



Europarechtliches Symposium 2012

**Bundesarbeitsgericht
Erfurt, 26. - 27. April 2012**

Referat von

Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen

Rechtsanwalt, Düsseldorf

zum Thema

**Aktuelle Rechtsprechung des EuGH
zum Arbeits- und Sozialrecht
Befristung, Betriebsübergang**

*Rechtsanwalt Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen, Düsseldorf**

Aktuelle Rechtsprechung des EuGH zum Arbeits- und Sozialrecht - Befristung, Betriebsübergang -

Als ich die Anfrage erhielt, vor dem Europarechtlichen Symposium des Bundesarbeitsgerichts zu den Themen Befristung und Betriebsübergang zu referieren, habe ich selbstredend gerne sogleich zugesagt. Bereits damals ging mir allerdings die Frage durch den Kopf, was denn wohl die gemeinsame geistige Klammer beider Themen bilden könnte. Die Erklärung, dass diese mit denselben zwei Buchstaben beginnen und mit denselben zwei Buchstaben enden, erschien mir als etwas zu vordergründig und zu simpel. Bei der weiteren Vorbereitung wurde mir dann allerdings zunehmend klar, dass beide Themenkomplexe durchaus Gemeinsamkeiten aufweisen. Die wohl wichtigste besteht darin, dass die wahre Dimension des europarechtlichen Normenbestandes und der hieran anknüpfenden Rechtsprechung des EuGH erst im Zusammenspiel mit dem jeweiligen nationalen Arbeitsrecht, namentlich dem Kündigungsschutzrecht, sichtbar und verständlich wird. Wie empfindlich die Einschränkung der Möglichkeit des Abschlusses befristeter Arbeitsverträge die Arbeitgeber in den Mitgliedstaaten trifft, hängt ganz entscheidend von der Intensität des Schutzes unbefristeter Arbeitsverhältnisse ab. Da wir uns in Deutschland dabei zweifelsohne zur *Champions League* zählen dürfen, ist es nicht verwunderlich, wenn deutsche Gerichte (und Anwälte) immer wieder dazu berufen bzw. dazu herausgefordert sind, die Grenzen zulässiger Befristungen auszuloten.

Für den Betriebsübergang gilt nichts anderes: Was nutzt die Richtlinie 2001/23/EG dem Arbeitnehmer, wenn der neue Arbeitgeber sein auf diesen übergegangenes Arbeitsverhältnis bereits kurze Zeit nach dem Betriebsübergang gegen Zahlung keiner oder einer nur geringen, jedenfalls leicht kalkulierbaren Abfindung beenden kann? Umgekehrt kann ein besonders rigider Kündigungsschutz einen Erwerbsinteressenten dazu veranlassen, entweder auf einen Unternehmenskauf ganz zu verzichten oder zumindest auf Gestaltungen auszuweichen, die die Anwendung der nationalen Bestimmungen zum Betriebsübergang ausschließen.

Infolge dieser unmittelbaren Verzahnung des europäischen Befristungs- wie auch des Betriebsübergangsrechts mit dem jeweiligen nationalen Kündigungsschutzsystem sind wir in beiden Bereichen von einem Binnenmarkt, wie ihn Art. 26 AEUV vorsieht, und von einer Rechtsangleichung i.S.v. Art. 114 AEUV sehr weit entfernt; man könnte auch

* Der Autor ist Partner der Kanzlei *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*, Düsseldorf und Honorarprofessor an der Ruhr-Universität Bochum. Der Text beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser anlässlich des Europarechtlichen Symposiums beim BAG am 26. April 2012 gehalten hat. Die Vortragsform wurde im wesentlichen beibehalten, das Manuskript bis zum 25. Juli 2012 um einige aktuelle Hinweise ergänzt.

von einer *Scheinharmonisierung* sprechen. Dass sich die nach wie vor bestehenden erheblichen Unterschiede wettbewerbsverzerrend auswirken können, liegt m.E. auf der Hand.

Eine weitere, eher unrühmliche Gemeinsamkeit beider Regelungskomplexe liegt darin, dass der Staat bei der Umsetzung europarechtlicher Vorschriften sich selbst getreu dem Grundsatz „*Quod licet jovi non licet bovi*“ gerne Privilegien einräumt, die er der Privatwirtschaft vorenthält. Dies hat im Recht des Betriebsübergangs im Zusammenhang mit dem (landes-)gesetzlichen Ausschluss eines Widerspruchsrechts bereits zu einer entsprechenden Rüge des Bundesverfassungsgerichts¹ geführt, spielt aber im Recht der Befristung eine ungleich größere Rolle.

A. Befristung

In „*Spiegel Online*“ vom 23. Februar 2012 war hierzu zu lesen, dass nach einer Studie des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung in den vergangenen zehn Jahren sich der Anteil befristeter Verträge bei Neueinstellungen von 32% auf 45% erhöht habe; in der *öffentlichen Verwaltung* seien es sogar 68%². Das gibt der argwöhnischen Vermutung Nahrung, dass der Staat als Norm- und Arbeitgeber jeweils mit unterschiedlichem sozialen Engagement agieren und in seiner zweitgenannten Rolle auf das Wohlwollen „seiner“ Gerichte setzen könnte.

I. Vertretungsbefristung

1. Rechtssache Küçük (C-586/10)

a) Vorlagefrage des BAG

Eine solche Vermutung drängt sich jedenfalls auf, wenn man sich die gelebte Verwaltungspraxis von Befristungen *mit* Sachgrund vergegenwärtigt, die bekanntlich weit über den zeitlichen Rahmen der sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG hinaus abgeschlossen werden können. Eine vor allem von der öffentlichen Verwaltung gern gewählte und extensiv genutzte Form ist hierbei die sogenannte Vertretungsbefristung im Sinne von § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG, die den 7. Senat des BAG im November 2010 dazu veranlasste, dem EuGH die folgende Vorlagefrage zu stellen:

¹ Urteil v. 25.1.2011 – 1 BvR 1741/09, NJW 2011, 1427.

² Meldung in Spiegel Online, 23. Februar 2012, 14:25 Uhr.

„Ist es mit § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge vereinbar, § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG dahin auszulegen und anzuwenden, dass ein die wiederholte Befristung eines Arbeitsvertrags rechtfertigender sachlicher Grund auch im Falle eines ständigen Vertretungsbedarfs gegeben ist, obwohl dieser Vertretungsbedarf auch durch eine unbefristete Einstellung des Arbeitnehmers gedeckt werden könnte, der Arbeitgeber sich aber vorbehält, jeweils neu zu entscheiden, wie er auf den konkreten Ausfall von Arbeitnehmern reagiert?“³

Der zugrundeliegende Fall liefert ein anschauliches Bild über die erwähnte „gelebte Verwaltungspraxis“ und sei daher hier kurz vorgestellt:

Frau *Kücü̇k* war beim beklagten Land Nordrhein-Westfalen auf der Grundlage von insgesamt 13 befristeten Arbeitsverträgen in der Zeit vom 2. Juli 1996 bis zum 31. Dezember 2007 als Justizangestellte im Geschäftsstellenbereich der Zivilprozessabteilung des Amtsgerichts Köln beschäftigt. Die befristeten Verträge wurden stets aus Anlass der vorübergehenden Beurlaubung, insbesondere im Zusammenhang mit Sonder- und Erziehungsurlaub, einer der unbefristet eingestellten Justizangestellten geschlossen und dienten jeweils deren Vertretung. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Entfristungsklage abgewiesen.

Das BAG hat in dem Vorlagebeschluss deutlich gemacht, dass nach seiner bisherigen Rechtsprechung die Klage von Frau *Kücü̇k* auch in der Revisionsinstanz *abweisungsreif* wäre; denn die mit der Befristungskontrollklage angegriffene letzte Befristung des Arbeitsvertrages zum 31. Dezember 2007 sei durch den Sachgrund der Vertretung gedeckt gewesen. Die erhebliche Anzahl und beträchtliche Gesamtdauer der vorangegangenen, unmittelbar aufeinanderfolgenden befristeten Arbeitsverträge sowie ein etwaiger ständiger Vertretungsbedarf bei den Justizangestellten im Amtsgericht Köln begründe keine Bedenken an der Rechtfertigung der Befristung.⁴ Auch die Voraussetzungen einer „Dauervertretung“, die nach der Rechtsprechung des Senats zu einer Unwirksamkeit der Befristung führen könne,⁵ seien nicht gegeben, da nicht festgestellt sei, dass das beklagte Land bei Abschluss des *letzten Vertrags* mit der Klägerin die Absicht gehabt habe, diese für eine zu diesem Zeitpunkt noch nicht absehbare Vielzahl von Vertretungsfällen zu beschäftigen.⁶ Allerdings äußerte der Senat Zweifel daran, ob seine Rechtsprechung mit § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung und der diesbezüglichen Rechtsprechung des EuGH vereinbar ist, weswegen eine Vorlage nach Art. 267 AEUV geboten sei.⁷

³ BAG v. 17.11.2010 – 7 AZR 443/09, NZA 2011, 34.

⁴ BAG v. 17.11.2010 – 7 AZR 443/09 (a), NZA 2011, 34 (Rz. 23).

⁵ Vgl. BAG v. 25.3.2009 – 7 AZR 34/08, NZA 2010, 34 (Rz. 22).

⁶ BAG v. 17.11.2010, a.a.O. (Rz. 24).

⁷ BAG v. 17.11.2010, a.a.O. (Rz. 30 f.).

Nach dem vorausgegangenen Urteil des EuGH in Sachen *Angelidaki*,⁸ auf das sich der 7. Senat in seinem Vorlagebeschluss mehrfach bezieht, war erhebliche Skepsis angezeigt, ob der 7. Senat seine „vertretungsfreundliche“ Rechtsprechungslinie nach dem zu erwartenden weiteren Judikat des EuGH würde aufrecht erhalten können. In jener Entscheidung hatte der Gerichtshof nämlich festgestellt, dass eine Verlängerung befristeter Arbeitsverträge zur Deckung eines nicht zeitweiligen, sondern ständigen und dauerhaften Vertretungsbedarfs nicht im Sinne von § 5 Nr. 1 lit. a) der Rahmenvereinbarung sachlich gerechtfertigt sei und dabei auf die „Prämisse“ der Rahmenvereinbarung verwiesen, „dass unbefristete Arbeitsverträge die *übliche Form* des Beschäftigungsverhältnisses sind, während befristete Arbeitsverträge für die Beschäftigten in bestimmten Branchen oder bestimmten Berufen und Tätigkeiten charakteristisch sind.“⁹ Weitergehend hatte der EuGH den wiederholten Rückgriff auf befristete Arbeitsverträge als eine „Quelle potenziellen Missbrauchs zu Lasten der Arbeitnehmer“ gesehen, denen mit einer Reihe von Mindestschutzbestimmungen zu begegnen sei, „die die *Präkarisierung* der Lage der Beschäftigten verhindern sollen“.¹⁰ Es bestand somit die ganz konkrete Erwartung bzw. – je nach Sichtweise – Befürchtung, dass die Entscheidung in Sachen *Kücüük* größere Unternehmen bzw. Behörden dazu zwingen könnte, ihren ständigen Bedarf an Vertretungskräften nicht durch den Abschluss befristeter Arbeitsverträge „von Fall zu Fall“ zu decken, sondern hierfür unbefristete Verträge mit sogenannten Springern abzuschließen, was ihre personalpolitische Flexibilität erheblich eingeschränkt und erhebliche Zusatzkosten verursacht hätte.

b) Entscheidung des EuGH

Der EuGH greift in seiner „*Kücüük*“-Entscheidung zwar das Gedankengut von „*Angelidaki*“ und weiterer früherer Urteile zur Vertretungsbefristung auf, insbesondere indem er betont, dass der sachliche Grund im Sinne von § 5 Nr. 1 lit. a) der Rahmenvereinbarung konkrete, genau bezeichnete Umstände meine, und der Sachgrund der Vertretung „grundsätzlich“ ein geeigneter Rechtsfertigungsgrund sei, was „umso mehr“ gelte, wenn mit der jeweiligen nationalen Regelung legitime sozialpolitische Ziele verfolgt würden, insbesondere im Zusammenhang mit dem Schutz bei Schwangerschaft und Mutterschutz (hier insbesondere § 21 Abs. 1 BEEG).¹¹ Ebenso wie im Urteil in Sachen *Angelidaki* wird aber auch hier auf die Notwendigkeit einer *Missbrauchskontrolle* hingewiesen, indem konkret zu prüfen sei, „ob die Verlängerung aufeinanderfolgender

⁸ EuGH v. 23.4.2009 – C 378/07, AP-RI. 99/70/EG Nr. 9.

⁹ EuGH v. 23.4.2009, a.a.O. (Rz. 103-105), unter Bezugnahme auf die Urteile in Sachen *Adeneler* u.a., AP-RL. 99/70/EG Nr. 1, Rn. 62, und *Impact*, NZA 2008, 581, 585 f., Rz. 87, sowie Beschluss in Sachen *Vassilakis*, Rz. 8.

¹⁰ Vgl. EuGH v. 4.7.2006 – C-212/04, NZA 2006, 909 (*Adeneler*) und v. 23.4.2009, a.a.O. (*Angelidaki*) Rz. 73.

¹¹ EuGH v. 26.1.2012 – C-586/10 (*Kücüük*), NZA 2012, 135 (Rz. 27-33).

befristeter Arbeitsverträge oder -verhältnisse zur Deckung eines zeitweiligen Bedarfs dient oder ob eine Vorschrift wie § 14 I Nr. 3 TzBfG nicht in Wirklichkeit eingesetzt wird, um einen ständigen und dauerhaften Arbeitskräftebedarf des Arbeitgebers zu decken.“¹²

Es folgt sodann eine ganz wesentliche und von der bisherigen Rechtsprechung des BAG abweichende Aussage: Auch wenn sich die Beurteilung des geltend gemachten sachlichen Grundes auf die Verlängerung des zuletzt geschlossenen Arbeitsvertrages beziehen müsse – insoweit folgt der EuGH also (noch) der Rechtsprechung des 7. Senats¹³ –, könnten sich das *Vorliegen*, die *Zahl* und die *Dauer* derartiger aufeinanderfolgender Verträge, die in der Vergangenheit mit demselben Arbeitgeber abgeschlossen wurden, im Rahmen der erforderlichen „umfassenden Prüfung“ als relevant erweisen. Dabei sei sowohl auf die mit derselben Person wie auch auf die mit anderen Arbeitnehmern zur Verrichtung der gleichen Arbeit geschlossenen aufeinanderfolgenden befristeten Arbeitsverträge abzustellen.¹⁴

Aus der erforderlichen Zusammenschau aller vorangegangener Befristungen folgt für den EuGH allerdings *nicht*, dass eine solche Aneinanderreihung befristeter Verträge trotz wiederholten oder sogar dauerhaften Vertretungsbedarfs *per se* rechtsmissbräuchlich wäre, denn: „Automatisch den Abschluss unbefristeter Verträge zu verlangen, wenn die Größe des betroffenen Unternehmens oder der betroffenen Einrichtung und die Zusammensetzung des Personals darauf schließen lassen, dass der Arbeitgeber mit einem wiederholten oder ständigen Bedarf an Vertretungskräften konfrontiert ist, ginge über die Ziele hinaus, die mit der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge und der Richtlinie 1999/70/EG verfolgt werden, und würde den *Wertungsspielraum* verletzen, den sie den Mitgliedstaaten und gegebenenfalls dem Sozialpartner einräumen.“¹⁵ Es sei „Sache des vorlegenden Gerichts“, unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägung zu beurteilen, ob die Beschäftigung eines Arbeitnehmers für die Dauer von elf Jahren mittels dreizehn aufeinanderfolgender befristeter Verträge „unter den Umständen des Ausgangsverfahrens mit § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge im Einklang steht.“¹⁶

¹² EuGH v. 26.1.2012, a.a.O. (Rz. 39).

¹³ Siehe dazu insbesondere BAG v. 7.11.2007 – 7 AZR 484/06, NZA 2008, 467 (Rz. 12); BAG v. 15.2.1995 – 7 AZR 680/96, NZA 1995, 987, 987 f.; BAG v. 8.5.1985 – 7 AZR 191/84, NZA 1986, 569, 570.

¹⁴ EuGH v. 26.1.2012, a.a.O. (Rz. 40).

¹⁵ EuGH, a.a.O. (Rz. 54); Hervorhebung diesseits.

¹⁶ EuGH, a.a.O. (Rz. 55).

c) Bewertung der Entscheidung

aa) Unternehmerische Prärogative hinsichtlich der Art und Weise der Bewältigung des Vertretungsbedarfs

Damit liegt der Ball wieder beim 7. Senat des BAG. Er kann sich in seiner bisherigen Rechtsprechung insoweit bestätigt fühlen, als der EuGH auch bei Bestehen eines ständigen Vertretungsbedarf die Möglichkeit des Einsatzes wiederholter Einzelbefristungen auch und gerade mit ein und demselben Arbeitnehmer für möglich und durch die den Mitgliedstaaten eingeräumten Handlungs- und Beurteilungsspielräume gedeckt erachtet. Das von vielen Beobachtern erwartete Verbot sogenannter Kettenbefristungen ist also ausgeblieben, was auch in der Tagespresse¹⁷ entsprechend registriert wurde. *Insoweit* kann den betroffenen Unternehmen und Verwaltungen also *Entwarnung* gegeben werden: Ihre Personalhoheit bleibt in dem Sinne unangetastet, als sie selbst entscheiden können, ob dem regelmäßig zu erwartenden Ausfall von Arbeitnehmern – sei es durch Krankheit, Urlaub, Mutterschaft oder Elternzeit – durch Vorhaltung einer unbefristet eingestellten Personalreserve oder durch den anlassbezogenen Abschluss einer Vielzahl befristeter Arbeitsverträge Rechnung getragen werden soll. Bezogen auf die Ebene des *Unternehmens* lässt sich ein Rechtsmissbrauch somit nicht durch den wiederholten oder sogar ständigen Einsatz befristeter Verträge zur Bewältigung von Vertretungssituationen begründen.

bb) Erweiterte vertragsbezogene Missbrauchskontrolle

Unzutreffend wäre es allerdings, in dem Urteil einen generellen „Freibrief“ für Kettenbefristungen zu sehen. Während der EuGH nämlich einerseits die *unternehmensbezogene* Freiheit zur Wahl zwischen Festanstellung von Vertretungskräften und (wiederholter) Vertretungsbefristung hervorhebt, verstärkt er andererseits die von ihm geforderte *vertragsbezogene* Missbrauchskontrolle dahingehend, dass diese nicht allein den zuletzt abgeschlossenen Vertrag in den Blick nehmen dürfe. Zwar lässt der EuGH den vom BAG verfochtenen Grundsatz unangetastet, wonach *Prozessgegenstand* der Entfristungsklage stets die letzte (Einzel-)Befristung sei. Auch kann sich der 7. Senat durch das Urteil in seiner Auffassung bestätigt sehen, dass *allein* aus dem Vorliegen einer hohen Anzahl wiederholter Befristungen mit demselben Arbeitnehmer oder verschiedenen Arbeitnehmern für gleiche Tätigkeiten *nicht* auf das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs geschlossen werden könne. Aufgeben, zumindest aber relativieren muss der 7. Senat nach dem „*Kücüik*“-Urteil jedoch den Grundsatz, wonach eine große Anzahl abgeschlossener befristeter Verträge mit ein und demselben Arbeitnehmer *nicht* automatisch dazu führe, dass an die Prüfung des Vorliegens eines Sachgrundes beson-

¹⁷ Siehe u.a. Spiegel Online vom 26.1.2012 ([http://www.spiegel.de.Karriere/berufsleben/o.1518.druck-811603.oo.html](http://www.spiegel.de/Karriere/berufsleben/o.1518.druck-811603.oo.html)): „Frau Kücüks Kampf gegen Kettenverträge“.

ders hohe Anforderungen zu stellen seien.¹⁸ Vielmehr verlangt der EuGH jetzt explizit eine Rechtsmissbrauchskontrolle, die zwar an der letzten Einzelbefristung ansetzt, dabei aber die gesamte Abfolge der vorausgegangenen Befristungen mit in die Beurteilung einbezieht. Damit wird zwar nicht das „Dogma“ der bisherigen Rechtsprechung des BAG gesprengt, dass Gegenstand der Befristungskontrolle ausschließlich die jeweils letzte Befristung sei; die inhaltliche Reichweite dieser Sachgrundprüfung aber gewissermaßen um die vorausgegangene Befristungshistorie verlängert. Die Kettenbefristung „lebt“ also weiter, aber sie lässt sich eben doch „ausmerzen“, wenn der Nachweis des Rechtsmissbrauchs geführt werden kann.¹⁹

cc) Auswirkungen auf das Verfahren „Kücüük“

Was bedeutet diese EuGH-seitige Korrektur nun konkret für das BAG und – noch konkreter – für *Bianca Kücüük*? Die *erste* Schlussfolgerung ist noch recht klar: Sie kann ihren Prozess nicht *allein* wegen der langen Kette von Vertretungsbefristungen gewinnen, wenn man unterstellt, dass die der letzten Befristung vorausgehenden Einzelbefristungen allesamt durch den Sachgrund der Vertretung im Sinne von § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG gedeckt waren.²⁰ Im übrigen wäre ein diesbezüglicher Mangel nach ständiger Rechtsprechung des 7. Senats ohnehin durch den jeweils nachfolgenden Abschluss neuer befristeter Verträge geheilt worden;²¹ auch dieser Grundsatz wird m.E. durch das Urteil in Sachen „Kücüük“ nicht in Frage gestellt. Bleibt also gewissermaßen alles beim Alten und verliert Frau *Kücüük* somit auch nach dem Spruch aus Luxemburg zwangsläufig ihren Prozess, weil sowohl die letzte als auch die ihr vorausgegangenen zwölf weiteren Befristungen bei isolierter Betrachtung allesamt wirksam waren? Das hängt davon ab, welches *Prüfungsschema* der 7. Senat im Gefolge von „Kücüük“ nunmehr entwickelt bzw. entwickeln muss,²² um dem Postulat einer Rechtsmissbrauchskontrolle unter Einbeziehung aller Umstände des Falles einschließlich der Zahl und Gesamtdauer in der Vergangenheit mit demselben Arbeitgeber geschlossenen befristeten Arbeitsverträge und -verhältnisse genüge zu tun.²³ Nachfolgend sollen hierzu einige Überlegungen ent-

¹⁸ So noch BAG v. 25.3.2009 – 7 AZR 34/08, NZA 2010, 34 (Rz. 25).

¹⁹ Zu weitgehend daher der Einleitungssatz des BB-Kommentars von *Maschmann*, BB 2012, 1098.

²⁰ Ob diese Unterstellung bereits auf Grund der Fiktion der Wirksamkeit wegen Nichtanrufung des Arbeitsgerichts gemäß § 17 Satz 1 und 2 TzBfG i.V.m. § 7 KSchG geboten ist, mag hier dahinstehen.

²¹ Vgl. BAG v.8.5.1985 – 7 AZR 191/84, NZA 1986, 569; BAG v. 17.11.2010 – 7 AZR 443/09, NZA 2011, 34.

²² Laut EuGH müssten nämlich die „zuständigen Stellen“ bei der Anwendung der betreffenden nationalen Rechtsvorschriften „unter anderem in der Lage sein, objektive und transparente Kriterien für die Prüfung herauszuarbeiten, ob die Verlängerung derartiger Verträge tatsächlich einem echten Bedarf entspricht und ob sie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich ist“ (Urteil in Sachen *Kücüük*, a.a.O. Rz. 34).

²³ Zu den verschiedenen „Optionen“ in Bezug auf die Folgen für die BAG-Rechtsprechung siehe *Brosse/Sagan*, NZA 2012, 308, 309 f. einerseits, und *Bauer/von Medem*, SAE 2012, 25 29 ff. andererseits. Die Literatur ergibt bisher kein einheitliches Bild.

wickelt werden, die trotz der zwischenzeitlichen, nach Abschluss des Manuskripts veröffentlichten Entscheidung des 7. Senats in Sachen *Kücüük*²⁴ ihre Relevanz behalten; denn zum einen hat der Senat nicht in der Sache entschieden, sondern das Urteil des LAG Köln aufgehoben und den Rechtsstreit an die Vorinstanz zurückverwiesen; zum anderen geht aus der bisher (nur) vorliegenden Pressemitteilung lediglich hervor, dass die Gesamtdauer von mehr als 11 Jahren und die Anzahl von 13 Befristungen als Indizien für einen „institutionellen Rechtsmissbrauch“ angesehen wurden, der allerdings nur „ausnahmsweise“ anzunehmen und an den „hohe Anforderungen“ zu stellen seien. Näheren Aufschluss über das zugrundeliegende Prüfungsschema werden daher erst die schriftlichen Urteilsgründe liefern können.

dd) Kerngedanken der Rechtsmissbrauchskontrolle

Für die Entwicklung eines solchen Prüfungsschemas steht den nationalen Gerichten zwar ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, der schon auf Grund der unterschiedlichen Ausgestaltung der Befristungsregelungen in den Mitgliedstaaten erforderlich ist. Um den Vorgaben des „*Kücüük*“-Urteils Genüge zu tun, ist es indes *zwingend* erforderlich, den „Kern“ des Missbrauchsvorwurfs zu isolieren, der nach der Auffassung des EuGH bei einer Aneinanderreihung befristeter Arbeitsverträge das Verdikt der Unwirksamkeit – jedenfalls – der letzten (streitgegenständlichen) Befristung zu rechtfertigen vermag.

Dieser Kern des Rechtsmissbrauchsvorwurfs liegt nach dem Duktus der „*Kücüük*“-Entscheidung (allein!) darin, dass der Sachgrund der Vertretung, i.e. die Ungewissheit über die Dauer des Beschäftigungsbedarfs für den jeweils einen abwesenden Arbeitnehmer Vertretenden, bei einer sachgemäßen *ex-ante* Betrachtung in Wirklichkeit nicht besteht, sondern lediglich *vorgeschoben* ist.²⁵ Der EuGH stellt insoweit den *zeitweiligen* dem (faktisch) *ständigen* und *dauerhaften* Bedarf gegenüber.²⁶ Das darf nach dem oben Ausgeführten²⁷ indes nicht dahingehend missverstanden werden, dass ein Unternehmen, das ständig und fortlaufend Ausfälle von unbefristet angestellten Arbeitnehmern zu verzeichnen hat, wegen „ständigen und dauerhaften Bedarfs“ sich bei Abschluss hintereinandergeschalteter befristeter Verträge bereits dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs ausgesetzt sehen müsste; gerade diese Konsequenz hat der EuGH vielmehr ausdrücklich ausgeschlossen.²⁸ Solange also der Arbeitgeber ernsthaft damit rechnen muss, dass der urlaubs- oder krankheitsbedingt zu vertretende Arbeitnehmer seine Tätigkeit wieder aufnehmen wird *und* ferner damit, dass er in folgedessen für denjenigen Arbeitnehmer,

²⁴ V. 18.7.2012 – 7 AZR 783/10 – Pressemitteilung –.

²⁵ Vgl. Urteil i.S. *Kücüük*, a.a.O. Rz. 40: „augenscheinlich“ zur Deckung eines Vertretungsbedarfs geschlossen“.

²⁶ EuGH, a.a.O. Rz. 36.

²⁷ Siehe oben unter A. I. c) aa).

²⁸ A.a.O., Rz. 38 und 50 ff.

den er mit der Vertretung betraut hat, keinen weiteren, sicher absehbaren Beschäftigungsbedarf mehr haben wird, rechtfertigt diese Ungewissheit den – auch wiederholten – Abschluss befristeter Arbeitsverträge und schließt damit den Rechtsmissbrauchsvorwurf aus.²⁹ Dies gilt laut EuGH auch dann, wenn die während der Vertretung übernommenen Aufgaben einen „ständigen Bedarf“ decken sollen, die „Teil der gewöhnlichen Tätigkeit des Arbeitgebers oder des Unternehmens“ sind.³⁰

ee) Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs

Aus dieser Feststellung folgen gewissermaßen umgekehrt *zwei denkbare Konstellationen* für einen Rechtsmissbrauch im Sinne der EuGH-Rechtsprechung: Ein solcher kann *zum einen* darin begründet sein, dass die soeben beschriebene Ungewissheit in Wirklichkeit deswegen nicht besteht, weil mit der Rückkehr des zu vertretenden Arbeitnehmers an seinen Arbeitsplatz nicht mehr zu rechnen ist, was nach der Rechtsprechung des 7. Senats allerdings in der Regel eine entsprechende rechtsverbindliche Erklärung des Betroffenen voraussetzt.³¹ Muss der Arbeitgeber auf Grund ihm vorliegender Informationen erhebliche Zweifel daran haben, dass die zu vertretende Stammkraft jemals wieder an ihren Arbeitsplatz zurückkehren wird, kann dies bereits nach der bisherigen Rechtsprechung des 7. Senats dafür sprechen, dass der Sachgrund der Vertretung bei erneutem Abschluss (nur) eines befristeten Vertrags lediglich vorgeschoben und die Befristung daher unwirksam ist. Diese Rechtsprechung wird der 7. Senat nach „*Küciük*“ fortsetzen können, allerdings mit der *Maßgabe*, dass auch ohne Vorliegen einer entsprechenden formalen Erklärung des zu Vertretenden (die in der Praxis selten vorliegen und seitens des Vertreters noch seltener beweisbar sein dürfte) eine längere ununterbrochene Kette von Vertretungsbefristungen bezüglich ein und desselben zu vertretenden Stammarbeitnehmers erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der (angeblichen) Prognose des Arbeitgebers zu begründen vermag;³² die Darlegungslast geht dann insoweit auf die Arbeitgeber über. Kann er diese Zweifel im Prozess nicht überzeugend widerlegen – etwa durch Vorlage einer detaillierten Korrespondenz mit dem zu vertretenden Arbeitnehmer, seinen behandelnden Ärzten und/oder sonstigen Beteiligten – liegt es im Beurteilungsrahmen der nationalen Gerichte, von einem nur vorgeschobenen zeitweiligen Vertretungsbedarf und damit von einem Fall des Rechtsmissbrauchs auszugehen, der zur Unwirksamkeit jedenfalls der letzten Befristung führt. Ein solcher, anhand konkreter Umstände zu ermittelnder Prognosefehler konnte schon nach einer früheren, zwischenzeitlich allerdings aufgegebenen Rechtsprechung des BAG zur Unwirksamkeit der (letz-

²⁹ In diesem Sinne EuGH, a.a.O. Rz. 38.

³⁰ Vgl. EuGH, a.a.O. Rz. 38.

³¹ Vgl. BAG v. 25.3.2009 – 7 AZR 34/08, NZA 2010, 34.

³² Ähnlich *Drosdeck/Bitsch*, NJW 2012, 977, 980. A.A. *Maschmann*, BB 2012, 1098, der eine solche Schlussfolgerung unter Hinweis auf den Fortbestand des Arbeitsvertrags mit der Stammkraft zu Unrecht als „vollkommen abwegig“ bezeichnet.

ten) Befristung führen.³³ Hieran wird der 7. Senat nach „*Küçük*“ künftig wieder anknüpfen müssen.

Im Fall „*Küçük*“ greift dieser Einwand allerdings nicht, da die Klägerin nach der Sachverhaltsmitteilung des 7. Senats als Vertretung für verschiedene Justizangestellte eingesetzt wurde, die sich jeweils aus nachvollziehbaren Gründen nur vorübergehend im Sonderurlaub bzw. in der Elternzeit befanden oder erkrankt waren. Der für die Abwendung des Rechtsmissbrauchsvorwurfs erforderliche *Ungewissheitstatbestand* war *insoweit* also offenkundig erfüllt. In einer derartigen Konstellation ist nach den Urteilen des EuGH in Sachen *Küçük* und *Angelidaki* aber gleichwohl in einem *weiteren* Schritt zu prüfen, ob trotz (!) bestehender Ungewissheit in Bezug auf die Rückkehr oder Nichtrückkehr des jeweils konkret zu vertretenden Stammarbeitnehmers der Arbeitgeber *nach Lage aller Umstände des Falles* ernsthaft davon auszugehen hatte bzw. davon ausgehen konnte, nach Wegfall des jeweils letzten Vertretungsgrunds (durch Rückkehr des vertretenen Arbeitnehmers) für den *vertretenden* Arbeitnehmer keinen weiteren Beschäftigungsbedarf mehr zu haben. In diesem Zusammenhang kommt, wie vom EuGH gefordert,³⁴ der Zahl und Gesamtdauer der (ununterbrochenen aneinandergereihten) Einzelbefristungen eine erhebliche *Indizwirkung* zu: „Gelingt“ es dem Arbeitgeber nämlich, einen Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum *lückenlos* immer wieder befristet als Vertretung für bestimmte, regelmäßig wiederkehrende Anlässe zu beschäftigen, liegt nach der Lebenserfahrung die Annahme recht nahe, dass der Arbeitgeber ab einem bestimmten Zeitpunkt von dem Vorhandensein eines *Dauerarbeitsplatzes* für einen ständig benötigten und einsetzbaren „Springer“ ausgegangen ist oder jedenfalls ausgehen musste. Seine gegenteilige Bekundung durch (weiteren) Abschluss befristeter Arbeitsverträge ist dann als „*protestatio facto contraria*“ unerheblich. Ihm wird wohlgemerkt nicht zum Verhängnis, dass er auf das regelmäßige und ständige Vorhandensein von Vertretungsbedarf mit dem Abschluss befristeter Verträge reagiert hat, sondern dass er einen *bestimmten* Arbeitnehmer zur „Dauervertretung“ gemacht und damit bewusst oder unbewusst einen ständigen Arbeitsplatz geschaffen hat. Der 7. Senat des BAG spricht in diesem Zusammenhang in seiner Pressemitteilung vom 18. Juni 2012 von einem „institutionellen Rechtsmissbrauch“.³⁵ Letzterer wird insbesondere in Großunternehmen und -behörden in Betracht kommen, wo erfahrungsgemäß ein ständiger Vertretungsbedarf für zeitweilig ausfallende Arbeitnehmer besteht. Hier sollte im Lichte der „*Küçük*“-Entscheidung eine lange Befristungskette – bezogen auf denselben Arbeitnehmer – vermieden und auf einen rechtzeitigen Austausch durch eine andere Vertretungskraft geachtet werden.

³³ Vgl. BAG v. 6.12.2000 – 7 AZR 262/99, NZA 2001, 721; BAG v. 27.6.2001 – 7 AZR 326/00, NJOZ 2002, 379.

³⁴ A.a.O. (*Küçük*), Rz. 40.

³⁵ A.a.O. (Fn. 24). Gegen die Annahme eines solchen Missbrauchsfalls in der Sache *Küçük* dagegen *Bauer/von Medem*, SAE 2012, 25, 30, die allerdings von einem „unguten Gefühl“ sprechen.

ff) Übertragbarkeit auf andere Befristungsgründe

Es spricht im übrigen nichts dagegen, diejenigen Grundsätze, die der EuGH in Sachen *Kücüik* für den Sachgrund der Vertretung aufgestellt hat, auch auf die weiteren gesetzlichen Befristungsgründe zu übertragen. Dies dürfte insbesondere für die Sachgründe nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG (vorübergehender betrieblicher Bedarf), Nr. 4 (Eigenart der Arbeitsleistung) und Nr. 6 (in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe) von potentieller, wenngleich im Vergleich zur Vertretungsbefristung geringerer Relevanz sei. Insgesamt führt das Urteil in Sachen *Kücüik* somit zu einer gewissen „Verschärfung“ der Befristungskontrolle, die jedoch nicht diffus und damit im Sinne einer der Rechtssicherheit abträglichen „Billigkeitskontrolle“, sondern ausschließlich anhand der beiden hier aufgeführten Fallgruppen des Rechtsmissbrauchseinwands praktiziert werden sollte.

g) Fazit

Es muss folglich in der Zukunft unterschieden werden zwischen einer unternehmensbezogenen und einer (einzel-)vertragsbezogenen Kontrolle befristeter Arbeitsverträge: *Unternehmensbezogen* bleibt die Freiheit erhalten, das jeweils günstigste Instrument für die Bewältigung vorübergehender Personalengpässe zu wählen; die Einrichtung von Dauerarbeitsplätzen für sogenannte Springer wird vom Arbeitgeber somit nicht verlangt. *Vertrags- und damit arbeitnehmerbezogen* ist die Kontrolle demgegenüber enger und bezieht sich darauf, ob die Ungewissheit bezüglich der weiteren Verwendungsmöglichkeiten in Bezug auf den konkreten Arbeitnehmer nach Befristungsablauf tatsächlich bestanden hat. Diese individualbezogene Missbrauchskontrolle ist gewissermaßen die Kompensation dafür, dass dem (nur) befristet eingestellten Arbeitnehmer wegen der auf Seiten des Arbeitgebers vorhandenen Unsicherheit über den Fortbestand der Beschäftigungsmöglichkeit seinerseits eine erhebliche Ungewissheit zugemutet wird, nämlich diejenige über seine weitere berufliche Zukunft nach Ablauf der Befristung. Diese Ungewissheit wird umso schwerer erträglich, je häufiger und je länger der (einzelne) Arbeitnehmer auf Grund befristeter Verträge ununterbrochen bei ein und demselben Arbeitgeber tätig war. So betrachtet ist es aus der Sicht des betroffenen Arbeitnehmers auch ein Gebot der Fairness, wenn nach dem EuGH-Urteil die gesamte Befristungshistorie mit in den Blick genommen werden muss, um den Arbeitnehmer vor einem funktionswidrigen Einsatz des Instruments der Befristung vom 18.7.2012 zu schützen. Die nunmehr ergangene Folgeentscheidung des BAG in Sachen *Kücüik* scheint ausweislich der Pressemitteilung auf dieser Linie zu liegen; auf die Gründe im Einzelnen darf man gespannt sein.

2. Rechtssache Sorge (C-98/09)

Keine Auswirkungen auf das deutsche Recht dürften von einer Entscheidung der 4. Kammer des EuGH³⁶ in einem Rechtsstreit ausgehen, in dem um die Rechtmäßigkeit einer Befristungsklausel gestritten wurde, in welcher weder der Name des zu vertretenden Arbeitnehmers noch die Gründe für dessen Abwesenheit angegeben worden waren. Das Urteil erging auf das Vorabentscheidungsersuchen eines italienischen Gerichts und ist durch die Besonderheit geprägt, dass die dortige Gesetzgebung das Erfordernis, im Vertrag den Namen des vertretenden Arbeitnehmers und den Grund für dessen Vertretung aufzuführen, nach Inkrafttreten der Richtlinie aufgehoben hatte. Es ging demzufolge um das Verschlechterungsverbot nach § 8 Nr. 3 der Rahmenvereinbarung und damit um ein Problem, das sich so im deutschen Recht nicht stellt, da es hier nie eine entsprechende gesetzliche Regelung gegeben hat, die solche Angaben in befristeten Arbeitsverträgen verlangt hätte. Allerdings hat der 7. Senat des BAG in der bereits mehrfach zitierten Entscheidung vom 25. März 2009 zumindest für den Fall der sogenannten mittelbaren Vertretung zur Darlegung des Kausalzusammenhangs zwischen der zeitweiligen Arbeitsverhinderung der Stammkraft und der Einstellung der Vertretungskraft verlangt, dass der Arbeitgeber bei Vertragsschluss mit dem Vertreter diese Aufgaben einem oder mehreren vorübergehend abwesenden Beschäftigten „... erkennbar gedanklich zuordnet, zum Beispiel durch eine entsprechende Angabe im Arbeitsvertrag“. Nur dann sei nämlich gewährleistet, dass die Einstellung des Vertreters auf der Abwesenheit des zu vertretenden Arbeitnehmers beruhe.³⁷ Es dürfte sich daher nach deutschem Recht in aller Regel empfehlen, diesbezügliche Angaben in den befristeten Arbeitsvertrag aufzunehmen, um einen entsprechenden Kausalzusammenhang darzulegen.

II. Haushaltsbefristung

1. Vorlageverfahren in Sachen *Klinz* und *Jansen* (C-312/10 und C-313/10)

Wie bereits einleitend erwähnt, macht sich die öffentliche Hand besonders gerne die Möglichkeit befristeter Arbeitsverträge zunutze und hat sich hierfür sogar „exklusiv“ den gesetzlichen Tatbestand der Haushaltsbefristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG geschaffen. Das LAG Köln hatte jedoch erhebliche Bedenken, ob eine Rechtfertigung für eine derartige Begünstigung der Arbeitgeber des öffentlichen Sektors darin gesehen werden könne, dass dieser nur Verpflichtungen eingehen dürfe, die haushaltsrechtlich gedeckt seien, und hat diese Frage – neben weiteren, die sich durch die Ent-

³⁶ Urteil v. 24.6.2010 – C-98/09, NZA 2010, 805 (*Francesca Sorge/Poste Italiana SPA*).

³⁷ BAG v. 25.3.2009 – 2 AZR 34/08, NZA 2010, 34 (Rz. 15); v. 25.5.2006 – 7 AZR 640/05, BeckRS 2009, 67940 (Rz. 20).

scheidung in Sachen *Küçük* teilweise erledigt haben³⁸ – dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt.³⁹ Es ging in den beiden Verfahren, die beim EuGH unter den Registernummern C-312/10 und C-313/10 eingingen, erneut um langjährig im Rahmen von befristeten Vertretungen tätige Justizangestellte in Nordrhein-Westfalen. In einem der beiden Verfahren (*Jansen*) hatte Generalanwalt *Niilo Jääskinen* bereits seine Schlussanträge formuliert, die an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig ließen: § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung sei dahin auszulegen, dass er in Bezug auf die Beurteilung des Vorliegens eines „sachlichen Grundes“ im Sinne dieses Paragraphen einer Differenzierung zwischen dem öffentlichen Sektor und dem Privatsektor entgegenstehe; zudem stehe er einer Regelung wie der hier streitigen entgegen, die sich auf haushaltsrechtliche Erwägungen stütze, die zu allgemein seien, um die Anforderungen zu erfüllen, die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs an die sachlichen Gründe gestellt würden, die die Verlängerung befristeter Verträge im Sinne dieser Vorschrift rechtfertigten.⁴⁰ Eine besondere Missbrauchsanfälligkeit sieht der Generalanwalt in der Undurchsichtigkeit der in Rede stehenden Bestimmungen (§ 7 Abs. 3 Satz 1 des Haushaltsgesetzes i.V.m. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG) sowie darin, dass die Befristung von Verträgen aus haushaltsrechtlichen Gründen kein äußerer Umstand sei, sondern „... eine vom Gesetzgeber gestaltbare bzw. beeinflussbare und daher interne Gegebenheit, die beliebig gestaltet werden kann.“⁴¹

Angesichts dieser geradezu vernichtenden Einschätzung des Generalanwalts ist es verständlich, wengleich unter Aspekten der Rechtssicherheit zu bedauern, dass dem EuGH gleichsam in letzter Minute das Verfahren wieder entzogen wurde, weil sich die Parteien auf Grund außergerichtlicher Einigung auf eine Erledigungserklärung verständigt haben; beide Verfahren sind inzwischen wieder aus dem Register des EuGH gestrichen.⁴² Ein ganz ähnliches Schicksal hat ein Vorlagebeschluss des BAG vom 27.10.2010⁴³ zum gleichen Thema erlitten. Auch hier hat die Arbeitgeberseite – es ging wieder einmal um eine Justizangestellte beim LG Köln – offenbar „kalte Füße“ bekommen, wozu der Vorlagebeschluss des 7. Senats auch durchaus Anlass bot.⁴⁴ Das

³⁸ Unter anderem hat das LAG auch gefragt, ob es nach der Rahmenvereinbarung gerechtfertigt sei, ausschließlich auf Verhältnisse im Zeitpunkt des Verlängerungsvertrags abzustellen, ohne zu berücksichtigen, wie viele befristete Verträge diesem Vertrag vorangegangen waren.

³⁹ Beschluss v. 13.4.2010 – 7 Sa 1224/09, BeckRS 2010, 69707 (*Sylvia Jansen*), und vom 13.4.2010 – 7 Sa 1150/09, BeckRS 2010, 524817 (*Melanie Klinz*).

⁴⁰ Schlussantrag des Generalanwalts vom 15.9.2011 – C-313/10, BeckRS 2011, 81466, Rz. 98 (Ergebnis) Nr. 2 und 3.

⁴¹ A.a.O., Rz. 73.

⁴² Vgl. BeckRS 2012, 80068.

⁴³ 7 AZR 485/09, NZA-RR 2011, 272.

⁴⁴ Insbesondere a.a.O., Rz. 44.

Verfahren ist jedenfalls nach § 91a ZPO erledigt,⁴⁵ ohne dass nähere Hintergründe bekannt wären. Auch wenn eine abschließende Entscheidung des EuGH zu diesem Thema somit weiter fehlt, stellt der Abschluss befristeter Verträge durch öffentliche Arbeitgeber auf der Grundlage von § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG angesichts der überzeugenden Einwände des LAG Köln und des Generalanwalts schon jetzt ein echtes Risikogeschäft dar.

III. Befristung von Verträgen mit älteren Arbeitnehmern

1. Rechtssache Deutsche Lufthansa AG/Gertraud Kumpan (C-109/09)

Vom EuGH beschieden, wenngleich nicht in dem vom 7. Senat gewünschten Sinne, wurde demgegenüber ein weiteres Vorlageersuchen, welches die Vereinbarkeit von § 14 Abs. 3 Satz 1 TzBfG in der ab 1. Januar 2001 in Kraft getretenen Fassung mit dem Verbot der Altersdiskriminierung zum Gegenstand hatte; danach konnten befristete Arbeitsverträge ohne weitere Voraussetzung mit Arbeitnehmern vereinbart werden, die das 58. Lebensjahr vollendet hatten. Die Thematik entsprach also derjenigen in der berühmten „Mangold-Entscheidung“ vom 22. November 2005⁴⁶ mit dem – einzigen – Unterschied, dass letztere die Altersbefristung ab 52 Jahren gemäß § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG a.F. betraf.

Auf Grund der klaren Aussage des EuGH in der Mangold-Entscheidung zur altersdiskriminierenden Wirkung von § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG a.F. wäre eigentlich zu erwarten gewesen, dass er die – ohnehin nur noch auf Altfälle anwendbare – „Ausgangsnorm“ des § 14 Abs. 3 Satz 1 TzBfG a.F. mit ähnlicher Begründung gleichermaßen für unwirksam erklären würde.⁴⁷ Hierauf zielte offenkundig auch das Vorabentscheidungsersuchen des 7. Senats ab, der „Mangold“ zuvor bereits pflichtgemäß umgesetzt hatte.⁴⁸ Der EuGH wählte jedoch einen ganz anderen, allein befristungsrechtlich ausgerichteten Begründungsweg, der die vom 7. Senat aufgeworfene diskriminierungsrechtliche Frage im Ergebnis als für die Entscheidung des Rechtsstreits unerheblich erscheinen lässt. Während das BAG nämlich in seinem Vorlagebeschluss davon ausgegangen war, dass die Rückausnahme nach § 14 Abs. 3 Satz 2 TzBfG a.F. (enger sachlicher Zusammenhang zu einem vorgehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber) vorliegend nicht einschlägig sei, da Frau Kumpan vor Abschluss der streitigen Altersbefri-

⁴⁵ Vgl. dazu Anm. *Laber* in öAT 2011, 88. Der 7. Senat des BAG hat in einem Urteil vom 15.12.2011 – 7 AZR 394/10, NZA 2012, 674 (Rz. 38) deutlich gemacht, dass er an seinen Zweifeln hinsichtlich der Vereinbarkeit von § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG mit dem Unionsrecht festhält.

⁴⁶ C-144/04, NZA 2005, 1345.

⁴⁷ Ebenso *Sagan*, ZESAR 2011, 412, 415 f.

⁴⁸ Urteil v.26.4.2006 – 7 AZR 500/04, NZA 2006, 1162.

stung in verschiedenen aufeinanderfolgenden *befristeten* Arbeitsverhältnissen mit der Deutschen Lufthansa beschäftigt gewesen war, wurde es vom EuGH eines Besseren belehrt: Der EuGH erinnerte das BAG an die Pflicht zur unionskonformen Auslegung des innerstaatlichen (Umsetzungs-)Rechts, welche ihre Grenze lediglich in dem Verbot der Auslegung *contra legem* finde.⁴⁹ Dementsprechend sei § 14 Abs. 3 TzBfG a.F. (auch) auf Sachverhalte anzuwenden, in denen einem befristeten Vertrag nicht unmittelbar ein *unbefristeter* Vertrag mit demselben Arbeitgeber vorausgegangen sei, sondern das ursprüngliche (unbefristete) Arbeitsverhältnis für dieselbe Tätigkeit durch eine ununterbrochene Folge *befristeter* Verträge fortgeführt wurde.⁵⁰

Auch wenn der EuGH die Auslegung des innerstaatlichen Rechts formal in eine solche von § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung einbettet, hat er im Ergebnis die richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts selbst in die Hand genommen.⁵¹ Ob der Gerichtshof die von dem vorlegenden Gericht vorgenommene Auslegung innerstaatlichen Rechts in dieser Weise ignorieren und damit dem Vorabentscheidungsersuchen die Grundlage ganz oder teilweise entziehen darf, ist in der Tat eine Frage, die einer näheren Überprüfung wert wäre. Ungeachtet dessen hat der 7. Senat den Ausgangsstreit inzwischen entsprechend den Vorgaben des EuGH zur Auslegung von § 14 Abs. 3 Satz 2 TzBfG a.F. entschieden.⁵²

IV. Umwandlung eines befristeten in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis/ Verschlechterungsverbot

Durch eine Besonderheit des französischen Rechts geprägt und daher nicht unmittelbar auf das deutsche Recht übertragbar ist demgegenüber ein Urteil der 6. Kammer des EuGH vom 8. März 2012⁵³ in Sachen *Martial Huet* gegen die Universität der West-Bretagne, welches die Rahmenbedingungen für die Umwandlung befristeter Arbeitsverträge in einen unbefristeten Arbeitsvertrag betrifft. Das zugrundeliegende französische Gesetz sieht für Angehörige des öffentlichen Dienstes vor, dass eine Vertragsverlängerung nur noch auf unbestimmte Zeit erfolgen kann, wenn die befristeten Verträge eine ununterbrochene Gesamtdauer von *sechs Jahren* erreicht haben. Der EuGH entschied, dass zwar keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten bestehe, dem Arbeitgeber nach einer bestimmten Frist die Umwandlung befristeter in unbefristete Verträge vorzuschreiben.⁵⁴

⁴⁹ EuGH v. 10.3.2011 – C-109/09 (*Deutsche Lufthansa/Gertraud Kumpan*), NZA 2011, 397 (Rz. 52 ff.)

⁵⁰ EuGH, a.a.O. Rz. 57.

⁵¹ Kritisch *Sagan*, ZESAR 2011, 412, 415 f.: Überschreitung der Kompetenz des EuGH nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV.

⁵² Urteil v. 19.10.2011 – 7 AZR 253/07, BeckRS 2012, 68565.

⁵³ C-251/11, NZA 2012, 441.

⁵⁴ A.a.O. Rz. 38, unter Bezugnahme auf das Urteil in Sachen *Adeneler* (NZA 2006, 909), Rz. 91.

Daraus ergebe sich zugleich, dass die Rahmenvereinbarung nicht vorschreibe, welche Bedingungen in die unbefristeten Arbeitsverträge aufgenommen werden dürften. Unter abermaliger Heranziehung des „*effet utile*“-Gedankens statuiert der EuGH jedoch ein Verbot, die gesetzlich vorgesehene Umwandlung eines befristeten in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit derart tiefgreifenden Änderungen der wesentlichen Bestimmungen des vorhergehenden Vertrages zu verbinden, dass der Bedienstete vom Abschluss des ihm angebotenen neuen Vertrages abgehalten werde und so nicht in den Genuss fester Beschäftigungsverhältnisse komme, die einen „wichtigen Aspekt des Arbeitnehmerschutzes“ darstellten. Ob es sich konkret um eine solche tiefgreifende Veränderung handelte, hätten jedoch die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten anhand der Gesetzgebung, der Tarifverträge und/oder der nationalen Gepflogenheiten zu prüfen.⁵⁵

Da im deutschen (Gesetzes-)Recht kein Anspruch auf die Umwandlung befristeter in unbefristete Arbeitsverträge vorgesehen ist, erscheint der Aussagewert der Entscheidung insoweit zunächst auf den ersten Blick gering. Bemerkenswert ist allerdings, dass der EuGH das „*effet utile*“-Gebot auch auf solche Maßnahmen der Mitgliedstaaten erstreckt, zu denen sie nach der zugrundeliegenden Richtlinie nicht gezwungen sind, da diese ihnen ein Auswahlermessen hinsichtlich der als notwendig und angemessen erachteten innerstaatlichen Instrumente zubilligt. Der Hinweis, der den Mitgliedstaaten belassene Wertungsspielraum sei „jedoch nicht unbegrenzt“,⁵⁶ sollte daher als Warnung auch an die deutsche Seite verstanden werden.

Nicht ableiten lässt sich aus der „*Huet*“-Entscheidung allerdings, dass über die entschiedene Konstellation hinaus ein Verschlechterungsverbot auch dann eingreifen soll, wenn im Anschluss ein an befristetes Arbeitsverhältnis kein unbefristeter, sondern ein abermals *befristeter* Arbeitsvertrag angeboten werden soll, da dieser keine (besondere) Vergünstigung für den Arbeitnehmer bedeute, von deren Annahme er durch die (deutlich) verschlechterten sonstigen Arbeitsbedingungen abgehalten werden könnte. Zwar mag ein neuer befristeter Arbeitsvertrag für den Arbeitnehmer immer noch günstiger sein als gar keine Verlängerung; diese, gemessen an dem Angebot eines unbefristeten Vertrages aber ungleich weniger attraktive Option ist aber nicht von der Art und Qualität, wie sie dem EuGH als zu Gunsten des Arbeitnehmers besonders schützenswert erschien.

Das „Verschlechterungsverbot“ kann im deutschen Recht lediglich in einem völlig anderen Zusammenhang Bedeutung erlangen, nämlich bei der Verlängerung sachgrundlos befristeter Verträge im Sinne von § 14 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz TzBfG. Hierzu hat nämlich das BAG mit Urteil vom 23.8.2006⁵⁷ entschieden, dass eine nicht unerhebliche

⁵⁵ A.a.O. Rz. 45.

⁵⁶ A.a.O. Rz. 43.

⁵⁷ 7 AZR 12/06, NZA 2007, 304.

Änderung von Arbeitsbedingungen anlässlich der Verlängerung als Neuabschluss zu qualifizieren ist und somit einer Anwendung dieser Bestimmung entgegensteht.⁵⁸

B. Betriebsübergang

Auch für das Recht des Betriebsübergangs besteht evident der eingangs erwähnte Konnex zum jeweiligen nationalen Kündigungs(schutz)recht: So manche Aufregung hierzu-lande über die tatsächliche oder vermeintliche Erweiterung des Tatbestands von § 613a BGB durch die Judikatur des EuGH⁵⁹ ist nur verständlich vor dem Hintergrund einer drohenden Erdrosselung der Unternehmerfreiheit und des freien Wettbewerbs, etwa wenn der Wechsel des Dienstleisters im Zuge des *Outsourcing* automatisch die Pflicht zur unveränderten Weiterbeschäftigung von Personal des den Auftrag verlierenden Konkurrenten nach sich ziehen soll. Was in Deutschland als unzumutbare Last empfunden wird, kann in Ländern mit (deutlich) geringerem Kündigungsschutzniveau durchaus als angemessenes Instrument zur globalen Überleitung von Personal aufgefasst werden. So sind Outsourcing-Vorgänge in Großbritannien ganz allgemein unter das Regime der TUPE-Gesetzgebung gestellt worden, ohne dass sich dagegen erkennbar Widerstand geregt hätte.⁶⁰

I. Eingliederung übernommener Betriebsmittel in den Erwerberbetrieb/Abgrenzung zur Funktionsnachfolge

1. Rechtssache Klarenberg (C-466/07)

Aus deutscher Sicht besteht demgegenüber aus den dargelegten Gründen ein erhebliches Interesse daran, den Tatbestand des § 613a BGB „überschaubar“ zu halten, um unfreiwillige Personalzuwächse auf Seiten des an der Übernahme von bestimmten Betriebsmitteln und/oder allein an der Weiterführung von Funktionen ohne Erwerb des zugrundeliegenden personellen und sächlichen Substrats interessierten „Übernehmers“ zu vermeiden. Dem erstgenannten Anliegen der Praxis ist der für das Betriebsübergangsrecht zuständige 8. Senat des BAG in der Vergangenheit insoweit entgegengekommen, als er die Doktrin der sogenannten *identitätszerstörenden Eingliederung* entwickelt hat. Mit der sofortigen vollständigen Umstrukturierung nutze der „Erwerber“

⁵⁸ Siehe dazu auch ErfK/*Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rz. 88 m.w.N.; HWK/*Schmalenberg*, § 14 TzBfG Rz. 106.

⁵⁹ Allen voran die „berühmt-berüchtigte“ Christel-Schmidt-Entscheidung vom 14.4.1994 – C-392/92, NZA 1994, 545.

⁶⁰ Vgl. sec. 3 (1) (b) (3) der TUPE (Transfer of Undertakings Protection of Employees) Regulations 2006; siehe dazu auch *Willemsen/Müntefering*, NZA 2006, 1185, 1191 Fn. 79.

nicht eine im „Vorgängerbetrieb“ vorhandene Arbeitsorganisation („*er legt sich nicht ins gemachte Bett*“), sondern gründe eine *neue Arbeitsorganisation* bzw. gliedere die wirtschaftliche Einheit in die *bereits vorhandene Organisation* des Erwerbers ein. Diese sofort erfolgende *wesentliche Umgestaltung* löse nicht die Rechtsfolgen des § 613a BGB aus.⁶¹

Die Umstrukturierungspraxis hat diese Hinweise dankbar aufgenommen und sie (wohl zu Recht) dahingehend interpretiert, dass durch das „Verstreuen“ übernommener personeller und sächlicher Ressourcen des veräußerten Betriebs(teils) über verschiedene Abteilungen/Bereiche des Erwerberbetriebs die Rechtsfolge des § 613a BGB legal vermieden werden könne. In der Instanzrechtsprechung sowie in der Literatur stieß die Theorie der identitätszerstörenden Eingliederung dagegen teilweise auf erheblichen Widerspruch, da sie zur Umgehung von § 613a BGB durch geschickte „Atomisierung“ der übernommenen Betriebsmittel geradezu einlade. Diese Auffassung vertrat insbesondere die 9. Kammer des LAG Düsseldorf und legte daher dem EuGH die – den Kern des Problems freilich nicht präzise erfassende – Frage vor, ob ein Übergang eines Unternehmens- bzw. Betriebsteils auf einen anderen Inhaber im Sinne von Art. 1 Nr. 1a und b der Richtlinie 2001/23/EG nur vorliege, „... wenn der Unternehmens- bzw. Betriebsteil bei dem neuen Inhaber als organisatorisch selbständiger Unternehmens- bzw. Betriebsteil fortgeführt wird.“⁶²

Hierauf antwortete der EuGH, dass es für den Tatbestand des Betriebsübergangs nach der Richtlinie 2001/23/EG nicht auf die organisatorische Selbständigkeit der übertragene Einheit beim *Erwerber*, sondern auf die *Beibehaltung der funktionalen Verknüpfung* der übernommenen Produktionsfaktoren ankomme, die es dem Erwerber erlaube, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen; es sei Sache des vorlegenden Gerichts, diese Voraussetzungen zu prüfen und im Rahmen der Gesamtbewertung zu berücksichtigen.⁶³ An die Stelle des in der Praxis recht einfach zu handhabenden organisationsbezogenen Kriteriums im Sinne der bisherigen BAG-Rechtsprechung⁶⁴ tritt damit eine funktionsbezogene Sichtweise (1. Beibehaltung der funktionellen Verknüpfung der Betriebsmittel?; 2. dieselbe oder gleichartige Tätigkeit?), deren Umsetzung im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten dürfte. In der Literatur ist sogar gemutmaßt worden, dass die „*Klarenberg*“-Entscheidung des EuGH die bereits für erledigt erklärte Debatte um die Gleichsetzung

⁶¹ Grundlegend BAG v. 6.4.2006 – 8 AZR 249/04, NZA 2006, 1039 (Rz. 26) – Bistrowagen; siehe ferner BAG v. 28.4.2011 – 8 AZR 709/09, BeckRS 2011, 75933 (Rz. 43 ff.)

⁶² LAG Düsseldorf v. 10.8.2007 – 9 Sa 303/07, BeckRS 2007, 48392.

⁶³ EuGH v. 12.2.2009 – C 466/07, NZA 2009, 251 – Klarenberg.

⁶⁴ Das freilich nicht dahingehend verstanden werden durfte, dass bereits eine Änderung des *Organigramms* beim Erwerber „identitätszerstörend“ wirkte, vgl. *Willemsen/Sagan*, ZIP 2010, 1205, 1210.

von Betriebs- und Funktionsnachfolge und damit möglicherweise die bereits totgeglaubte „Christel-Schmidt“-Entscheidung aus dem Jahre 1994 wiederbeleben könnte.⁶⁵

2. Rechtssache CLECE S.A. (C-463/09)

Bezüglich dieser durchaus nachvollziehbaren Besorgnis hat der EuGH jedoch recht zügig, nämlich knapp zwei Jahre nach „Klarenberg“, *Entwarnung* gegeben. Die Entscheidung vom 20.1.2011 in der Rechtssache CLECE S.A./Maria Socorro Martin-Valor erging auf das Vorlageersuchen eines spanischen Gerichts und betrifft den Fall eines sogenannten *Insourcings*: Eine spanische Gemeinde, die ein privates Unternehmen (CLECE) mit der Reinigung ihrer Räumlichkeiten beauftragt hatte, beschloss, den zwischen ihr und diesem Unternehmen bestehenden Vertrag aufzulösen, diese Reinigungstätigkeit in Zukunft selbst durchzuführen und dafür neues Personal einzustellen. Der EuGH⁶⁶ sah hier in Ermangelung der Übernahme jeglicher materieller, immaterieller und personeller Ressourcen seitens der das Insourcing betreibenden Gemeinde den Tatbestand des Betriebsübergangs als *nicht* gegeben an: Der bloße Umstand, dass die von CLECE und die von der Gemeinde durchgeführten *Tätigkeiten* einander ähnlich oder sogar *identisch* seien, lasse nicht auf die Wahrung der Identität einer wirtschaftlichen Einheit schließen. Eine Einheit dürfe nämlich *nicht* als *bloße Tätigkeit* verstanden werden. Die Identität ergebe sich aus mehreren unmittelbar zusammenhängenden Merkmalen wie Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmitteln und „gegebenenfalls“⁶⁷ den zur Verfügung gestellten Betriebsmitteln.⁶⁸

3. Konsequenzen von „Klarenberg“ und „CLECE“

Man kann trefflich bestreiten, ob es angesichts der grundlegenden Ausführungen des EuGH in der Rechtssache *Süzen*⁶⁹ überhaupt einer erneuten Anrufung des Gerichtshofs bedurft hätte, um das Verhältnis der (reinen) Funktionsnachfolge zu dem Tatbestand des Übergangs von Unternehmen bzw. Unternehmensteilen im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG zu klären. Im Zusammenhang mit der kurz zuvor ergangenen „Klarenberg“-Entscheidung ist das Urteil in Sachen CLECE S.A. jedenfalls geeignet, einen Teil der hierdurch verursachten Irritationen zu widerlegen. Steht nämlich seit „Klarenberg“

⁶⁵ Vgl. *Grobys*, NJW 2009, 2029, 2032; *Wißmann/Schneider*, BB 2009, 1126, 1128; *dagegen Willemssen/Sagan*, ZIP 2010, 1205, 2011; siehe zu dieser Problematik auch *Bayreuther*, Anm. zu EzA, RL 2001/23 Nr. 2, S. 18; *Willemsen*, NZA 2009, 289, 293 f.

⁶⁶ Urt. v. 20.1.2011 – C-46/309, NZA 2011, 148 – CLECE S.A.

⁶⁷ Dieser Zusatz ist offensichtlich dem Umstand geschuldet, dass es bei einer Reinigungstätigkeit im wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt und daher der Übernahme sächlicher Betriebsmittel keine für die Abgrenzung erhebliche Bedeutung zukommt (vgl. auch Rz. 39 der Urteilsgründe).

⁶⁸ A.a.O., Rz. 41, unter Hinweis auf die Entscheidung vom 11.3.1997 – C-13/95, NZA 1997, 433 – *Ayşe Süzen*.

⁶⁹ A.a.O.

fest, dass allein dadurch, dass der „übernommene“ Betrieb(teil) in der Betriebsorganisation des Erwerbers „aufgeht“, ein Betriebs(teil)übergang (noch) nicht ausgeschlossen wird, bleibt es andererseits aber auch bei dem Grundsatz, dass die bloße Identität oder Ähnlichkeit der Tätigkeit im Sinne der (reinen) sogenannte Funktionsnachfolge für die Annahme eines Betriebs(teil)übergangs nicht ausreicht. Dies hat auch der 8. Senat bereits in Kenntnis der Gründe des „Klarenberg“-Urteils, aber noch *vor* der Entscheidung des EuGH in Sachen CLECE S.A. zutreffend festgestellt.⁷⁰ Erforderlich sind vielmehr auch nach „Klarenberg“

- (1) die *Übertragung* der für die Weiterführung relevanten Faktoren („Betriebsmittel“ in der deutschen Diktion), wobei deren Maßgeblichkeit vom jeweiligen Betriebszweck im Sinne der konkreten Wertschöpfung⁷¹ abhängt;
- (2) die Beibehaltung der *funktionellen Verknüpfung* zwischen diesen Faktoren zur Erfüllung eines im wesentlichen identisch gebliebenen Betriebszwecks *sowie*
- (3) der *Kausalzusammenhang* zwischen (1) und (2).⁷²

Für die Gestaltungspraxis von besonderem Interesse und durchaus nicht ohne Reiz ist demgegenüber eine vergangenheitsbezogene („Vorher“-)Betrachtung, die nicht darauf abhebt, was mit den übernommenen sächlichen und sonstigen Betriebsmitteln beim *Erwerber* passiert (Beibehaltung der funktionellen Verknüpfung?), sondern darauf, inwieweit die in Rede stehenden Betriebsmittel beim *Veräußerer* die Qualität eines abgrenzbaren Betriebsteils hatten.⁷³ Sowohl die Richtlinie 2001/23/EG als auch § 613a BGB setzen eine derartige „ursprüngliche“ Betriebsteilqualität auf Veräußererseite nämlich voraus.⁷⁴ *Fehlt* es daran, stellt sich das Problem der Identitätszerstörung durch Eingliederung in den Erwerberbetrieb erst gar nicht, weil eben keine Betriebsmittel in einem Umfang auf den Erwerber übergehen, dass sie einen früheren Betriebsteil beim *Veräußerer* repräsentieren. Bloße *Teile* von Betriebsteilen werden nämlich nicht vom Tatbestand der Richtlinie bzw. des § 613a BGB erfasst; veräußert also beispielsweise der Insolvenzverwalter die wesentlichen Betriebsmittel einer Betriebsabteilung (z.B.

⁷⁰ BAG v. 22.1.2009 – 8 AZR 158/07, NZA 2009, 905 (Rz. 21 f.) – Charité II; zu dieser Entscheidung ausführlich *Willemsen* in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 4. Aufl. 2011, Rz. G 51 ff; im gleichen Sinne BAG v. 28.5.2009 – 8 AZR 273/08, NZA 2009, 1267 – Anzeigenvertrieb.

⁷¹ Vgl. dazu WHSS/*Willemsen*, Rz. G 34 f., 59.

⁷² Vgl. dazu das (ausführlichere) Prüfungsschema bei *Willemsen/Sagan*, ZIP 2010, 1205, 1213.

⁷³ Siehe zu diesem Ansatz nach „Klarenberg“ bereits *Willemsen*, NZA 2009, 289, 294.

⁷⁴ So schon die bisherige Rechtsprechung des BAG, vgl. z.B. Urt. v. 28.5.2009 – 8 AZR 273/08, NZA 2009, 1267; v. 13.7.2006 – 8 AZR 331/05, NZA 2006, 1357.

einer Produktionsanlage) an mehrere Käufer, findet der Zerschlagungsakt bereits in dieser Phase statt; auf die Vorlagefrage in der Sache „Klarenberg“ kommt es dann gar nicht mehr an. Ähnlich verhält es sich, wenn ein Erwerber sich nur einzelne (Führungs-) Kräfte und einzelne Assets aus verschiedenen Abteilungen und Bereichen eines im übrigen fortbestehenden Betriebs „herauspickt“, ohne dass diese Arbeitnehmer und sächliche Betriebsmittel im Sinne eines Betriebsteils beim Veräußerer organisatorisch verknüpft werden.

4. Folgeentscheidung des BAG

In genau diesem Sinne hat der 8. Senat des BAG inzwischen die zu ihm im Instanzenzug⁷⁵ gelangte *Causa Klarenberg* entschieden: Die „Übernahme“ von Teilen einer Abteilung könne nur dann einen Betriebsteilübergang im Sinne des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB darstellen, „...wenn die auf die F-GmbH bzw. deren Muttergesellschaft übergegangenen Gegenstände zusammen mit dem übernommenen Personal bereits bei der ET (Veräußererin) bzw. zumindest innerhalb der Abteilung F+E/ET-Systeme/Netzwerk/IBS einen Betriebsteil im Sinne der Rechtsprechung, also eine *selbständig abtrennbare organisatorische Einheit* dargestellt hätten, mit welcher innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein *Teilzweck* verfolgt worden wäre. Das war nicht der Fall.“⁷⁶ Der 8. Senat hat den Fall „Klarenberg“ somit entschieden, ohne dass die vom EuGH beantwortete Vorlagefrage des LAG Düsseldorf⁷⁷ überhaupt relevant geworden wäre. Der Aspekt einer betriebsteilübergreifenden Verknüpfung der Betriebsmittel spielt nämlich nur auf der *Erwerberseite* eine Rolle, während sie auf der *Veräußererseite* nicht ausreicht, um die Existenz eines organisatorisch abgrenzbaren und damit übergangsfähigen Betriebsteils zu begründen.⁷⁸ Das zeigt einmal mehr, dass die Instanzgerichte in der Regel gut beraten sind, Vorlagen an den EuGH unter dem Gesichtspunkt der *Prozessökonomie* sorgfältig zu prüfen.⁷⁹ Herrn *Klarenberg* hat dieser Umweg über Luxemburg jedenfalls nichts gebracht. Für das interessierte Publikum ist es dagegen aufschlussreich mitzuverfolgen, wie der 8. Senat auf die EuGH-Entscheidung reagiert hat, indem er auf dessen „eindeutige“ Rechtsprechung verweist, wonach schon beim Betriebsteilveräußerer eine abgrenzbare organisatorische wirtschaftliche Einheit vorgelegen haben müsse, um einen Betriebsteilübergang annehmen

⁷⁵ Das LAG Düsseldorf hatte auf der Grundlage der Entscheidung des EuGH in dem Verfahren *Klarenberg* einen Betriebsteilübergang bejaht (vgl. Urt. v. 29.1.2010, BeckRS 2010, 66988), wogegen von Erwerberseite erfolgreich Revision zum BAG eingelegt wurde, vgl. Urt. v. 13.10.2011 – 8 AZR 455/10, BeckRS 2012, 66797.

⁷⁶ BAG v. 13.10.2011 – 8 AZR 455/10, BeckRS 2012, 66797, Rz. 42 ff. – Klarenberg; Hervorhebung und Klammerzusatz diesseits.

⁷⁷ Siehe oben Rn. 63.

⁷⁸ Ebenso *Salamon*, NZA 2012, 482, 485; teilweise a.A. *Gaul*, Aktuelles Arbeitsrecht, Band 1/2012, 225 f.

⁷⁹ Siehe dazu auch *Thüsing*, RdA 2008, 51, 53.

zu können. Auf Grund dieser „eindeutigen“ Rechtsprechung des EuGH sei der Senat nicht verpflichtet gewesen, ein Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 EUV einzuleiten.⁸⁰ Es bleibt abzuwarten, ob die Instanzgerichte sich diesem Diktum aus Erfurt beugen oder durch ein erneutes Vorlageersuchen die „Verteidigungslinie“ des BAG in Frage stellen werden.

II. Übergang von Leiharbeitsverhältnissen auf den Betriebserwerber

1. Rechtssache Albron (C-242/09)

a) Problemstellung

Geht ein Betrieb(steil) durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser gem. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB in die Rechte und Pflichten „aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen“ ein. Die zu Grunde liegende Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.3.2001⁸¹ formuliert es für den hier zu besprechenden Zusammenhang in Art. 3 Abs. 1 noch deutlicher: „Die Rechte und Pflichten des *Veräußerers* aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden *Arbeitsvertrag* oder *Arbeitsverhältnis* gehen auf Grund des Übergangs auf den Erwerber über.“

Sowohl aus der Sicht des deutschen wie auch des europäischen Rechts war bisher geradezu selbstverständlich, dass nur solche Arbeitsverhältnisse infolge des Betriebs(teil)übergangs auf den Erwerber übergehen können, die zuvor mit dem *Veräußerer* (früheren Betriebsinhaber) bestanden haben. Während der deutsche Gesetzgeber diese Selbstverständlichkeit nicht einmal für erwähnenswert hält, findet sich in Art. 3 Abs. 1 der Betriebsübergangsrichtlinie („Rechte und Pflichten des *Veräußerers* aus einem ... *Arbeitsvertrag* oder *Arbeitsverhältnis*“) sogar ihre unmittelbare Bestätigung.

Dieser Befund hatte jedenfalls bisher zur Folge, dass Arbeitsverhältnisse, die zu Dritten, also anderen Rechtsträgern als dem Veräußerer des Betriebs(teils) bestehen, nach bisherigem Verständnis des § 613a BGB und der Richtlinie im Falle eines Betriebs(teil)übergangs nicht kraft Gesetzes auf den Erwerber übergehen konnten, sondern es hierzu einer besonderen (dreiseitigen) Vereinbarung bedurfte. Wie soll auch eine Rechtsnorm, die das „Dreiecksverhältnis“ zwischen altem und neuem Betriebsinhaber einerseits und den vom Übergang betroffenen Arbeitnehmern andererseits regelt, Auswirkungen auf ein Arbeitsverhältnis entfalten können, das zu einem außenstehenden,

⁸⁰ BAG v. 13.10.2011 (a.a.O., Fn. 76), Rz. 37. Kritisch insoweit *Gaul*, a.a.O. (Fn. 78).

⁸¹ ABIEG Nr. L 82 v. 22.3.2001, S. 16; nachfolgend auch kurz als „Richtlinie“ bezeichnet.

nicht am Übergang beteiligten Arbeitgeber besteht? Konsequenz dieser durchaus stringenten Betrachtungsweise war unter anderem, dass nach bisherigem Verständnis die Arbeitsverhältnisse von *Leiharbeitnehmern*, die in den zwischenzeitlich veräußerten Betrieb des Entleihers entsandt wurden, nicht kraft Gesetzes auf den Erwerber des Betriebs(teils) übergehen können; denn ihr Arbeitsverhältnis bestand im Zeitpunkt des Betriebsübergangs eben nicht zu dessen Vorgänger, sondern zu dem Zeitarbeitsunternehmen.⁸²

Eine derartige Entsendekonstruktion lag auch dem Fall zu Grunde, der den Anlass für das vom Gerichtshof te Amsterdam beim EuGH anhängig gemachten Vorlageverfahren in Sachen *Albron* bildete:

In dem niederländischen Brauereikonzern *Heineken* fungiert eine Personalführungsgesellschaft, die *Heineken Nederlands Beheer BV* (Heineken Niederlande Verwaltungsgesellschaft BV, nachfolgend auch kurz: „*HNB*“), als zentraler Arbeitgeber, der Personal zu den zahlreichen Betriebsgesellschaften des *Heineken* Konzerns in den Niederlanden abstellt. Welche Rechtsbeziehungen zwischen *HNB* und den Betriebsgesellschaften dieser Entsendung zu Grunde liegen, wird im Sachverhalt der Entscheidung nicht mitgeteilt. Der von seiner Gewerkschaft *FNV* unterstützte Kläger des Ausgangsverfahrens, Herr *Roest*, war bei *HNB* als Mitarbeiter der Abteilung „Lieferung von Mahlzeiten“ beschäftigt und wurde, ebenso wie ca. 70 weitere Mitarbeiter, zur *Heineken Nederland BV* (nachfolgend auch kurz: *Heineken Nederland*) abgestellt, die als Caterer für verschiedene Betriebe des *Heineken* Konzerns arbeitete und die dortigen Beschäftigten mit Mahlzeiten versorgte. Durch Vertrag vom 1. März 2005 wurde die bisher von *Heineken Nederland* ausgeübte Tätigkeit der Lieferung von Mahlzeiten auf die nicht konzernangehörige *Albron Catering BV* (nachfolgend auch kurz: *Albron*) übertragen.

Herr *Roest* wurde zwar per 1. März 2005 von *Albron* als Mitarbeiter der Abteilung „Betriebskantinen“ übernommen, jedoch zu Bedingungen, die zu seinen Ungunsten von jenen abwichen, die zuvor bei *HNB* für ihn maßgeblich gewesen waren. Daher machte er vor dem niederländischen Gericht das Vorliegen eines Unternehmensübergangs im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG geltend.

⁸² Allg. M., vgl. z.B. ErfK/Preis, 11. Aufl. 2011, § 613a BGB Rdnr. 67; *Willemsen/Müller-Bonanni* in Henssler/Willemsen/Kalb, ArbeitsrechtKommentar (HWK), 5. Aufl. (2012), § 613a BGB Rdnr. 225. Siehe auch LAG Köln, Urt. v. 17.3.1999 – 11 Sa 1564/99, BeckRS 2000. Etwas anderes gilt nur, wenn nach § 10 Abs. 1 kraft gesetzlicher Funktion ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zustande gekommen ist; vgl. *HKW/Willemsen/Müller-Bonanni*, ebda., § 613a BGB Rdnr. 225.

b) Entscheidung des EuGH

aa) Vorlagefragen

Der von dem niederländischen Gericht angerufene EuGH musste sich mit der Frage befassen, ob es sich nur dann um einen Übergang von Rechten und Pflichten auf den Erwerber im Sinne der Richtlinie handelt, „... wenn der Veräußerer des zu übertragenden Unternehmens auch formell der Arbeitgeber der betroffenen Arbeitnehmer ist“, oder ob „... bei Übergang eines Unternehmens einer zu einem Konzern gehörenden Betriebsgesellschaft die Rechte und Pflichten in Bezug auf die zu dieser Betriebsgesellschaft entsandten Arbeitnehmer auf den Erwerber übergehen, wenn das gesamte innerhalb des Konzerns tätige Personal bei einer (ebenfalls zu diesem Konzern gehörenden) Personalgesellschaft beschäftigt ist, die als zentraler Arbeitgeber fungiert“. Das Vorliegen eines Betriebsübergangs im Verhältnis *Heineken Nederland/Albron* als solchen war für den vorliegenden Gerichtshof te Amsterdam somit unstrittig; problematisch war allein die Frage, ob von dessen Rechtsfolgen auch die Arbeitsverhältnisse der dort tätigen Arbeitnehmer erfasst wurden, obwohl sie „formell“ nicht zu *Heineken Nederland*, sondern zu *HNB* als zentraler Personalführungsgesellschaft bestanden hatten. Eine weitere vom Gericht gestellte Frage, nämlich, wie die erste Vorlagefrage zu behandeln sei, wenn das Entsendeunternehmen zwar eine Konzerngesellschaft, aber keine Personalgesellschaft im Sinne der ersten Frage sei, hat der EuGH im Zusammenhang mit der ersten Frage beantwortet.

bb) Entscheidungsgründe des EuGH

Der EuGH hat die Vorlagefragen im Ergebnis dahingehend beantwortet, dass in der vorliegenden Konzernsituation, in der die Arbeitnehmer von einer Konzerngesellschaft „ständig“ zu einer Betriebsgesellschaft abgestellt werden, letztere als „Veräußerer“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie betrachtet werden könne, obwohl sie mit den entsandten Arbeitnehmern kein Arbeitsverhältnis verbindet. Die Bedeutung und Tragweite der Entscheidung erschließen sich nur aus ihren Gründen, die daher nachfolgend kurz zusammengefasst werden.

Den dogmatischen Einstieg in die Urteilsbegründung bildet Art. 2 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie, wonach „Veräußerer“ jede natürliche oder juristische Person ist, die aufgrund eines Übergangs im Sinne von Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie als Inhaber aus dem Unternehmen, dem Betrieb oder dem Unternehmens- bzw. Betriebsteil ausscheidet, also, wie es der EuGH formuliert⁸³, „die Arbeitgebereigenschaft verliert“. An dieser Stelle hätte der EuGH die weitere Prüfung abbrechen können, denn *Heineken Nederland* stand in keiner arbeitsvertraglichen Beziehung zu dem Kläger des Ausgangsverfahrens und

⁸³ EuGH v. 21.10.2010 – C-242/09, NZA 2010, 1225 (*Albron Catering BV*), Rn. 21.

konnte so betrachtet durch den Betriebsübergang auch nicht seine Arbeitgeberstellung „verlieren“.

Der eigentliche „Clou“ der *Albron*-Entscheidung liegt nun allerdings darin, dass der EuGH kurzerhand die Rechtsfigur des „nichtvertraglichen Arbeitgebers“ kreiert, welcher, wie der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens zeige, durchaus diese Eigenschaft durch Einstellung der übertragenen Tätigkeit verlieren könne.⁸⁴ Daher lasse sich „nicht ausschließen“, dass er (gemeint ist die *Heineken Nederland BV*) als ein Veräußerer im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie betrachtet werden könne. Wie sich bereits aus deren Art. 3 Abs. 1 ergebe, betreffe der Schutz der Richtlinie die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus einem im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden *Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis*, wobei die Frage, ob ein Arbeitsvertrag oder ein Arbeitsverhältnis bestehe, nach Art. 2 Abs. 2 dieser Richtlinie nach einzelstaatlichem Recht zu beurteilen sei. Die Gleichwertigkeit des Erfordernisses entweder eines Arbeitsvertrags oder alternativ eines Arbeitsverhältnisses führe zu der Annahme, „... dass nach dem Willen des Unionsgesetzgebers eine vertragliche Beziehung der Arbeitnehmer zum Veräußerer nicht unter allen Umständen erforderlich“ sei. Aus der Richtlinie 2001/23/EG gehe dagegen nicht hervor, dass das Verhältnis zwischen Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis ein Subsidiaritätsverhältnis wäre und dass „... bei mehreren Arbeitgebern systematisch auf den vertraglichen Arbeitgeber abgestellt werden müsste“.⁸⁵ Dies werde bestätigt durch den dritten Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/23/EG, der die Notwendigkeit hervorhebe, die Arbeitnehmer bei einem „Inhaberwechsel“ zu schützen. Dieser Begriff könne „... in einem Kontext wie dem des Ausgangsverfahrens den nichtvertraglichen Arbeitgeber bezeichnen, der für die Durchführung der übertragenen Tätigkeit verantwortlich ist. Wenn daher in einem Konzern mehrere Arbeitgeber nebeneinander bestehen, von denen der eine vertragliche Beziehungen und der andere nichtvertragliche Beziehungen zu dem Arbeitnehmer dieses Konzerns unterhält, könne als „Veräußerer“ im Sinne des Richtlinie 2001/23/EG auch der Arbeitgeber bezeichnet werden, der für die wirtschaftliche Tätigkeit der übertragenen Einheit verantwortlich ist und der in dieser Eigenschaft Arbeitsverhältnisse mit den Arbeitnehmern dieser Einheit begründet, und zwar auch bei Fehlen vertraglicher Beziehungen zu diesen Arbeitnehmern.“⁸⁶

c) **Bewertung der Entscheidung**

Zu den Entscheidungsgründen des EuGH – *nicht* zu dem Ergebnis selbst – habe ich in anderem Zusammenhang bereits kritisch Stellung genommen; hierauf kann verwiesen

⁸⁴ A.a.O. (Fn. 83), Rn. 22.

⁸⁵ A.a.O. (Fn. 83), Rn. 24 f.

⁸⁶ A.a.O. (Fn. 83), Rn. 30 f. Auf die anschließend (Rn. 33 f.) näher thematisierte und im Ergebnis verneinte Frage eines Vertrauensschutzes zu Gunsten von *Albron* kann hier nicht näher eingegangen werden.

werden.⁸⁷ Der richtige Begründungsansatz scheint mir nicht in der Figur des „nicht vertraglichen Arbeitgebers“, sondern in dem Gedanken zu liegen, dass eine – im vorliegenden Fall gegebene – rein formale Aufspaltung der Arbeitgeberstellung die Anwendung des § 613a BGB nicht verhindern kann. *Nur* in dieser Konstellation ist die Betriebsveräußerung durch den Entleiher (hier: *Heineken Nederland Beheer BV*) hinsichtlich der Rechtsfolgen des § 613 a BGB dem Vertragsarbeitgeber (*HNB*) wie dessen eigene Betriebsveräußerung zuzurechnen.⁸⁸ Bei (echter) Arbeitnehmerüberlassung, insbesondere seitens nicht konzernangehöriger Unternehmen, muss es aber bei dem Grundsatz verbleiben, dass nur die Veräußerung des *Verleiherbetriebs* in Bezug auf dessen Personal die Rechtsfolgen des § 613a BGB auszulösen vermag.⁸⁹ Solange dies aber nicht im Wege eines erneuten Vorabentscheidungsverfahrens geklärt ist, hinterlässt „*Albron*“ der Praxis eine ganz erhebliche Rechtsunsicherheit, die einstweilen einen frühzeitigen Abzug von Leiharbeitsverhältnissen vor dem geplanten Zeitpunkt eines Betriebsübergangs nahelegen kann.

III. Tarifablösung beim Erwerber

1. Rechtssache Scattolon (C-108/10)

a) Absage an das Ablösungsprinzip (§ 613a Abs. 1 Satz 3 BGB)?

Nicht nur Rechtsunsicherheit, sondern geradezu Verwirrung stiftet ein Judikat der Großen Kammer des EuGH vom 6.9.2011,⁹⁰ da es mangels einer dogmatisch trennscharfen und nachvollziehbaren Begründung geeignet ist, die Grundfesten des deutschen Arbeitsrechts – hier: des kollektivrechtlichen Ablösungssystems im Falle eines Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 1 Sätze 2-4 BGB – zu erschüttern.⁹¹ Stein des Anstoßes sind vor allem zwei Sätze aus der Urteilsbegründung, die nicht nur die deutschen Gerichte in Zukunft noch wiederholt beschäftigen dürften:⁹²

⁸⁷ NJW 2011, 1546, 1547 ff.

⁸⁸ Vgl. *Willemsen*, a.a.O. (Fn. 87), 1548 f.; kritisch zu diesem Ansatz *Raab*, EuZA Bd. 4 (2011), 537, 551; siehe zum Ganzen auch *Kühn*, NJW 2011, 1408.

⁸⁹ *Willemsen*, a.a.O. (Fn. 87), 1549 f.; *Raab*, a.a.O. (Fn. 89), 552; teilweise a.A. *Kühn*, a.a.O. (Fn. 89), 1410 f.

⁹⁰ C-108/10, NZA 2011, 1077.

⁹¹ Hierauf weisen mit Recht auch *Sagan*, EuZA Bd. 5 (2012), 247, 254 ff. und *Steffan*, NZA 2012, 473, 475 ff., hin.

⁹² Der 4. Senat hat die Problematik bereits kurz angedeutet, aber noch nicht behandelt; siehe BAG v. 16.11.2011 – 4 AZR 822/09, BeckRS 2012, 66993, Rz. 59; BAG v. 14.12.2011 – 4 AZR 179/10, BeckRS 2012, 67538, Rz. 55.

„Die Inanspruchnahme (der) Möglichkeit, die für die übergegangenen Arbeitnehmer nach dem beim Veräußerer geltenden Tarifvertrag vorgesehenen Arbeitsbedingungen durch die zu ersetzen, die nach dem beim Erwerber geltenden Tarifvertrag vorgesehen sind, darf ... nicht *zum Ziel oder zur Folge* haben, dass diesen Arbeitnehmern *insgesamt schlechtere Arbeitsbedingungen* als die vor dem Übergang geltenden auferlegt werden. Anderenfalls könnte die Verwirklichung des mit der Richtlinie 77/187/EWG verfolgten Ziels in jedem durch Kollektivverträge geregelten Bereich leicht in Frage gestellt werden, was die praktische Wirksamkeit der Richtlinie beeinträchtigen würde.“⁹³

Diese Aussage steht für sich betrachtet diametral dem hiesigen Ablösungskonzept des § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB entgegen; denn danach finden bei beiderseitiger kongruenter Tarifbindung⁹⁴ an die Tarifverträge des Erwerbers diese auch dann auf die übergegangenen Arbeitsverhältnisse Anwendung, wenn sie im Vergleich zu den kollektivrechtlich geregelten Arbeitsbedingungen beim Veräußerer insgesamt oder partiell für die Arbeitnehmer *schlechter* sind; das Günstigkeitsprinzip gilt hier also *nicht*.⁹⁵ Nimmt man also die vorstehend zitierte Aussage des EuGH für „bare Münze“, müsste § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB mithin künftig europarechtskonform dahingehend eingeschränkt werden, dass er nur zur Anwendung gelangt, wenn die Arbeitsbedingungen des Erwerbers bei einem *Gesamtvergleich*⁹⁶ für die Arbeitnehmer mindestens gleich günstig sind wie diejenigen beim Veräußerer. Andernfalls würde es auf unbestimmte Zeit bei den nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB in das Arbeitsverhältnis inkorporierten Tarifnormen des Veräußerers verbleiben, die nach neuer Sichtweise des 4. Senats kollektivrechtlich in der zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs geltenden Fassung weitergelten würden.⁹⁷ Da der EuGH im übrigen nicht nach der „technischen“ Grundlage der Ablösung unterscheidet, könnte seine Aussage auch für eine solche Ablösung relevant werden, die sich nicht direkt kraft Gesetzes (§ 613a Abs. 1 Satz 3 BGB), sondern kraft vertraglicher Bezugnahme (sog. Tarifwechselklausel) ergibt, welche nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf das Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber übergeht.⁹⁸

b) **Begrenzter Aussagegehalt der Entscheidung**

Ob der „*Scattolon*“-Entscheidung tatsächlich eine derartige Tragweite entnommen werden kann, ist allerdings zweifelhaft und m.E. im Ergebnis zu *verneinen*. Die Antwort

⁹³ EuGH, a.a.O. (Fn. 90), Rz. 76; Hervorhebungen diesseits.

⁹⁴ Siehe zu diesem Erfordernis ErfK/Preis, § 613a BGB Rz. 123 mwN

⁹⁵ St. Rspr. des BAG und ganz herrschende Meinung; vgl. nur BAG v. 14.8.2001 – 1 AZR 619/00, NZA 2002, 276; v. 18.11.2003 – 1 AZR 604/02, NZA 2004, 803; HWK/Willemsen/Müller-Bonanni, § 613a BGB Rz. 270; ErfK/Preis, § 613a BGB Rz. 125.

⁹⁶ Siehe dazu Steffan, NZA 2012, 473, 476 f.

⁹⁷ Siehe dazu BAG v. 22.4.2009 – 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41.

⁹⁸ Siehe dazu Eva Maria Willemsen, Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag bei Tarifwechsel, 2009, S. 209.

des EuGH auf die von dem italienischen Gericht vorgelegte Frage ist nämlich auf die konkrete Situation des zugrundeliegenden Falles zugeschnitten, die dadurch gekennzeichnet war, dass die Klägerin des Ausgangsverfahrens, Frau *Scattolon*, nach der Überleitung ihres Arbeitsverhältnisses von einer italienischen Kommune auf den Staat in ein bei diesem bestehendes kollektives Vergütungssystem neu einzugruppieren war, dessen Vergütungsstufen sich nach der *Dauer der Betriebszugehörigkeit* bestimmten. Dieses Vergütungssystem war – so ist den Entscheidungsgründen wohl mittelbar zu entnehmen⁹⁹ – insgesamt sogar *günstiger* als dasjenige, welches für Frau *Scattolon* zuvor während ihrer Tätigkeit bei der kommunalen Gebietskörperschaft gegolten hatte. Der „Haken“ bestand nun für sie allerdings darin, dass bei der Eingruppierung in das neue, das alte ablösende Vergütungssystem nicht etwa ihre gesamte, bis zum Übergang ihres Arbeitsverhältnisses erreichte Dienstzeit von ca. 20 Jahren berücksichtigt wurde. In dem für sie maßgeblichen, mit den zuständigen Gewerkschaften abgeschlossenen Überleitungstarifvertrag war vielmehr ein spezielles Eingruppierungsverfahren vorgesehen, das im Kern darin bestand, das bisherige (faktische) Gesamt-Jahresgehalt derjenigen Vergütungsstufe des neuen Tarifvertrags zuzuordnen, das dem bisherigen Jahres-Gesamtgehalt entsprach oder unmittelbar darunter lag. Eine etwa verbleibende Differenz zum Nachteil des Arbeitnehmers sollte durch eine personenbezogene Zulage und durch Umrechnung in einen Zeitwert für einen Aufstieg in die nächsthöhere Gehaltsgruppe kompensiert werden. Auf diese Weise wurden Frau *Scattolon* nur neun Dienstjahre angerechnet, was nach ihrer eigenen Darstellung zu einer Gehaltseinbuße von €790,- führte.¹⁰⁰

Für das richtige Verständnis des Falles ist neben dem Umstand, dass das Vergütungssystem auf Erwerberseite für die übergegangenen Arbeitnehmer bei einer 1:1-Umsetzung (d.h. bei voller Anerkennung ihrer Betriebszugehörigkeit beim früheren Arbeitgeber) sogar günstiger gewesen wäre, der weitere Umstand von Bedeutung, dass die Parteien des Ausgangsverfahrens darüber stritten, ob das vorstehend beschriebene Eingruppierungs- und Kompensationsverfahren tatsächlich – wenigstens – zu einer Beibehaltung des bisherigen „Besitzstands“ führte oder Frau *Scattolon* sogar eine effektive Verringerung ihrer Gesamtvergütung hinnehmen musste.¹⁰¹

Legt man diese, m.E. ganz wesentliche Sachverhaltsprämissen zugrunde, so schrumpft der Aussagegehalt der „*Scattolon*“-Entscheidung doch ganz erheblich. Der EuGH hat

⁹⁹ A.a.O. (Fn. 90), Rz. 79 ff.

¹⁰⁰ S. dazu Schlussanträge des Generalanwalts Bot v. 5.4.2011 – C-C01/10, BeckEuRS 2011, 568693 (Rz. 36).

¹⁰¹ A.a.O. (Fn. 90), Rz. 82.

nämlich die zweite Vorlagefrage¹⁰² im Urteilstenor sinngemäß dahingehend beantwortet, dass

„... Art. 3 der Richtlinie 77/187 ..., wenn ein Übergang im Sinne dieser Richtlinie zur sofortigen Anwendung des beim Erwerber geltenden Kollektivvertrags auf die übergegangenen Arbeitnehmer führt und die in diesem Vertrag vorgesehenen Lohn- und Gehaltsbedingungen insbesondere mit dem Dienstalter verknüpft sind, nicht zu(lässt), dass diese Arbeitnehmer erhebliche Kürzungen ihres Arbeitsentgelts im Vergleich zu ihrer Lage unmittelbar vor dem Übergang hinnehmen müssen, weil ihr Dienstalter, das sie beim Veräußerer erreicht haben und das dem Dienstalter entspricht, das beim Erwerber beschäftigte Arbeitnehmer erreicht haben, bei der Bestimmung ihres Anfangsgehalts nicht berücksichtigt worden ist. Es ist Sache des vorliegenden Gerichts, zu prüfen, ob es bei dem Übergang im Ausgangsverfahren zu einer derartigen Kürzung des Arbeitsentgelts gekommen ist.“¹⁰³

Im Klartext bedeutet dies: Gilt beim Erwerber ein kollektives Vergütungssystem, das die Entgelthöhe maßgeblich an die Dauer der Betriebszugehörigkeit anknüpft, müssen den Arbeitnehmern im Rahmen ihrer (ablösenden) Eingruppierung in dieses System *mindestens* so viele Dienstjahre beim Veräußerer gutgeschrieben werden, dass sie ihr bisheriges Gesamt-Entgeltniveau in etwa behalten.¹⁰⁴ Genau dies aber war im Ausgangsfall streitig und hat den EuGH daher zur Hinzufügung des zweiten Satzes veranlasst. Dagegen kann der Entscheidung *nicht* entnommen werden, dass die übernommenen Arbeitnehmer einen zwingenden, durch die Richtlinie geforderten Rechtsanspruch auf *volle* Anrechnung ihrer bisherigen Dienstzeit beim Veräußerer im Rahmen des beim Erwerber bestehenden Vergütungssystems auch dann hätten, wenn dies – wie im Falle von Frau *Scattolon* – zu einem deutlich höheren als dem bisherigen Gesamtentgelt geführt hätte. Dass es in solchen Fällen zulässig ist, im Wege von Überleitungsstarifverträgen ein „Zwei-Klassen-System“ zwischen Stammarbeitnehmern des Erwerbers einerseits und nach § 613a BGB übernommenen Arbeitnehmern andererseits

¹⁰² Die erste betraf die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs und soll hier nicht weiter kommentiert werden.

¹⁰³ EuGH a.a.O. (Fn. 90), Rz. 83.

¹⁰⁴ Der entscheidende Satz findet sich insoweit in Rz. 81 des Urteils: „Da es unter diesen Umständen möglich war, durch eine zumindest teilweise Anerkennung des Dienstalters der übergegangenen Arbeitnehmer zu verhindern, dass diese erhebliche Kürzungen ihres Arbeitsentgelts im Vergleich zu ihrer Lage unmittelbar vor dem Übergang hinnehmen mussten, liefe es dem Ziel der Richtlinie 77/187/EWG, wie es in den Rdnrn. 75 bis 77 des vorliegenden Urteils dargelegt und abgegrenzt worden ist, zuwider, wenn das genannte Dienstalter nicht in dem Maße berücksichtigt würde, wie es erforderlich ist, um die Höhe des von diesen Arbeitnehmern bezogenen Arbeitsentgelts in etwa beizubehalten (vgl. entsprechend EuGH, Slg. 2004, I-1 0823 – Delahaye).“ Sowie weiter in Rz. 82: „Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob die Klägerin des Ausgangsverfahrens bei ihrer Übernahme eine derartige Kürzung des Arbeitsentgelts hinnehmen musste. Dazu muss es insbesondere das Argument des Ministeriums prüfen, wonach die in Rdnr. 79 dieses Urteils erwähnte Berechnung habe sicherstellen sollen, dass das betroffene ATA-Personal nicht allein wegen des Übergangs im Vergleich zu seiner Lage unmittelbar vor dem Übergang insgesamt schlechter gestellt werde.“

zu etablieren, hat der EuGH in den Entscheidungsgründen klar herausgestellt. Danach „... kann die Richtlinie 77/187 nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, um beim Übergang eine Verbesserung des Arbeitsentgelts oder anderer Arbeitsbedingungen zu erwirken.“ Im übrigen stehe die Richtlinie, so der EuGH weiter, „... gewissen Unterschieden zwischen der Entlohnung der übergegangenen Arbeitnehmer und der Entlohnung der im Zeitpunkt des Übergangs bereits beim Erwerber Beschäftigten nicht entgegen.“¹⁰⁵

c) **Kein Gebot der Angleichung nach oben**

Diese Interpretation der Richtlinie als ein reines *Verschlechterungsverbot* ist für alle Arten von Vergütungsbestandteilen und insbesondere auch für die *betriebliche Altersversorgung* von erheblicher Bedeutung. Aus ihr folgt nämlich, dass Vergütungssysteme beim Erwerber, die an die Dauer der Betriebszugehörigkeit als Berechnungsfaktor anknüpfen, nicht zwingend in der Weise über die nach § 613a BGB übernommenen Arbeitsverhältnisse „gelegt“ werden müssen, dass eine Gleichstellung mit einem Stammarbeitnehmer des Erwerbers mit demselben Dienstalter erreicht wird. Die Dauer der Betriebszugehörigkeit ist nämlich für sich allein betrachtet kein Anspruch, aus dem sich unmittelbare Zahlungsverpflichtungen des Erwerbers ergeben könnten; vielmehr gewinnt sie ihre Bedeutung erst als Tatbestandsmerkmal im Zusammenhang mit Berechtigungen (z.B. im Rahmen des Kündigungsschutzes), die an das Kriterium der Betriebszugehörigkeit anknüpfen.¹⁰⁶ Andererseits ist es aber auch richtig, dass sowohl die Betriebsübergangsrichtlinie wie auch § 613a BGB die *Kontinuität* des Arbeitsverhältnisses anordnen, so dass der Erwerber im Rahmen der bei ihm und für die übernommenen Arbeitnehmer geltenden individual- und kollektivrechtlichen Regelungen grundsätzlich die beim Veräußerer zurückgelegte Dienstzeit „gutschreiben“ muss und nicht etwa am „Punkt Null“ beginnen kann.¹⁰⁷ Diese Verpflichtung zur Kontinuität besteht aber – und dies ist m.E. eine ganz entscheidende Konsequenz des „*Scattolon*“-Urteils – uneingeschränkt nur insoweit, als entweder (1) der Erwerber ein bereits beim Vorgänger bestehendes, nach § 613a Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 BGB von ihm übernommenes Vergütungssystem fortzuführen hat *oder* (2) beim Erwerber ein *anderes*, dienstzeitabhängiges Vergütungssystem (auch) hinsichtlich der übernommenen Arbeitnehmer zur Anwendung gelangt (insbesondere kraft Ablösung nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB) *und* (!) die übernommenen Arbeitnehmer Einbußen in ihrer Gesamtvergütung erleiden würden, wenn ihnen die Dienstzeiten beim Veräußerer nicht ganz oder zumindest teilweise gutgeschrieben werden. Ist das Vergütungsniveau beim Erwerber

¹⁰⁵ EuGH, a.a.O. (Fn. 90), Rz. 77.

¹⁰⁶ Vgl. BAG v. 18.9.2003 – 2 AZR 330/02, NZA 2004, 319; hierauf weist mit Recht auch *Steffan*, a.a.O. (Fn. 96), S. 475 I. Sp., hin

¹⁰⁷ Vgl. BAG vom 18.9.2003 – 2 AZR 330/02, NZA 2004, 319; APS/*Steffan*, § 613a BGB Rz. 96; HWK/*Willemsen/Müller-Bonanni*, § 613a BGB Rz. 236.

dagegen – wie im Fall *Scattolon* – insgesamt höher als dasjenige des Veräußerers, kann ein Überleitungstarifvertrag eine „Interpolation“ anordnen, die einerseits eine Schlechterstellung gegenüber dem bisherigen Vergütungssystem verhindert, andererseits aber auch sicherstellt, dass es nicht zu einer, von der Richtlinie und § 613a BGB nicht geforderten „Angleichung nach oben“ kommt.

d) Problematik der verschlechternden Ablösung

Eine nicht unerhebliche *Unklarheit* besteht dagegen aus den bereits eingangs dargelegten Gründen hinsichtlich der Frage, welche Schlussfolgerungen aus „*Scattolon*“ abzuleiten sind für den Fall, dass ein nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB ablösender Tarifvertrag des Erwerbers für die übernommenen Arbeitnehmer zu einer *Absenkung* des Gesamtvergütungsniveaus führt. Um *diese* Konstellation ging es in dem zugrundeliegenden Fall aus den ebenfalls bereits dargestellten Gründen überhaupt nicht, so dass den wörtlich zitierten Ausführungen des Gerichts in Rdnr. 76 des Urteils insoweit lediglich der Charakter eines *obiter dictums* zukommt. Wollte man sie auch auf den Fall der Ablösung durch einen auch für die Stammebelegschaft des Erwerbers geltenden, insgesamt ungünstigeren Tarifvertrag erstrecken, wäre die Begründung des Urteils zudem in sich widersprüchlich, weil in Rz. 73 f. der Entscheidungsgründe unter Hinweis auf Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie die Ablösungsberechtigung des Erwerbers mit dem Ziel der „Integration“ der übergegangenen Arbeitnehmer in die Lohn- und Gehaltsstruktur ausdrücklich anerkannt wird. Zwar folgt diesem Bekenntnis zum Ablösungsprinzip zugleich der Satz, dass sich die Lage der übernommenen Arbeitnehmer *allein* auf Grund des Übergangs nicht verschlechtern dürfe,¹⁰⁸ und es ist auch nur von einem „Spielraum“¹⁰⁹ des Erwerbers und der anderen Vertragsparteien hinsichtlich der Gestaltung der Integration die Rede. Dieser dürfte aber im praktischen Ergebnis gegen Null schrumpfen, wenn man aus dem Urteil eine Verpflichtung zur dauerhaften Besitzstandswahrung herauslesen würde, die zudem gegen den Grundgedanken verstieße, dass die zwingende Wirkung der bisher kollektivrechtlich geregelten Arbeitsbedingungen im Falle der *Nicht*-Ablösung lediglich für *ein Jahr* gilt (vgl. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie sowie § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB). Auch ließe sich in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 613a Abs. 4 Satz 2 BGB einwenden, dass die durch die Ablösung nach § 613a Abs. 1 Satz 3 bewirkte Verschlechterung der Arbeitsbedingungen der übernommenen Arbeitnehmer durch ein beim Erwerber bestehendes, niedrigeres Vergütungssystem nicht „allein“ auf Grund des Betriebsübergangs, sondern aus anderen Gründen, nämlich der notwendigen Integration in das Entlohnungssystem des Erwerbers erfolgt. All diese (m.E. guten) Argumente ändern allerdings nichts daran, dass der EuGH mit seinen zumindest missverständlichen Äußerungen in Sachen *Scattolon* ein Scheunentor

¹⁰⁸ A.a.O. (Fn. 90), Rz. 75.

¹⁰⁹ A.a.O. (Fn. 90), Rz. 75.

aufgestoßen hat, das wohl nur durch ein erneutes Vorabentscheidungsersuchen wieder geschlossen werden kann.¹¹⁰

2. Rechtssache *Alemo-Herron u.a.* (C-426/11)

Schließlich ist noch kurz zu berichten über ein neues Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, das der Supreme Court of the United Kingdom wegen einer *arbeitsvertraglichen Bezugnahme*klausel anhängig gemacht hat, die nach Betriebsübergang *dynamisch* auf diejenigen Tarifverträge verweist, die von einer dritten Partei als Tarifvertragspartei künftig für den *veräußernden* Arbeitgeber abgeschlossen werden¹¹¹ und auf deren Inhalt der Erwerber mithin mangels Mitgliedschaft in dem vertragsschließenden Verband keinen Einfluss nehmen kann. Das vorliegende Gericht bezieht sich insoweit auf die EuGH-Entscheidung in Sachen *Werhof*,¹¹² welches allerdings zumindest unmittelbar lediglich festgestellt hatte, dass Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23 der *nur* statischen Fortgeltung von Veräußerer-Tarifverträgen, wie sie § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB vorsieht, *nicht* entgegenstehe.¹¹³ Das Urteil behandelt mithin lediglich die Frage, ob der deutsche Gesetzgeber sich auf eine solche statische anstelle einer dynamischen Fortgeltung beschränken konnte (was bejaht wurde), und nicht mit der Zulässigkeit einer darüber hinausgehenden Anordnung der dynamischen Fortgeltung zu Lasten des Erwerbers.

Im Anschluss an *Werhof* war allerdings im deutschen Schrifttum auch bereits über die letztgenannte Frage spekuliert worden, und zwar überwiegend mit dem Ergebnis, dass die Entscheidungsgründe von „*Werhof*“ nicht gegen die Zulässigkeit einer solchen dynamischen Fortgeltung, insbesondere auf Grund einer vertraglichen Bezugnahme-klausel, ins Feld geführt werden könne.¹¹⁴ Genau diese Frage, ob nämlich die *negative Koalitionsfreiheit* des Veräußerers durch den Fortbestand einer dynamischen Bezugnahme-klausel auch nach dem Betriebsübergang beeinträchtigt werden könnte, hatte der EuGH nämlich in seinen Entscheidungsgründen in Sachen „*Werhof*“ thematisiert,¹¹⁵ ohne sie allerdings selbst entscheiden zu müssen. Der Supreme Court of United Kingdom möchte nunmehr vom EuGH wissen, „... ob ein Mitgliedstaat gehindert ist, den Schutz der Arbeitnehmer im Falle eines Übergangs zu *erweitern*, indem auch ein „dynamischer“ Schutz gewährt wird, wo dies aus der Anwendung des nationalen Vertragsrechts folgt“. Die Frage ist auch für das deutsche Recht unmittelbar relevant, weil

¹¹⁰ Auf die verbleibende, erhebliche Unsicherheit weisen insoweit zutreffend auch *Sagan*, a.a.O. (Fn. 91), 256 und *Steffan*, (Fn. 96), 477, hin. S. dazu auch *Franzen*, EuZA 2012, 295, 322 f.

¹¹¹ Beschluss v. 10.8.2011, beim EuGH registriert unter Az. C-426/11, ABl. EU C 311/24 v. 22.10.2011.

¹¹² V. 9.3.2006 – C-499/04, NZA 2006, 376.

¹¹³ A.a.O., Rz. 79.

¹¹⁴ Vgl. zum Meinungsstand *Eva Maria Willemsen*, a.a.O. (Fn. 98), S. 179 ff.

¹¹⁵ A.a.O. (Fn.112), Rz. 34.

hiernach „kleine“ oder „große“ dynamische Bezugnahmeklauseln nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auch den Betriebserwerber binden mit der Folge, dass er damit *de facto* einer Regelungskompetenz Dritter unterworfen ist, wenn er seinerseits nicht demselben Arbeitgeberverband angehört wie der Veräußerer.¹¹⁶ Ob darin tatsächlich ein unzulässiger Eingriff in seine durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte negative Koalitionsfreiheit liegt, erscheint indes zweifelhaft, weil die Bindungswirkung auf Seiten des Erwerbers nicht auf kollektivrechtlicher Normwirkung, sondern auf der nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Erwerber übergehenden privatautonomen Regelung der Arbeitsvertragsparteien beruht.¹¹⁷ Mit genau dieser Begründung hat der 4. Senat bereits nach „*Werhof*“ einen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG verneint,¹¹⁸ man darf gespannt sein, ob der EuGH diesem Ansatz folgen wird.

C. Resümee

Wie meine Betrachtungen sowohl zum Befristungsrecht wie auch zum Recht des Betriebsübergangs gezeigt haben, gleichen die Urteile des EuGH oftmals einem Gemälde, das mit grobem Pinselstrich gezeichnet wurde und dessen Linienführung dem Betrachter mitunter große Rätsel aufgibt. Es ist und bleibt daher Aufgabe der Gerichte der Mitgliedstaaten, hieraus für ihren Zuständigkeitsbereich ein ansehnliches Kunstwerk zu gestalten. Dem BAG und seinen Richterinnen und Richtern sind für diese anspruchsvolle Aufgabe weiterhin ein gutes Augenmaß und eine ruhige Hand zu wünschen.

¹¹⁶ Siehe dazu *Eva Maria Willemsen*, a.a.O., (Fn. 98), S. 183 ff.

¹¹⁷ Siehe dazu *Eva Maria Willemsen*, a.a.O., (Fn.98), S. 191 ff.

¹¹⁸ Urteil v. 23.9.2009 – 4 AZR 331/08, NZA 2010, 513.