogs m.E. zur Annahme eines Betriebsübergangs gemäss Art. 333 OR berechtigen kann.

a. *Funktionsnachfolge gekoppelt mit der Übernahme von Mitarbeitern*

Bei der Annahme eines Betriebsübergangs im Fall der mit der Übernahme der Hauptbelegschaft gekoppelten Funktionsnachfolge muss insbesondere bei einfachen Dienstleistungen Zurückhaltung geübt werden. Für die Abgrenzung zwischen Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR und reiner Funktionsnachfolge kommt der im Wesentlichen unveränderten Weiternutzung der vom Vorgänger konkret geschaffenen Arbeitsorganisation entscheidungserhebliche Bedeutung zu.¹²⁴ Daraus folgt, dass vom neuen Auftraggeber von Anfang an vorgenommene wesentliche Veränderungen in der Zusammensetzung der Belegschaft, der Arbeitsmethoden und der Arbeitszeiten konsequenterweise einen Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR ausschliessen, also wenn z.B. die Gruppeneinteilung der Arbeitnehmer wesentlich verändert, neues Führungspersonal eingestellt und ein hinsichtlich der Arbeitszeiten verändertes Schichtmodell praktiziert wird.¹²⁵

Eine unveränderte Beibehaltung der Arbeitsorganisation ist auch dann nicht gegeben, wenn der neue Beauftragte (schweizerische Terminologie für Auftragnehmer) ein eigenes Konzept aufbaut, nach dem die Dienstleistung erbracht wird, wenn er die Betriebsmethoden wechselt, oder wenn er eine sofortige und grundlegende Rationalisierung oder Verkleinerung vornimmt. Die «Vermutung» zugunsten eines Betriebsübergangs im Fall der freiwilligen Weiterbeschäftigung des ganz überwiegenden Teils des bisherigen Personals bei betriebsmittelarmen Tätigkeiten kann also durch den Vortrag einer grundlegenden Änderung von Betriebsorganisation oder Betriebsmethode im kon-

kreten Fall widerlegt werden.¹²⁶ Die notwendige Wahrung der Identität des Betriebs oder Betriebsteils ist dann nicht gegeben.

b. *Funktionsnachfolge gekoppelt mit der Übernahme von Betriebsmitteln*

Bei Funktionsnachfolgen, bei denen Betriebsmittel eine nicht unbedeutende Rolle spielen, ist sorgfältig zu prüfen, ob allein die materiellen Betriebsmittel die Arbeitsorganisation so massgeblich repräsentieren, dass bei deren Übernahme durch den Beauftragten ein Betriebsübergang angenommen werden muss. Dies hängt entscheidend von zwei Fragen ab.

In einem ersten Schritt muss die Frage beantwortet werden, ob die für die Auftragserfüllung zur Verfügung gestellten Einrichtungen, Geräte, Räumlichkeiten und sonstigen Ausstattungen des Auftraggebers dem Beauftragten *als eigene Betriebsmittel zuzurechnen* sind. Entscheidend dafür ist die Frage, ob der Gegenstand in die betriebliche Arbeitsorganisation des Beauftragten eingegliedert und für die Erreichung des von ihm verfolgten arbeitstechnischen Zwecks unerlässlich ist.¹²⁷ Keine Zurechnung erfolgt dagegen, wenn der Gegenstand blosses Objekt der Leistung des Beauftragten ist und die Erfüllung des Auftrags dem Gegenstand selbst unmittelbar zugute kommt.¹²⁸

In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage, welche *Bedeutung* den materiellen Betriebsmitteln für die Identität des Betriebs oder Betriebsteils zukommt. Die Beantwortung dieser Frage beinhaltet notwendigerweise ein Wertungselement. Um diese Wertung vorzunehmen und zu beurteilen, welche Betriebsmittel auf den Erwerber übergehen müssen, damit von einer Aufrechterhaltung der bisherigen Arbeitsorganisation gesprochen werden kann, muss wiederum zwischen betriebsmittelarmen und betriebsmittelgeprägten Tätigkeiten unterschieden werden.¹²⁹ Bei betriebsmittelarmen Tätigkeiten (z.B. Reinigung oder Bewachung) kommt den materiellen Betriebsmitteln keine oder nur eine untergeordnete Bedeutung für die Ausgestaltung der Arbeitsorganisation zu, so dass die blosser Fortführung der Tätigkeit ohne Über-

123 Ein gutes Beispiel für die Anwendung dieser Methode ist das Urteil des EuGH vom 25. 1. 2002, *Oy Liikenne AB*, Slg. 2001 I 745 = NZA 2001, 249.

124 So EuGH vom 26. 9. 2000, *Mayeur* (Fn. 70).

125 So WILLEMSSEN ET AL. (Fn. 15), G N 133, mit Verweis auf BAG vom 11. 12. 1997, AP Nr. 171 zu § 613 a BGB = DB 1998, 885 = ZIP 1998, 663 («Catering») unter B.I.2.c der Gründe. Siehe auch BAG vom 10. 12. 1998 (Fn. 112) (Kein Betriebsübergang bei neuer Ablauf- und Arbeitsorganisation).

126 WILLEMSSEN (Fn. 115), NJW 2007, 2067, mit Verweis auf BAG vom 13. 7. 2006, NZA 2006, 1357 = ZIP 2006, 2181; BAG vom 4. 5. 2006, NZA 2006, 1096 = NJW 2006, 3455 L.

127 Ein Beispiel für diese Fallgruppe bilden sog. unechte Betriebsführungsverträge, mit denen sich der Auftragnehmer zum Betrieb eines im Eigentum des Auftraggebers stehenden Produktionsbetriebs verpflichtet. In solchen Fällen ist die Produktionsanlage dem Auftragnehmer als eigenes Betriebsmittel zuzurechnen, da der Auftraggeber damit überhaupt keine arbeitstechnischen Zwecke mehr verfolgt (wohl aber wirtschaftliche). Siehe WILLEMSSEN/MÜNTEFERING (Fn. 118), NZA 2006, 1187.

128 Klassische Beispiele für diese zweite Fallgruppe bilden Reinigungs-, Bewachungs- oder Wartungstätigkeiten, bei denen die zu reinigenden Gebäude oder zu wartenden Maschinen in der betrieblichen Organisation des Auftraggebers bleiben und weiter dessen betrieblicher Verfügungsgewalt unterliegen, so dass sie als Betriebsmittel des Auftraggebers zu sehen sind. Siehe WILLEMSSEN/MÜNTEFERING (Fn. 118), NZA 2006, 1187.

129 So auch SCHLACHTER (Fn. 94), NZA 2006, 83; KOCK, Anm. ZIP 2006, 99 f.; SCHNITZER/GRAU, BB-Kommentar BB 2004, 275; WILLEMSSEN/MÜNTEFERING (Fn. 118), NZA 2006, 1189.

nahme des wesentlichen Personals eine reine Funktionsnachfolge und keinen Betriebsübergang darstellt. Bei Know-how-geprägten Tätigkeiten (z.B. Kundendienst oder Softwarebetreuung) ist die blossе Fortführung der Tätigkeit ohne Übernahme eines wesentlichen Teils des Know-hows ebenfalls kein Betriebsübergang.¹³⁰ Bei betriebsmittelgeprägten Tätigkeiten (z.B. Catering oder Busverkehr) stehen die materiellen Betriebsmittel im Vordergrund, so dass deren Übernahme durch den Erwerber die Aufrechterhaltung der bisherigen Arbeitsorganisation zur Folge haben und damit ein Betriebsübergang ausgelöst werden kann. Eine Funktionsnachfolge, gekoppelt mit der Übernahme von materiellen Betriebsmitteln, stellt dann einen Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR dar, wenn das schweizerische Gericht in seiner wertenden Gesamtbetrachtung aller Faktoren zum Schluss kommt, dass die Betriebsmittel den identitätsbildenden Kern des Betriebs oder Betriebsteils ausmachen. Die Betriebsmittel allein machen den identitätsbildenden Kern des Betriebs oder Betriebsteils nicht aus, und die Übernahme der materiellen Betriebsmittel kann deshalb keinen Betriebsübergang begründen, wenn auch dem Personal entscheidende Bedeutung zukommt, was bei Dienstleistungsbetrieben (anders als bei Produktionsbetrieben) meistens der Fall sein wird.¹³¹ Ein Betriebsübergang ist nur dann anzunehmen, wenn der Auftragsnachfolger sowohl die materiellen Betriebsmittel als auch einen wesentlichen Teil des Personals übernimmt. Gleichwohl kann ein Betriebsübergang auscheiden, wenn z.B. eine andere Leistung angeboten wird (andere Ausrichtung des Speiseangebots in Kantinefällen), zwischen dem bisherigen Vertrag und dem Start des Neuvertrags eine erhebliche Betriebsunterbrechung liegt oder der Auftrag an mehrere Beauftragte zugleich vergeben wird, die nach einem festen Zeitplan nebeneinander den Auftrag erbringen. Ebenso «identitätsstörend» können grundsätzliche Änderungen der Betriebsorganisation oder der Betriebsmethoden oder eine Eingliederung in die Organisationsstruktur des Beauftragten wirken.

Zusammenfassung

Es herrscht in der Schweiz nach wie vor wenig Klarheit darüber, wann ein Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 Abs. 1 OR vorliegt. Funktional besteht das Ziel dieser Bestimmung in der Quasi-Verdinglichung des Arbeitsverhältnisses. Nach schweizerischem Recht sollte der Tatbestand des Art. 333 Abs. 1 OR als erfüllt gelten, wenn der neue Betriebsinhaber die Lei-

tungsmacht des Betriebs oder Betriebsteils mit Willen des bisherigen Betriebsinhaber tatsächlich übernimmt, die Betriebsidentität gewahrt bleibt und das konkrete Arbeitsverhältnis überhaupt einem bestimmten Betrieb(steil) zugeordnet werden kann. Die Auslegung des Betriebsübergangs-Begriffs hat sich dabei an den europarechtlichen Vorgaben zu orientieren. Um zu beurteilen, ob ein Betriebsübergang vorliegt, muss eine Gesamtbewertung des Sachverhalts vorgenommen werden und es müssen dabei alle relevanten Faktoren abgewogen werden. Dabei ist der Sieben-Punkte-Katalog (auch Spijkers-Formel genannt) des EuGH sehr hilfreich, welcher dem nationalen Gericht einen erheblichen Beurteilungsspielraum bei der Gewichtung der einzelnen Faktoren zubilligt. Während eine reine Funktionsnachfolge niemals einen Betriebsübergang darstellt, kann eine Funktionsnachfolge, wenn sie mit der Übernahme von Betriebsmitteln und/oder Mitarbeitern gekoppelt ist, gegebenenfalls einen Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR darstellen. Eine gekoppelte Funktionsnachfolge stellt dann einen Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR dar, wenn das schweizerische Gericht in seiner wertenden Gesamtbetrachtung aller Faktoren zum Schluss kommt, dass die übergegangenen Betriebsmittel oder Mitarbeiter den identitätsbildenden Kern des Betriebs oder Betriebsteils ausmachen.

Résumé

En Suisse, l'on ne voit pas toujours clairement quand l'on est en présence d'un transfert d'entreprise au sens de l'art. 333, al. 1 CO. Au plan fonctionnel, le but de cette disposition consiste dans la quasi-réification des rapports de travail. Selon le droit suisse, le cas d'application de l'art. 333, al. CO devrait être considéré comme étant rempli lorsque le nouvel exploitant reprend effectivement la conduite de l'entreprise ou de la partie d'entreprise avec la volonté de l'ancien, que l'identité de l'entreprise demeure et que les rapports de travail concrets peuvent être attribués à une entreprise ou à une partie d'entreprise déterminée. Dans ce contexte, l'interprétation de la notion de transfert d'entreprise doit s'orienter sur les règles du droit européen. Pour apprécier s'il y a transfert d'entreprise, il convient de procéder à une évaluation globale des circonstances de fait et il faut que tous les facteurs soient soupesés. A ce sujet, le catalogue des sept points (appelé aussi formule de Spijkers) de la CJCE, qui laisse une marge d'appréciation considérable aux tribunaux nationaux lors de la pondération des divers facteurs, est très utile. Alors qu'une simple externalisation ne constitue en aucun cas un transfert d'entreprise, une telle externalisation peut, le cas échéant, constituer un transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO lorsqu'elle est associée à la reprise de moyens d'exploitation et/ou de collaborateurs. Une telle externalisation constitue un transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO lorsque, dans son observation évaluative globale de tous les facteurs, le tribunal suisse aboutit à la conclusion que les moyens d'exploitation ou les travailleurs transférés constituent le noyau identitaire de l'entreprise ou de la partie d'entreprise.

¹³⁰ Siehe auch KOCK, Anm. ZIP 2006, 100; BAUER (Fn. 92), NZA 2004, 14, 16; WILLEMSSEN/ANNUSS (Fn. 92), DB 2004, 134 f.

¹³¹ Vgl. dazu ausführlich BAUER (Fn. 92), NZA 2004, 14 ff. (Mit dieser Annahme Ablehnung eines Betriebsübergangs im Fall *Carlito Abler*); WILLEMSSEN/MÜNTEFERING (Fn. 118), NZA 2006, 1190 (Mit dieser Annahme Ablehnung eines Betriebsübergangs im Fall *Güney-Görres*).