



**Rechtsanwaltskanzlei Merz**  
**Comeniusstr. 109**  
**01309 Dresden**

**[www.merz-dresden.de](http://www.merz-dresden.de)**

Kanzlei Merz - Ratgeber

## **Outsourcing**

*Dieter Merz*

*Rechtsanwalt*

*Fachanwalt für Arbeitsrecht*

## Zur Person: Dieter Merz

Geboren wurde Dieter Merz 1957 in Ludwigsburg. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Heidelberg und Mainz absolvierte er sein Referendariat im OLG Bezirk Koblenz. Von 1985 war er als Rechtsanwalt und späterer Partner einer großen Sozietät im Rhein-Main-Gebiet und später als verantwortlicher Partner in Dresden tätig.

2002 fusionierte seine Kanzlei mit mehreren Dresdener Kanzleien. Im Jahr 2009 erfolgte seine Ausgliederung zur Kanzlei Merz in einer Bürogemeinschaft mit Herrn Rechtsanwalt Hans H. Abtmeyer.



Dieter Merz ist Gründer von zahlreichen Organisationen, Verbänden und Vereinen und besitzt langjährige Erfahrung als Aufsichtsratsvorsitzender und Gemeinderat. Ferner ist er Herausgeber zahlreicher Fachpublikationen und Ratgeber. Zudem hält er vielfach Fachvorträge, leitet arbeitsrechtliche Workshops und ist Referent im Expertenteam der Dresden International University.

### Wichtiger Hinweis:

Der Inhalt ist nach besten Wissen und Kenntnisstand erstellt worden. Die Komplexität und der ständige Wandel der in ihm behandelten Materie machen es jedoch erforderlich, Haftung und Gewähr auszuschließen.

# Inhalt

<b>I. EINFÜHRUNG.....</b>	<b>5</b>
<b>II. DIE OUTSOURCING- ENTSCHEIDUNG .....</b>	<b>5</b>
1. Gründe und Risiken eines Outsourcing - Projekts.....	5
a) Kostenaspekte .....	6
b) Finanzierungsaspekte.....	6
c) Personal .....	6
d) Technologie und Know-how .....	7
e) Risiko .....	7
2. Bereiche des Outsourcings .....	7
3. Formen des Outsourcings.....	8
a) Auslagerung (externes Outsourcing).....	8
b) Ausgliederung (internes Outsourcing) .....	8
4. Der Outsourcing- Entscheidungsprozess.....	8
a) Ist-Analyse .....	8
b) Make-or-Buy- Entscheidung .....	9
c) Kontaktaufnahme.....	9
d) Abgleich.....	9
e) Vertrag .....	9
f) Implentierung.....	9
<b>III. RECHTLICHE PROBLEMFELDER DES OUTSOURCINGS .....</b>	<b>10</b>
1. Gestaltung des Outsourcing- Vertrages.....	10
2. Individualarbeitsrecht.....	11
a) Betriebsübergang.....	11
aa) Voraussetzungen eines Betriebsübergangs.....	11
bb) Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils .....	11
cc) Übergang auf einen anderen Inhaber .....	13
dd) Rechtsgeschäftlicher Übergang .....	13
b) Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs .....	14
aa) Übergang der Arbeitsverhältnisse .....	14

bb) Fortgeltung von Kollektivverträgen.....	15
cc) Informationspflichten des Arbeitgebers.....	16
dd) Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers.....	17
ee) Kündigungsverbot .....	18
ff) Kontinuität des Betriebsrats.....	19
gg) Weiterhaftung des Veräußerers .....	19
hh) Fazit.....	20
<b>3. Kollektivarbeitsrecht - Betriebsverfassungsrechtliche Auswirkungen .....</b>	<b>20</b>
a) Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG .....	20
b) Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers gemäß § 111 BetrVG .....	20
c) Interessenausgleich.....	21
d) Sozialplanpflicht gemäß § 112 BetrVG .....	22
e) Einbeziehung des Betriebsrates in die Outsourcing- Entscheidung .....	22
f) Fazit.....	22
<b>4. Datenschutzrecht .....</b>	<b>23</b>
a) Verarbeitung personenbezogener Daten .....	23
aa) internes Outsourcing.....	23
bb) externes Outsourcing.....	23
<b>5. Gesellschaftsrecht .....</b>	<b>25</b>
a) Arten der Spaltung.....	25
b) Spaltungsfähige Rechtsträger .....	25
<b>IV. TÄTIGKEITSFELDER UNSERES ARBEITSRECHTSTEAMS .....</b>	<b>26</b>
Kontaktdaten:.....	28

## **I. EINFÜHRUNG**

Unter Outsourcing wird die längerfristig angelegte Ausgliederung bestimmter Teilleistungen oder Funktionen aus dem Unternehmen und deren Übertragung auf externe Anbieter verstanden. In diesem Rahmen werden Aufgaben, die nicht zu den Kernkompetenzen eines Unternehmens gehören, ausgelagert oder ausgegliedert und die entsprechenden Leistungen von darauf spezialisierten Dienstleistern bezogen.

Ziel des Outsourcing ist es, bestimmte Produkte oder Dienstleistungen nicht mehr selbst herzustellen oder zu erbringen, sondern auf ein Drittunternehmen zu übertragen, welches die geforderten Leistungen wirtschaftlicher erbringt als das outsourcende Unternehmen.

Im Kern beschreibt der hinter dem Begriff Outsourcing stehende Sachverhalt die betriebswirtschaftliche Frage, welche Leistungen mit den im eigenen Unternehmen vorhandenen Ressourcen erstellt werden können und welche von externen Anbietern bezogen werden müssen. Dennoch spielen hierfür auch eine Vielzahl rechtlicher Aspekte eine entscheidende Rolle. Die unternehmerische Entscheidung sollte nur in Kenntnis und unter Berücksichtigung dieser rechtlichen Problemfelder getroffen werden.

Dies auch vor dem Hintergrund, dass sich die Komplexität und Regelungsmaterie im Laufe der Zeit stark fortentwickelt hat. Es ist nun keine Seltenheit mehr, dass aufgrund des ständig wachsenden Kostendrucks der Unternehmen ganze Sektoren, welche nicht dem Kernbereich des Unternehmens zuzuordnen sind, outgesourct werden.

Gerade deshalb bedarf eine Outsourcing- Entscheidung einer sorgfältigen Abwägung und umfassender Vorbereitung.

## **II. DIE OUTSOURCING- ENTSCHEIDUNG**

Die Entscheidung, ein Outsourcing- Projekt vorzunehmen, will gut überlegt sein. Die langfristige exakt analysierte Entwicklung sollte hierbei den Ausschlag geben.

### **1. Gründe und Risiken eines Outsourcing - Projekts**

In der Praxis gibt es verschiedene Gründe, warum Unternehmensteile ausgelagert oder ausgegliedert werden. Die mit einer Outsourcing- Entscheidung verbundenen Nachteile dürfen dabei keinesfalls unbeachtet bleiben.

### **a) Kostenaspekte**

Erwartet wird eine erhebliche Kostenreduktion durch das Outsourcing. Erreicht werden soll die Umwandlung der Fixkosten in variable Kosten und dadurch die bessere Planbarkeit der Kosten. Fixkosten sind konstante Kosten, wie zum Beispiel Miet- und Zinskosten. Variable Kosten hingegen unterliegen einer Schwankung, wie zum Beispiel Rohstoffkosten, welche für die Entwicklung eines Produkts erforderlich sind.

Gleichzeitig wird eine höhere Kostentransparenz der Leistungen erwartet und eine Stärkung des Kostenbewusstseins in den jeweiligen Fachabteilungen, da dort der Anfall der Kosten überschaubar und klar eingrenzbar ist.

Bei einer Ausgliederung eines Bereiches entstehen aber auch einmalige Umstellungskosten, die berücksichtigt werden müssen. Weiterhin fallen laufende Kosten für einen erhöhten Kommunikations- und Koordinationsaufwand an. Zudem gestaltet sich die Abschätzung der Preisentwicklung schwierig. Es kann auch Probleme bei der richtigen Wahl der Outsourcing-Anbieter geben, deren Angebote meist nicht vergleichbar sind und eine Abschätzung der erwarteten Kosten äußerst schwierig ist.

### **b) Finanzierungsaspekte**

Moderne Leistungserbringung erfordert ein hohes Investitionsvolumen für Neu- und Ersatzbeschaffungen. Dieser Finanzierungsbedarf entfällt, wenn der Betriebsteil outgesourct wird. Langfristig ergibt sich daraus ein positiver Effekt, da die Verschuldung sinkt. Daneben tritt der Effekt ein, dass knappe Finanzmittel auf das Kerngeschäft konzentriert werden können.

Jedoch muss hier beachtet werden, dass im Falle des Scheiterns eines Outsourcing-Projektes, welches durchaus keine Seltenheit ist, der Wiederaufbau der gescheiterten Auslagerung einen hohen Finanzierungsbedarf erfordert. Es müssen unter Umständen Anlagen und Systeme beschafft oder erstellt werden. Der Finanzierungsbedarf ist für das betroffene Unternehmen regelmäßig umso größer, je umfangreicher die Fremdvergabe ausfällt.

### **c) Personal**

Durch Übergabe der Verantwortung für die Leistungen entfällt auch die Verantwortung für die Personalbeschaffung. Das Unternehmen wird unabhängig von Knappheiten am Arbeitsmarkt für Spezialisten, die zu einer horrenden Steigerung der Bezüge führen können. Durch das Outsourcing entfallen für das Unternehmen außerdem Kosten für die Aus- und Weiterbildung des Personals. Werden Routinearbeiten an einen Dienstleister übergeben, so dass nur noch verantwortungsvolle Tätigkeiten von den eigenen Arbeitnehmern ausgeführt werden, kann es zu einer Motivationssteigerung der Mitarbeiter kommen.

Bei den Mitarbeitern des Unternehmers besteht nicht selten Widerstand gegen ein bevorstehendes Outsourcing. Die ablehnende Haltung der Arbeitnehmer zeigt sich dann in den Änderungen des persönlichen Umfeldes und des Arbeitseinsatzes. Der Wechsel des Arbeitsplatzes und der eventuell anfallende Umzug verändern das Arbeitsklima häufig erheblich.

Wird der Widerstand durch eine starke Arbeitnehmersvertretung gestützt, kann das Outsourcing behindert oder sogar verhindert werden. Durch entsprechend gestaltete Informationspolitik und einer frühzeitigen Einbeziehung der Mitarbeiter in die Planungs- und Entscheidungsprozesse kann dem entgegengewirkt werden.

#### **d) Technologie und Know-how**

Ein wichtiger Aspekt für eine Outsourcing- Entscheidung ist der Zugang zu speziellem Expertenwissen bzw. „Know-how“, welches durch den Outsourcing- Anbieter im Rahmen der Geschäftsbeziehung eingebracht wird. Dieses Wissen selbst zu erarbeiten, weiterzuentwickeln oder zu erhalten wäre mit einem immensen Kostenaufwand verbunden. Weiter wird dem Unternehmen die Möglichkeit gegeben, modernste Technologien zu nutzen, ohne dass dies mit eigenen Investitionen verbunden ist.

Auf der anderen Seite besteht die Gefahr, dass durch das an den Dienstleister outgesourcte Expertenwissen, Wettbewerbsvorteile gegenüber Konkurrenten verloren gehen. Zunehmende Auslagerungsaktivitäten in einem Unternehmen führen unweigerlich zu einem Verlust von Kompetenz und Know-how.

#### **e) Risiko**

Durch Outsourcing können Risiken bezüglich des Wachstums der eingesetzten Technologie auf den Dienstleister abgewälzt werden. Beachtlich ist aber, dass die Outsourcing-Entscheidung zu einer längerfristigen Bindung führt, wobei der finanzielle Aufwand im Hinblick auf den Wiederaufbau und die Wiederbeschaffung des erforderlichen Wissens zur eigenen Leistungserbringung beträchtlich ist und einige Zeit in Anspruch nimmt.

## **2. Bereiche des Outsourcings**

Die Bereiche, die ein Unternehmen outsourcen kann, sind vielfältig. Fast jeder Bereich eines Unternehmens kann ausgegliedert oder ausgelagert werden.

Dies kann Service, Vertrieb, Forschung und Entwicklung, Controlling, Personal, Buchhaltung und Rechnungswesen, Marketing, Wartung sowie die Bereiche IT und EDV betreffen.

### 3. Formen des Outsourcings

Auch die Gestaltungsmöglichkeiten des Outsourcings sind vielfältig. Man unterscheidet hierbei die Auslagerung von der Ausgliederung.

#### a) Auslagerung (externes Outsourcing)

Die Auslagerung von Unternehmensteilen ist die partielle oder vollständige Übertragung von Unternehmensfunktionen an betriebsfremde Institutionen. Hierbei werden Teilleistungen oder –funktionen durch einen externen Anbieter übernommen. Der Outsourcingnehmer ist ein rechtlich und wirtschaftlich unabhängiges Unternehmen. Es erfolgt somit eine Fremdvergabe der Funktionen des Unternehmens.

#### b) Ausgliederung (internes Outsourcing)

Die Ausgliederung stellt eine Delegation von Aufgaben an ein oder mehrere wirtschaftlich verbundene Unternehmen dar. Charakteristisch für die Ausgliederung ist die Übertragung von Vermögen an den Outsourcing- Anbieter. Außerdem ist entscheidend, dass das Unternehmen weiterhin nachhaltigen Einfluss behält.

Zum einen können die Funktionen an rechtlich eigenständige Unternehmen übertragen werden. Als diese kommen in Betracht:

Dies kann an *Tochtergesellschaften* geschehen, welche rechtlich selbständige, wirtschaftlich aber abhängige Unternehmen sind. Auch *Beteiligungsgesellschaften*, bei welchen noch andere Kapitalgeber in nennenswertem Umfang mit auftreten und *Kooperationen*, welche sich aus wenigen wirtschaftlich und rechtlich selbstständigen Unternehmen zusammensetzen, kommen in Betracht.

Zum anderen kann eine Übertragung der Funktionen auch an rechtlich nicht selbständige Unternehmen erfolgen, beispielsweise an ein Profit Center.

### 4. Der Outsourcing- Entscheidungsprozess

Outsourcing ist ein in mehrere Phasen zu unterteiler Prozess.

#### a) Ist-Analyse

Zunächst muss der Unternehmer die gegenwärtigen und zukünftigen Marktanforderungen an sein Unternehmen bestimmen. Dafür ist eine Zusammenfassung und Bewertung von Leistungsprofilen der einzelnen Unternehmensbereiche sinnvoll.

## **b) Make-or-Buy- Entscheidung**

Sind die innerbetrieblichen Leistungsprozesse erfasst, ist zu ermitteln, welche Leistungen überhaupt nach außen vergeben werden können, ohne Know-How und Kernfunktionen des Unternehmens zu gefährden oder in eine bedrohliche Abhängigkeit von einem Partner zu geraten. Diese Leistungen sind sodann im Hinblick auf ihr Kosten- und Leistungsniveau im Falle des Outsourcings oder der Nichtvornahme zu vergleichen.

## **c) Kontaktaufnahme**

Ist die Entscheidung über zu vergebende Leistungen erfolgt, müssen potentielle Dienstleister gefunden werden. Ein sogenanntes Soll-Profil des zu suchenden Anbieters erleichtert die Suche. Als Suchmittel sind gut strukturierte und inhaltlich vollständige Ausschreibungen empfehlenswert. Die potentiellen Dienstleister sind zu kontaktieren und als mögliche Partner grob zu bewerten, so dass bereits eine Vorauswahl getroffen werden kann. Dann erfolgt die Einholung konkreter Angebote.

## **d) Abgleich**

Die eingegangenen Angebote sind gegenüberzustellen, zu prüfen und zu vergleichen. Insbesondere sind sie mit dem Soll-Profil der zu vergebenden Leistung abzugleichen. Der für eine Auftragsvergabe in Frage kommende Anbieter ist auszuwählen. Mit diesem sind sodann Basisabsprachen zu treffen.

## **e) Vertrag**

Für die zukünftige Zusammenarbeit sind die Eckpunkte zu fixieren. Bis zum Abschluss eines Outsourcing- Vertrages sind regelmäßig umfangreiche Vertragsverhandlungen erforderlich. Hierfür sollte eine Verhandlungsdelegation benannt werden, welche sowohl den Vertragsentwurf gestaltet als auch die mündlichen Vertragsverhandlungen führt, die zu einer endgültigen Formulierung des Vertragswerks führen sollen.

## **f) Implentierung**

Nach Abschluss eines Outsourcing- Vertrages muss die Outsourcing- Partnerschaft konkret umgesetzt werden. Hierbei ist eine ständige Leistungskontrolle des Outsourcing- Anbieters unumgänglich.

### **III. RECHTLICHE PROBLEMFELDER DES OUTSOURCINGS**

Eine qualifizierte Berücksichtigung der rechtlichen Rahmenbedingungen in den vertraglichen Vereinbarungen sind die Basis für ein erfolgreiches Outsourcing- Projekt. Anderenfalls können für das outsourcende Unternehmen ganz erhebliche Nachteile und Verluste eintreten. Outsourcing- Entscheidungen beinhalten vielfältige arbeitsrechtliche Probleme. Outsourcing kann zu einem Betriebs(teil) -übergang führen, regelmäßig erfolgt in diesem Zusammenhang auch ein Personalabbau, welcher in rechtlicher Hinsicht an strenge Vorgehensweisen geknüpft ist.

Auch datenschutzrechtliche sowie gesellschaftsrechtliche Aspekte müssen berücksichtigt werden.

#### **1. Gestaltung des Outsourcing- Vertrages**

Ein Outsourcing- Vertrag stellt ein äußerst umfangreiches Regelungswerk dar. Die Anforderungen an einen solchen Vertrag sind durch die Beziehungen der einzelnen Vertragspartner geprägt und daher sehr unterschiedlich. Der Vertrag muss deshalb für jedes Outsourcing- Projekt individuell ausgearbeitet werden. Hierbei finden die klassischen Regelungen des Kaufvertrags-, Mietvertrags-, Werkvertrags- oder Auftragsrecht je nach Sachlage Anwendung.

Es empfiehlt sich, das Outsourcing- Projekt juristisch in einen Rahmenvertrag zu fassen und diesen mit speziellen Verträgen für spezifische Leistungen (Miete, Kauf) zu kombinieren. Dem Rahmenvertrag und den Leistungsverträgen angefügt werden Anlagen, die ergänzende Sachverhalte aufführen und Besonderheiten des Vertragsverhältnisses darstellen.

In einem Rahmenvertrag sollten die Vertragsparteien das Outsourcingvorhaben fixieren und die Outsourcingleistungen festlegen. Folgende Inhalte sollten beachtet werden:

- » Vertragslaufzeit (in der Regel 5 – 10 Jahre)
- » Leistungsgegenstand
- » Grundsätze der Zusammenarbeit, u.a. Handhabung bei Interessenkonflikten
- » Art der Leistungsverrechnung
- » Change Management
- » Abnahme
- » Gewährleistungsansprüche
- » Haftung
- » Datenschutz, soweit notwendig
- » Datensicherheit

- » Geheimhaltung
- » Service Level Agreement (Qualität und Servicelevel der Dienstleistungen)

## 2. Individualarbeitsrecht

Zu den wesentlichen Rahmenbedingungen von Outsourcing- Entscheidungen gehört die arbeitsrechtliche Umsetzbarkeit der gewünschten Outsourcingziele.

### a) Betriebsübergang

Bei Outsourcing- Projekten stellt sich regelmäßig die Frage, ob durch deren Umsetzung ein Betriebsteilübergang entsteht, der mit wesentlichen Rechtsfolgen verbunden ist. Die Kernvorschrift befindet sich in § 613 a BGB, welche vornehmlich den Zielen zu dienen bestimmt ist, bei einem Betriebs(teil) -übergang die Arbeitsverhältnisse zu unveränderten Bedingungen fortbestehen zu lassen, die Haftung des neuen oder alten Arbeitgebers zu regeln und die Kontinuität des amtierenden Betriebsrates zu wahren.

#### aa) Voraussetzungen eines Betriebsübergangs

Die Tatbestandsvoraussetzungen des Betriebsübergangs sind in § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB normiert:

- » Übergang des Betriebes oder eines Betriebsteils
- » Übergang auf einen anderen Inhaber
- » Rechtsgeschäftlicher Übergang

#### bb) Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) definierte den Begriff "*Betrieb*" zunächst als organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sachlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung des Eigenbedarfs erschöpfen.

Ein *Betriebsteil* ist in Abgrenzung zum Betrieb eine Untergliederung des Betriebs, die arbeits-technisch und organisatorisch soweit verselbständigt ist, dass auch mit ihr ein eigenständiger Zweck zu verfolgen ist. Es muss sich somit um eine Teilorganisation eines Betriebs handeln, die eine bestimmte Teilaufgabe wahrnimmt und nicht nur eine untergeordnete Hilfsfunktion ausübt.

Die Übernahme der Arbeitnehmer hat hierbei indiziellen Charakter. Dies gilt für den Übergang von Betriebsteil und Betrieb. Der EuGH führt an, dass als Betriebsübergang „ der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusam-

menfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit." *zu verstehen ist.*

Demnach ist für den Rechtsanwender zunächst festzustellen,

- 1) welche Faktoren für die *wirtschaftliche Einheit* und ihre Organisationsstruktur prägend und entscheidend sind.

Sodann ist festzustellen,

- 2) ob die für diese Prägung maßgeblichen Faktoren auf den Erwerber übertragen werden, so dass die wirtschaftliche Einheit ihre *Identität* und wesentliche Organisationsstruktur wahrt.

Werden nicht alle Faktoren auf den Erwerber übertragen, so ist entscheidend, ob die übertragene Faktoren durch ihre Verknüpfung weiterhin in der Weise funktionsfähig bleiben, dass der Erwerber die Einheit unter Aufrechterhaltung des wirtschaftlichen Zwecks im Wesentlichen unverändert fortführen kann.

Nicht ausreichend ist es, wenn der Erwerber eine funktionsfähige Einheit selbst schafft (z.B. durch Hinzunahme eigener oder von Dritten erworbener Betriebsmittel und Ressourcen).

Bei der Prüfung, ob ein solcher identitätswahrender Übergang vorliegt, müssen *sämtliche, den Vorgang kennzeichnenden Tatsachen* berücksichtigt werden.

Dazu gehören etwa:

- » Art des betreffenden Betriebs
- » Übergang der materiellen Betriebsmittel (Gebäude und bewegliche Güter)
- » Übergang der immateriellen Betriebsmittel
- » Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs
- » Übernahme der Hauptbelegschaft
- » Übergang der Kundschaft
- » Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten
- » Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit

Nach gefestigter Rechtsprechung ist die bloße Auftragsvergabe nicht als Betriebsübergang zu qualifizieren. Ebenso ist die bloße Beauftragung eines Fremdunternehmens (Fremdvergabe) nicht als Betriebsübergang anzusehen, wenn diese Fremdvergabe nicht mit den genannten Umständen, die für das Vorliegen eines Betriebsübergangs sprechen können, wie Übernahme wesentlicher Betriebsmittel etc., einhergeht.

*Das klassische Outsourcing führt zumindest dann nicht zu einem Betriebsübergang, wenn der Outsourcing-Anbieter weder Arbeitsmittel noch Personal übernimmt.*

Auch wenn die vorhandene betriebliche Organisation nicht übernommen, sondern verändert wird, ist die für einen Betriebsübergang erforderliche Identität der wirtschaftlichen Einheit nicht gegeben (BAG, Urteil vom 25.09.2003, Az.: 8 AZR 421/02).

Wird dabei allerdings das Kernpersonal des outsourcenden Unternehmens übernommen, nähert man sich wieder der riskanten Grenze zu einem Betriebsübergang.

### **cc) Übergang auf einen anderen Inhaber**

Weiter setzt ein Betriebs(teil) -übergang voraus, dass an die Stelle des bisherigen Betriebsinhaber ein anderer tritt. Dieser muss den Betrieb im eigenen Namen tatsächlich fortführen. Als ehemaliger oder neuer Inhaber kommt eine natürliche Person oder eine Personengesellschaft ebenso in Betracht, wie eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts. Maßgeblich ist ein *Wechsel der Rechtspersönlichkeit des Betriebsinhabers*.

§ 613 a BGB findet deshalb auch auf einen Übergang zwischen zwei Gesellschaften des selben Konzerns Anwendung. Wesentliches Kriterium für den Übergang ist die tatsächliche Weiterführung oder Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit beim Wechsel der natürlichen oder juristischen Person, die für den Betrieb verantwortlich ist.

Hingegen ist es nicht ausreichend, wenn sich lediglich die Gesellschafter oder die Rechtsform einer Gesellschaft ändern. Ausnahmsweise wird gleichwohl die analoge Anwendung von § 613 a BGB in den Fällen befürwortet, in denen der Gesellschafterwechsel zu unzumutbaren rechtlichen und wirtschaftlichen Nachteilen der Arbeitnehmer führt.

### **dd) Rechtsgeschäftlicher Übergang**

§ 613 a BGB erfordert einen rechtsgeschäftlichen Übergang. Grundsätzlich nicht erfasst wird daher der Übergang kraft Gesetzes oder sonstigem Hoheitsakt. Zu einem gesetzlichen Betriebsübergang kommt es insbesondere in den Fällen der Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession), so zum Beispiel bei der Erbfolge.

## **b) Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs**

Der Gesetzgeber knüpft an den Betriebsübergang zahlreiche Rechtsfolgen. Diese sind durch die Ergänzung des § 613a BGB um die Absätze 5 und 6 seit dem 01.04.2002 nochmals erweitert worden. Durch die Neuregelung ist jedoch leider auch die Rechtsunsicherheit vergrößert worden.

Die wichtigsten Rechtsfolgen sind:

- » Übergang der Arbeitsverhältnisse
- » Fortgeltung von Kollektivverträgen
- » Informationspflichten des Arbeitgebers
- » Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers
- » Kündigungsverbot
- » Kontinuität des Betriebsrats
- » Weiterhaftung des Betriebsveräußerers

### **aa) Übergang der Arbeitsverhältnisse**

Wichtigste Rechtsfolge und Kerngehalt von § 613a BGB ist, dass der neue Inhaber bei einem Betriebs(teil) -übergang in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen eintritt. Das Arbeitsverhältnis zum bisherigen Betriebsinhaber erlischt. Der Erwerber eines Betriebes muss daher möglicherweise Arbeitnehmern Lohn zahlen, von deren Existenz er gar nichts weiß. Für den Übergang der Arbeitsverhältnisse reicht also allein das Vorliegen eines Betriebs(teil) -übergangs.

Von § 613a BGB erfasst werden alle Arbeitsverhältnisse, die im Zeitpunkt des Betriebs(teil) -übergangs bestehen. Dabei reicht der juristische Bestand aus. Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt auch tatsächlich noch arbeitet. Auch wenn er etwa bereits gekündigt und von der Arbeit freigestellt ist oder sich in Urlaub befindet, geht sein Arbeitsverhältnis mit über.

Der Übergang des Arbeitsverhältnisses bezieht sich auf alle Rechte und Pflichten, auch wenn diese schon vor dem Übergang entstanden sind. Will z.B. der neue Inhaber nach Übernahme des Betriebes einen Arbeitnehmer kündigen, so muss er bei der Berechnung der Kündigungsfristen dessen gesamte Betriebszugehörigkeit berücksichtigen - nicht nur die Zeit, die der Arbeitnehmer bei ihm gearbeitet hat.

Auch Ansprüche aus betrieblichen Altersversorgungsregelungen und durch betriebliche Regelung begründete Ansprüche gehen mit über.

Der Übergang betrifft nur die Arbeitsverhältnisse. Nicht erfasst werden hingegen die Verträge über freie Mitarbeit. In der Praxis kann es allerdings oft schwierig sein, Arbeitsverträge von Verträgen über freie Mitarbeit zu unterscheiden. Dabei kommt es nicht auf die Bezeichnung in dem Vertrag, sondern nur auf die konkrete Umsetzung des Vertrages an.

Ebenso verhält es sich mit sonstigen Leistungsverträgen, die für den Betrieb abgeschlossen wurden, z.B. Verträge über die Lieferung von Produktionsmitteln. Auch bei diesen Verträgen bleibt der Betriebserwerber außen vor. Er ist aber selbstverständlich nicht gehindert, solche Verträge wieder neu mit den entsprechenden Lieferanten abzuschließen.

#### **bb) Fortgeltung von Kollektivverträgen**

Die Arbeitsbedingungen richten sich nicht immer allein nach dem zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geschlossenen Arbeitsvertrag, sondern vielfach auch nach den sog. Kollektiv-Verträgen, d.h. Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen.

Da gerade auch Kernpunkte eines Arbeitsverhältnisses wie z.B. die Höhe des Gehalts oftmals gar nicht aus dem Arbeitsvertrag selbst hervorgehen, hat der Gesetzgeber angeordnet, dass bei einem Betriebsübergang zugleich mit den Arbeitsverhältnissen - vereinfacht ausgedrückt - auch die dazu gehörigen Kollektiv-Verträge mit übergehen. Dieser Übergang kann im Einzelnen auf sehr unterschiedliche Weise erfolgen. Dabei gibt es grundsätzlich drei verschiedene Möglichkeiten.

Ist der Arbeitnehmer in der Gewerkschaft und sowohl der alte als auch der neue Arbeitgeber sind Mitglied im zuständigen Arbeitgeberverband, so gilt der einschlägige Tarifvertrag vor als auch nach dem Betriebsübergang unmittelbar und zwingend.

Ist der neue Arbeitgeber nicht tarifgebunden, so finden die einschlägigen tariflichen Regelungen dennoch auch bei ihm Anwendung. Sie werden dabei Bestandteil des Arbeitsvertrages. Dabei gehen die tariflichen Regelungen in ihrer zwingenden Wirkung über.

Die zwingende Wirkung ist allerdings auf ein Jahr nach dem Betriebsübergang begrenzt, sogenannte Veränderungssperre. Innerhalb dieses Zeitraums ist der Arbeitnehmer ein Jahr lang vor Änderungskündigungen zur Änderung dieser Arbeitsbedingungen geschützt. Nach diesem Zeitraum können die Arbeitsbedingungen dann abgeändert werden, entweder mit Einverständnis des Arbeitnehmers oder in Form einer Änderungskündigung, bei der jedoch sowohl der allgemeine als auch ein evtl. besonderer Kündigungsschutz des Arbeitnehmers voll zu beachten ist.

Bestand hingegen auch beim alten Arbeitgeber die Tarifbindung nur durch eine Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag, so entfällt die einjährige Veränderungssperre. Der neue Betriebsinhaber kann dann sofort neue Arbeitsbedingungen aushandeln - allerdings wiederum allein im Einvernehmen mit dem Arbeitnehmer. Übergegangene Kollektivverträge können jedoch zu jeder Zeit, d.h. auch schon vor Ablauf der einjährigen Veränderungssperre durch Kollektivverträge abgelöst werden, die beim neuen Betriebsinhaber gelten.

Auch Bestimmungen in Betriebsvereinbarungen, die Rechte und Pflichten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer regeln, werden grundsätzlich in das Individualarbeitsrecht transformiert und verlieren daher auch ihren zwingenden Charakter. Nur dann, wenn die Betriebsidentität beim Erwerber im Wesentlichen erhalten bleibt, werden die Regelungen einer Betriebsvereinbarung nicht in Individualrecht transformiert, sondern gelten kollektivrechtlich weiter. Die Wahrung der Betriebsidentität dürfte bei Outsourcing- Fällen allerdings meistens nicht gegeben sein.

### **cc) Informationspflichten des Arbeitgebers**

Der Gesetzgeber hat der Arbeitgeberseite umfangreiche Informationspflichten im Zusammenhang mit einem Betriebs(teil) -übergang auferlegt. Die Informationspflichten gegenüber dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit dem Betriebs(teil) -übergang werden dem bisherigen Arbeitgeber oder dem neuen Inhaber auferlegt. Betriebserwerber und Betriebsveräußerer werden also vom Gesetzgeber sozusagen "in einen Topf geworfen", obwohl sie in aller Regel über die internen Vorgänge des jeweils anderen nur unzureichend Kenntnis haben. Betriebsveräußerer und Betriebserwerber müssen sich untereinander verständigen, denn die Konsequenzen aus einer unvollständigen oder fehlerhaften Unterrichtung können beide Beteiligte treffen.

Die Unterrichtung muss gegenüber den vom Betriebs(teil) -übergang betroffenen Arbeitnehmer erfolgen, nicht hingegen gegenüber den Arbeitnehmern des aufnehmenden Erwerberbetriebes und den Arbeitnehmern im Restbetrieb des Veräußerers.

Anlass zur Besorgnis für die Arbeitgeber gibt aber vor allem der Umfang der Informationspflichten. Diese umfassen:

- » den Zeitpunkt oder geplanten Zeitpunkt des Übergangs
- » den Grund für den Übergang (etwa Veräußerung, Betriebsführungsvereinbarung, Umwandlung etc.)
- » die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer sowie
- » die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen (etwa Weiterbildungsmaßnahmen im Zusammenhang mit geplanten Produktionsumstellungen, Umstrukturierungen, Absichten von Entlassungen oder Betriebsänderungen

Kaum eindeutig festzustellen ist dabei für den Arbeitgeber vor allem, was unter "rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen" zu verstehen ist. Jedenfalls aber reicht ein pauschaler Verweis oder die bloße Wiedergabe des Gesetzeswortlautes der Abs. 1 – 4 nicht aus.

Folgende Elemente sollten in der Arbeitnehmerinformation auf jeden Fall enthalten sein:

- » Abstrakte Information über die individual- und kollektivrechtlichen Auswirkungen des Betriebsübergangs
- » Übergang der individual-rechtlichen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag, aus betrieblicher Übung, etc. vom Veräußerer auf den Erwerber
- » Transformation von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen
- » Information über die Haftungsverteilung zwischen Veräußerer und Erwerber
- » Hinweis auf das Kündigungsverbot nach § 613a Abs. 4 BGB
- » Informationen über geplante Maßnahmen (z.B. Weiterbildungs- und andere Maßnahmen, welche die berufliche Entwicklung der Arbeitnehmer betreffen)
- » Hinweis auf das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 5 BGB

Diese Informationen müssen dem Arbeitnehmer in Textform gemäß § 126b BGB gegeben werden. Der Arbeitgeber trägt das Zugangsrisiko und muss diesen im Streitfall beweisen.

Will der Arbeitgeber seiner Unterrichtungspflicht etwa in Form einer Rund-E-Mail über das Intranet oder einer anderen Form nachkommen, ist zu empfehlen, sich von jedem unterrichteten Arbeitnehmer eine Empfangsbestätigung quittieren zu lassen.

#### **dd) Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers**

Der Arbeitnehmer kann dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechen, da ihm kein neuer Arbeitgeber aufgezwungen werden soll, den er sich nicht ausgesucht hat.

Dies muss er innerhalb eines Monats nach Zugang der vollständigen und korrekten Unterrichtung tun. Der Widerspruch kann gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber oder dem neuen Inhaber erklärt werden.

Der Arbeitnehmer kann im Extremfall noch nach Jahren dem Betriebsübergang widersprechen, wenn er sich erfolgreich darauf beruft, nicht hinreichend informiert worden zu sein, da die Widerspruchsfrist erst mit vollständiger Unterrichtung des Arbeitnehmers über den Betriebsübergang beginnt. Der Widerspruch bedarf der Schriftform.

Folge eines erfolgten Widerspruchs eines Arbeitnehmers ist, dass sein Arbeitsverhältnis mit dem Betriebsveräußerer bestehen bleibt.

## **ee) Kündigungsverbot**

Eine Kündigung, die wegen des Betriebsübergangs ausgesprochen wird, ist gemäß § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB unwirksam.

Die Kündigung aus anderen Gründen, etwa aus personen-, verhaltens- oder solchen betriebsbedingten Gründen, die ihren Ursprung nicht in dem Betriebsübergang haben, ist dagegen zulässig, § 613a Abs. 4 Satz 2 BGB.

Der alte Arbeitgeber kann möglicherweise eine betriebsbedingte Kündigung aussprechen, wenn der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widerspricht. Er wird dann in aller Regel für ihn keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr haben. Insoweit ist die Kündigung dann nicht direkt wegen des Betriebsübergangs erfolgt, sondern wegen der nicht mehr vorhandenen Beschäftigungsmöglichkeit.

Nachdem in der Vergangenheit einige „schwarze Schafe“ unter den Arbeitgebern diese Art der Kündigung zur Entlassung von Mitarbeitern ausgenutzt haben, ohne wirklich Arbeitsbereiche auszugliedern, hat das BAG dem Grenzen gezogen. Sobald der Arbeitgeber die Auslagerung von Unternehmensbereichen dazu nutzt, die gesetzlichen Regelungen zum Kündigungsschutz und die eigentlich gebotene Sozialauswahl bei der Kündigung der betroffenen Mitarbeiter zu umgehen, liege hierin ein Rechtsmissbrauch und dies stelle eine Umgehung der Regelungen des Kündigungsschutzes dar.

Dies ist der Fall, wenn der Arbeitgeber den Betriebsteil durch eine noch zu gründende, finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch voll eingegliederte Organgesellschaft mit von dieser neu einzustellenden Mitarbeitern betreiben lassen will. Eine betriebsbedingte Kündigung der bisherigen Mitarbeiter ist unter diesen Umständen nicht gerechtfertigt.

Für auslagerungswillige Unternehmen ergeben sich aus dieser BAG-Entscheidung eine Reihe von Konsequenzen. Damit es beim Outsourcing nicht zu einer Umgehung des Kündigungsschutzes kommt, sollte die Auslagerung nur an ein Unternehmen erfolgen, an dem das outsourcende Unternehmen nicht beteiligt ist, zumindest aber nicht Mehrheitsgesellschafter ist.

Darüber hinaus ist darauf zu achten, dass die ausgegliederten Arbeiten von dem eigenen Betrieb räumlich und organisatorisch strikt getrennt werden. Auch sollte die Entscheidung darüber, ob und für wen das neue Unternehmen Arbeiten erbringt, nach der Auslagerung nicht mehr von dem outsourcenden Unternehmen abhängig sein.

Außerdem darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer, der dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen hat, nicht einfach kündigen. Er muss, wie bei sonstigen betriebsbedingten Kündigungen auch, eine Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten vornehmen.

Outsourcing wird jedoch vielfach mit Personalabbau verbunden sein. Da Kündigungen wegen dieser Entscheidung jedoch zumindest für ein Jahr unzulässig sind, hat der neue Arbeitgeber nur zwei Möglichkeiten, einen Personalabbau vorzunehmen:

Entweder er wartet die „einjährige Schonfrist“ ab und spricht die Kündigungen danach aus. Oder er setzt auf freiwillige Vereinbarungen und finanzielle „Fluktuationsanreize“, denn diese sind immer zulässig. Allerdings muss auch bei größerem freiwilligen Personalabbau oftmals ein Interessenausgleich und Sozialplan mit dem Betriebsrat abgeschlossen werden, soweit die Schwellenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG überschritten werden. Zudem besteht dann die Verpflichtung der Anzeige der Absicht einer sogenannten Massenentlassung bei der zuständigen Agentur für Arbeit.

#### **ff) Kontinuität des Betriebsrats**

Der Betriebsrat des vollständig übergehenden Betriebs bleibt grundsätzlich bestehen und nimmt seine Aufgaben weiter wahr. Verhandlungspartner wird ab dem Betriebsübergang selbstverständlich der neue Betriebsinhaber.

Geht hingegen nur ein Betriebsteil über, so endet das Mandat des Betriebsrats mit Betriebsübergang. Dasselbe gilt, wenn ein Betrieb oder Betriebsteil nach der Übertragung mit einem bereits bestehenden Betrieb beim Erwerber verschmolzen wird.

Wird der outgesourcte Betriebsteil in einen bestehenden Betrieb des Dritten eingegliedert, so ist der Betriebsrat des aufnehmenden Betriebs nunmehr auch für die Arbeitnehmer des eingegliederten Betriebs zuständig.

Gegebenenfalls sind wegen der Veränderung der Belegschaftsstärke im Betrieb des bisherigen Arbeitgebers und in dem des Dritten Neuwahlen durchzuführen, § 13 BetrVG.

Erfolgt die Eingliederung des Betriebsteils in einen Betrieb, in dem kein Betriebsrat besteht, so hat der Betriebsrat des Betriebs des bisherigen Arbeitgebers ein grundsätzlich maximal sechsmonatiges Übergangsmandat, soweit der Betriebsteil die Voraussetzungen für die Errichtung eines Betriebsrats nach § 1 Abs. 1 BetrVG erfüllt.

Erfolgt keine Eingliederung, sondern entsteht ein neuer Betrieb, so erhält der Betriebsrat des nach der Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer größten Betriebs oder Betriebsteils ein Übergangsmandat. Das Übergangsmandat endet mit der Wahl des neuen Betriebsrats, grundsätzlich jedoch spätestens sechs Monate nach Wirksamwerden der Zusammenfassung.

#### **gg) Weiterhaftung des Veräußerers**

Der bisherige Arbeitgeber haftet neben dem neuen Inhaber für Verpflichtungen aus den Arbeitsverhältnissen. Dies gilt allerdings in aller Regel nur für die Zeit bis zum Betriebs(teil) - übergang. Der Arbeitnehmer hat daher insbesondere für rückständigen Lohn aus der Zeit vor dem Betriebsübergang zwei Schuldner, nämlich den alten und den neuen Arbeitgeber.

Diese sind allerdings intern verpflichtet, eventuell erfolgte Zahlungen untereinander entsprechend ihren vertraglichen Vereinbarungen auszugleichen.

#### **hh) Fazit**

Um die rechtlichen und wirtschaftlichen Unwägbarkeiten möglichst gering zu halten, sollte versucht werden, rechtzeitig ein Einverständnis der Mitarbeiter mit dem geplanten Projekt herzustellen. Es ist davon auszugehen, dass eine ausdrückliche Einverständniserklärung mit dem Betriebs(teil)übergang der Ausübung des Widerspruchsrechts entgegensteht. Zweckmäßigerweise sollte die Unterrichtung der Arbeitnehmer gemeinsam von beiden Outsourcing- Vertragsparteien vorgenommen werden.

### **3. Kollektivarbeitsrecht - Betriebsverfassungsrechtliche Auswirkungen**

Das Outsourcing bewirkt zum Teil erhebliche Veränderungen in den betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen des jeweiligen Unternehmens.

#### **a) Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG**

Unabhängig von der Größe des Betriebs und der Art der Ausgliederung besteht grundsätzlich eine Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat.

Da jedoch mit dem Informationsanspruch des Betriebsrates keine unmittelbaren Beratungs- und/oder Mitwirkungsrechte verbunden sind, ist es ausreichend, wenn dieser kurz vor der Vornahme der Ausgliederung unterrichtet wird. Die Unterrichtungspflicht trifft sowohl den alten als auch den neuen Inhaber.

Auch der in Unternehmen mit mehr als 100 ständig beschäftigten Arbeitnehmern zu bildende Wirtschaftsausschuss ist bei geplanten Outsourcing- Aktivitäten rechtzeitig und umfassend zu informieren. Zwar hat der Wirtschaftsausschuss als Hilfsorgan der Betriebsräte kein echtes Mitbestimmungsrecht, gleichwohl ist er über das geplante Outsourcing- Projekt zu informieren, da Outsourcing- Maßnahmen in der Form einer Unternehmens- bzw. Betriebsspaltung stattfinden können.

#### **b) Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers gemäß § 111 BetrVG**

Häufig liegt bei einem Betriebs(teil) -übergang zugleich auch eine Betriebsänderung vor, wodurch eine Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat entsteht.

Vom Begriff der Betriebsänderung ist der Begriff des rechtsgeschäftlichen Betriebs(teil) -übergangs gemäß § 613 a BGB zu unterscheiden.

Beim Betriebs(teil) -übergang handelt es sich um eine Umstrukturierung auf Unternehmensebene, während die Betriebsänderung eine Umstrukturierung auf Betriebsebene darstellt.

Allerdings können gleichwohl aus Anlass eines Betriebsübergangs auch Mitwirkungsrechte des Betriebsrats ausgelöst werden. Dies ist in folgenden Fällen der Fall:

- » Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebes oder von wesentlichen Betriebsteilen
- » Verlegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen
- » Zusammenschluss mit anderen Betrieben oder die Spaltung von Betrieben
- » Grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen

Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren

### **c) Interessenausgleich**

Wird Outsourcing in Form einer Betriebsänderung durchgeführt, besteht die Möglichkeit eines Interessenausgleiches zwischen Betriebsrat und Unternehmer.

Betriebsrat und Unternehmer haben in erster Linie innerbetrieblich zu versuchen, einen Interessenausgleich in Bezug auf die geplante Betriebsänderung herbeizuführen, d.h. eine Abstimmung der gegenseitigen und unter Umständen verschieden gelagerten Interessen. Der Interessenausgleich betrifft die unternehmerisch-wirtschaftliche Entscheidung als solche, indem beispielweise vereinbart wird, ob, zu welchem Zeitpunkt, in welchem Ausmaß und in welcher Form die geplante Betriebsänderung durchgeführt wird.

Kommt ein Interessenausgleich über die geplante Betriebsänderung nicht zustande, so ist die Möglichkeit gegeben, den Präsidenten des Landesarbeitsamt um Vermittlung zu ersuchen. Bleibt dieser Vermittlungsversuch erfolglos oder wird von der Einschaltung des Präsidenten des Landesarbeitsamtes abgesehen, so können sowohl der Unternehmer als auch der Betriebsrat die Einigungsstelle anrufen. Unternehmer und Betriebsrat sollen der Einigungsstelle Vorschläge zur Beilegung der Meinungsverschiedenheiten machen. Die Einigungsstelle hat eine Einigung der Parteien zu versuchen.

Kommt es zu keiner Einigung der Parteien über einen Interessenausgleich vor der Einigungsstelle, so sind die Verhandlungen insoweit abzubrechen. Der Interessenausgleich ist daher nicht erzwingbar. Jedoch darf der Unternehmer die Betriebsänderung vor Ausschöpfung des Verhandlungsweges bis zum erfolglosen Einigungsversuch vor der Einigungsstelle nicht durchführen.

#### **d) Sozialplanpflicht gemäß § 112 BetrVG**

Schließlich führt das Outsourcing, soweit es in Form einer Betriebsänderung durchgeführt wird, auch zu einer Sozialplanpflicht. Der Betriebsrat kann zum Ausgleich der entstehenden wirtschaftlichen Nachteile einen Sozialplan verlangen, unabhängig davon, ob es zu einem Interessenausgleich gekommen ist oder ein solcher versucht wurde.

Durch den Sozialplan sollen wirtschaftliche Nachteile ausgeglichen oder gemildert werden, die Arbeitnehmern infolge einer Betriebsänderung entstehen. Welche Leistungen ein Sozialplan vorsieht, hängt daher entscheidend von der Art der Betriebsänderung, ihrer Durchführung und den entstehenden Nachteilen ab. Er bedarf der Schriftform.

#### **e) Einbeziehung des Betriebsrates in die Outsourcing- Entscheidung**

Der Betriebsrat hat allerdings „*nur die Möglichkeit*“, die wirtschaftliche Entscheidung der Unternehmensleitung sozialverträglich mitzugestalten, insbesondere einen Sozialplan zum Ausgleich der wirtschaftlichen Nachteile zu erwirken.

Allerdings wird es der Betriebsrat der Geschäftsleitung in der Regel nicht leicht machen und versuchen die Anzahl der zu Entlassenen soweit wie möglich zu drücken und für die Betroffenen eine möglichst hohe Abfindung herauszuschlagen. Trotz aufgeheiztem Klima sollte immer versucht werden, mit dem Betriebsrat zu einer Einigung zu kommen, da bis zur Unterzeichnung eines Sozialplans oder Interessenausgleiches viel Zeit vergeht. Bis zu diesem Zeitpunkt dürfen keinerlei Maßnahmen umgesetzt werden, die irgendeinen Bezug zu dem Personalabbau haben. Mit dieser Umsetzungsblockade kann der Betriebsrat die Handlungsfähigkeit des Unternehmens sowohl nach innen als auch nach außen erheblich einschränken.

#### **f) Fazit**

Das Outsourcing bewirkt zum Teil erhebliche Veränderungen in den betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen des jeweiligen Unternehmens. Der Betriebsrat sollte - um zeitliche und kostenintensive Verzögerungen durch außergerichtliche oder gerichtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden - von Anfang an im Lenkungsausschuss des Outsourcing- Projektes sitzen und möglichst in alle Entscheidungen mit einbezogen werden.

## 4. Datenschutzrecht

Auch in datenschutzrechtlicher Hinsicht kennt das Outsourcing Besonderheiten und Fallstricke. Plant ein Unternehmen beispielsweise die Auslagerung von Aufgaben des Kundenservice oder des IT- Bereichs, so sind Datenschutzregelungen besonders wichtig. Insbesondere die Weitergabe von Kundendaten, wie Telefonnummer und Adresse des Kunden bis zu sensiblen Informationen wie dessen Bankverbindung oder gar seiner Bonität, betriebsinterne Daten, Personalakten etc. vom Auftraggeber an den Dienstleister und deren spätere Nutzung sind datenschutzrechtlich brisant. Diese Informationen stellen personenbezogenen Daten im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) dar.

### a) Verarbeitung personenbezogener Daten

Die Verarbeitung personenbezogener Daten unterliegt vor allem der Reglementierung des BDSG. Hiernach dürfen diese Daten nur dann verarbeitet, übermittelt oder sonstwie genutzt werden, wenn sich eine Rechtfertigung hierzu entweder aus dem Gesetz oder aus der Einwilligung des Betroffenen ergibt.

Für die Frage, ob die Weitergabe von Kundendaten überhaupt eine Übermittlung von Daten darstellt, muss nach der gewählten Outsourcing- Form unterschieden werden.

#### aa) internes Outsourcing

Beim internen Outsourcing übernimmt eine unternehmenseigene Abteilung oder rechtlich unselbstständige Zweigstelle die Dienstleistungen und fungiert als internes Unternehmen. Die Verarbeitung der personenbezogenen Daten verbleibt innerhalb der rechtlichen Einheit des Unternehmens. Mangels einer Weitergabe von Daten ist ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund oder die Einwilligung der Betroffenen hier nicht erforderlich.

#### bb) externes Outsourcing

Soweit die Verarbeitung der personenbezogenen Daten des Betroffenen auf eine rechtlich eigenständige Stelle ausgelagert wird, verändert sich die datenschutzrechtliche Ausgangssituation. Es liegt keine Datenverarbeitung für eigene Zwecke mehr vor.

Für dieses externe Outsourcing ist entscheidend, ob es sich noch im Rahmen einer Auftragsdatenverarbeitung bewegt oder ob der Auftragnehmer die personenbezogenen Daten des Betroffenen im Rahmen einer Übermittlung zur eigenständigen Nutzung erhält.

##### *(1) Auftragsdatenverarbeitung*

Die Auftragsdatenverarbeitung ist dadurch charakterisiert, dass sich eine verantwortliche Stelle eines Dienstleistungsunternehmens bedient, welches in vollständiger Abhängigkeit nach datenbetreffenden Vorgaben die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten für sie betreibt.

Für Unternehmen, die beim Outsourcing rechtliche Unsicherheiten bezüglich der Zulässigkeit einer Datenübermittlung vermeiden wollen, bietet sich die Auftragsdatenverarbeitung daher an, wenn der Dienstleister lediglich Hilfsfunktionen für den Auftraggeber ausübt.

Der Auftraggeber ist für die Einhaltung der rechtlichen Vorschriften des BDSG und anderer datenschutzrechtlicher Vorschriften verantwortlich. Er muss den Dienstleister sorgfältig auswählen und ihn während der Durchführung des Auftrags regelmäßig kontrollieren. Er besitzt gegenüber dem Dienstleister ein Weisungsrecht. Der Auftragnehmer darf die Daten nur nach den Weisungen des Auftraggebers erheben, bearbeiten und nutzen. Er muss Vorkehrungen für Zugangs-, Weitergabe-, Eingabe- und Auftragskontrolle treffen.

### *(2) Funktionsübertragung*

Werden die Dienstleistungen eines unabhängigen und unternehmensfremden Dritten in Anspruch genommen und diesem gleichzeitig eine komplette „Funktion“ des Unternehmens des Auftraggebers eigenverantwortlich übertragen, so liegt in der Weitergabe von personenbezogenen Daten eine Datenübermittlung.

Für diesen Datenaustausch zwischen Auftraggeber und Dienstleister ist somit in der Regel ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund erforderlich.

Hier ist regelmäßig der Rechtfertigungsgrund des § 28 Abs. 1 BDSG heranzuziehen. Hierbei muss die Datenübermittlung erstens der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses (also beispielsweise eines Kaufvertrags) des Endkunden dienen und durch berechtigte Interessen der verantwortlichen Stelle bedingt sein. Zweitens dürfen der Übermittlung keine schutzwürdigen Interessen des Endkunden entgegenstehen.

Im Regelfall erfordert die Durchführung und Erfüllung eines Vertragsverhältnisses beispielsweise die Weitergabe von Adresse, Telefonnummer sowie Bankverbindung eines Kunden an den Dienstleister, wenn dieser die Kundenbetreuung übernommen hat.

Schwerer zu prüfen ist die zweite Voraussetzung, welche die umfassende Interessenabwägung zwischen dem Recht auf Information des Dienstleisters und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Endkunden erfordert. Dabei spielt etwa die Sensibilität von Daten eine wichtige Rolle – wobei bereits die Zusatzangabe „Kreditkäufer“ brisant ist. Ergibt sich keine Erlaubnis aus dem Gesetz, so ist die Einwilligung des Betroffenen für die Datenverarbeitung beim Auftragnehmer einzuholen. Einwilligung bedeutet die vorherige schriftliche Zustimmung des Betroffenen zur Verarbeitung seiner Daten.

## 5. Gesellschaftsrecht

Häufig geht ein Outsourcing- Vorhabens mit einem Rechtsträgerwechsel einher. Seit dem Inkrafttreten des Umwandlungsgesetzes (UmwG) am 01.01.1995 ist eine Spaltung, d.h. eine vollständige oder teilweise Aufteilung des Gesellschaftsvermögens auf eine oder mehrere andere Gesellschaften, im Wege der Sonderrechtsnachfolge möglich.

### a) Arten der Spaltung

Bei einer Aufspaltung wird der übertragende Rechtsträger aufgelöst, ohne dass eine Liquidation notwendig ist. Das Vermögen wird auf die neuen Rechtsträger im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge gegen Gewährung von Anteilen an die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers übertragen.

Eine Abspaltung ist dadurch charakterisiert, dass der übertragende Rechtsträger nur einen Teil seines Vermögens auf den anderen erwerbenden Rechtsträger abspaltet, daneben aber weiter besteht. Die Anteilsinhaber sind an beiden Rechtsträgern direkt beteiligt.

Der Rechtsträger kann auch Teile seines Vermögens auf eine Tochtergesellschaft ausgliedern, d. h. die Anteile an der Tochtergesellschaft werden nicht in das Vermögen der eigenen Anteilsinhaber übertragen, sondern bleiben im Vermögen des übertragenden Rechtsträgers. Es entsteht also hierdurch ein Konzernverhältnis.

### b) Spaltungsfähige Rechtsträger

An jeder Spaltung können folgende Rechtsträger beteiligt sein:

- » Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG, GmbH & Co. KG, EWIV, nicht aber Partnerschaftsgesellschaften)
- » Kapitalgesellschaften (GmbH, AG, KGaA)
- » eingetragene Genossenschaften (e.G.) und genossenschaftliche Prüfungsverbände (gen. Pr.V.)
- » eingetragene Vereine (e.V.)
- » Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (VVaG)

Die Möglichkeit der Ausgliederung ist neben den vorstehend aufgezählten Rechtsträgern auch folgenden eingeräumt:

- » Einzelkaufmann (EK)
- » Rechtsfähige Stiftungen (r.St.)
- » Gebietskörperschaften und deren Zusammenschlüsse (Gk + Z)

## **IV. TÄTIGKEITSFELDER UNSERES ARBEITSRECHTSTEAMS**

Schwerpunkte unserer arbeitsrechtlichen Tätigkeit sind:

### 1. Begründung von Arbeits- und Dienstverhältnissen

- » Entwurf, Formulierung von Arbeits- und Dienstverträgen
- » Verhandlungen von Arbeits- und Dienstverträgen
- » Vertragsgestaltungen für Freiberufler, Vorstände von Aktiengesellschaften, Geschäftsführer und leitende Angestellte

### 2. Beendigung von Arbeits- und Dienstverhältnissen

- » vorhergehende Risikoabschätzung und Beratung unter steuer- und sozialrechtlichen Aspekten
- » Prozessuale Durchsetzung vor Arbeits- und Sozialgerichten

### 3. Betriebliche Altersvorsorge

- » Strukturierung betrieblicher Altersvorsorgesysteme
- » Beratung beim Abschluss von Versorgungszusagen
- » Beratung beim Streit über Versorgungszusagen
- » Neue Versorgungsformen
- » Überprüfung und Durchsetzung konkreter Ansprüche im Einzelfall

### 4. Beratung bei Ausgliederungen

### 5. Umstrukturierungen und Betriebsänderungen

- » Verhandlungen mit dem Betriebsrat bzw. der Einigungsstelle und Behörden
- » Machbarkeitsstudien
- » Arbeitsgerichtliche Vertretung
- » Individualrechtliche Umsetzung

### 6. Transaktionsgeschäfte

- » Prüfung und Durchführungen transaktionsbedingter Betriebsübergänge und Betriebsänderungen
- » Neugestaltung vertraglicher Verhältnisse
- » Due Diligence
- » Mitgestaltung des arbeitsrechtlichen Teils von Unternehmenskauf- und Fusionsverträgen

## 7. Kollektivrechtliche Vereinbarungen

- » Anwendung und Auslegung von Tarifverträgen
- » Entwurf und Verhandlung von Tarifverträgen
- » Tarifverträge bei Betriebsübergängen
- » Austretungen aus dem Verband
- » Beratung von Betriebsräten
- » Durchsetzung der Vereinbarungen vor Gericht und Einigungsstellen

Dieter Merz  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

**Wichtiger Hinweis:**

Der Inhalt ist nach besten Wissen und Kenntnisstand erstellt worden. Die Komplexität und der ständige Wandel der in ihm behandelten Materie machen es jedoch erforderlich, Haftung und Gewähr auszuschließen.

**Kontaktdaten:**

Merz Rechtsanwaltskanzlei  
Dieter Merz, Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Comeniusstr.109  
01309 Dresden  
T 0351- 3184121  
F 0351- 3184110  
merz@abtmeyer-merz.de  
www.merz-dresden.de