

# Employment & Outsourcing & Bird & Bird

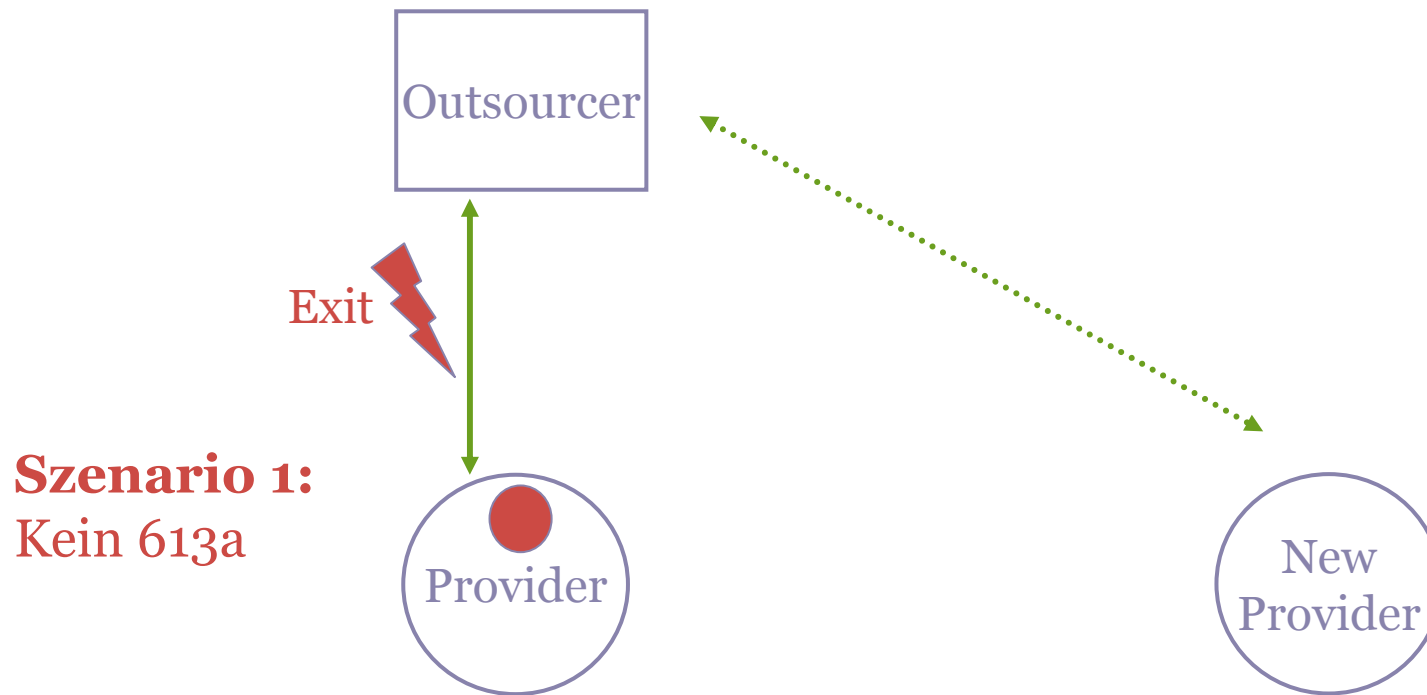
**Neue Entwicklungen & Strategien für das Outsourcing  
am Beispiel des 2nd Generation Outsourcing**

Dr. Martin Nebeling & Oliver W. Zöll  
B&B II Law Camp - Frankfurt/M., 02.04.2011

# Inhalt

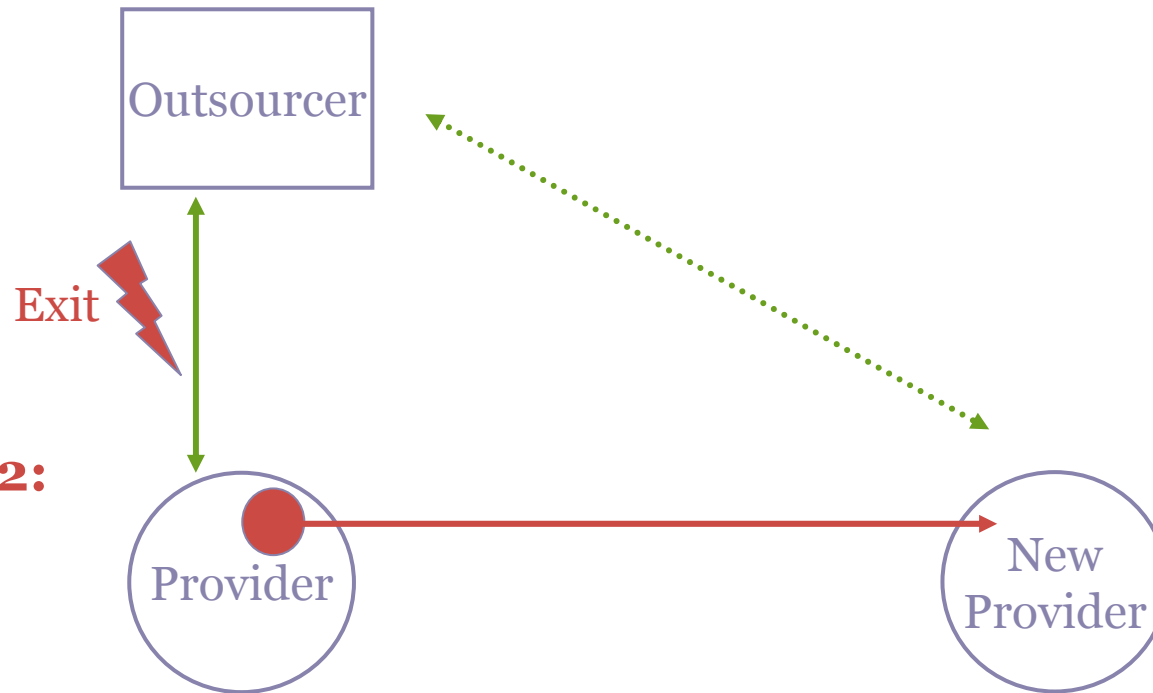
1. Orientierung: Ausgangssituationen beim 2nd Generation Outsourcing
2. Überblick zur Systematik des Betriebsübergangs
3. Idealfall: Reine Funktionsnachfolge
4. Outsourcingrelevante Abgrenzungen: „Klassiker“ & Aktuelles
5. Ein neuer Trend?  
Vermeidung von Betriebsübergängen durch „Cloud Computing“  
& weitere diesbzgl. arbeitsrechtliche Implikationen
6. Ergebnisse & Diskussion: Folgen für die Strukturierung von Outsourcing-Maßnahmen

# 1. Ausgangssituationen: 2nd Generation Outsourcing

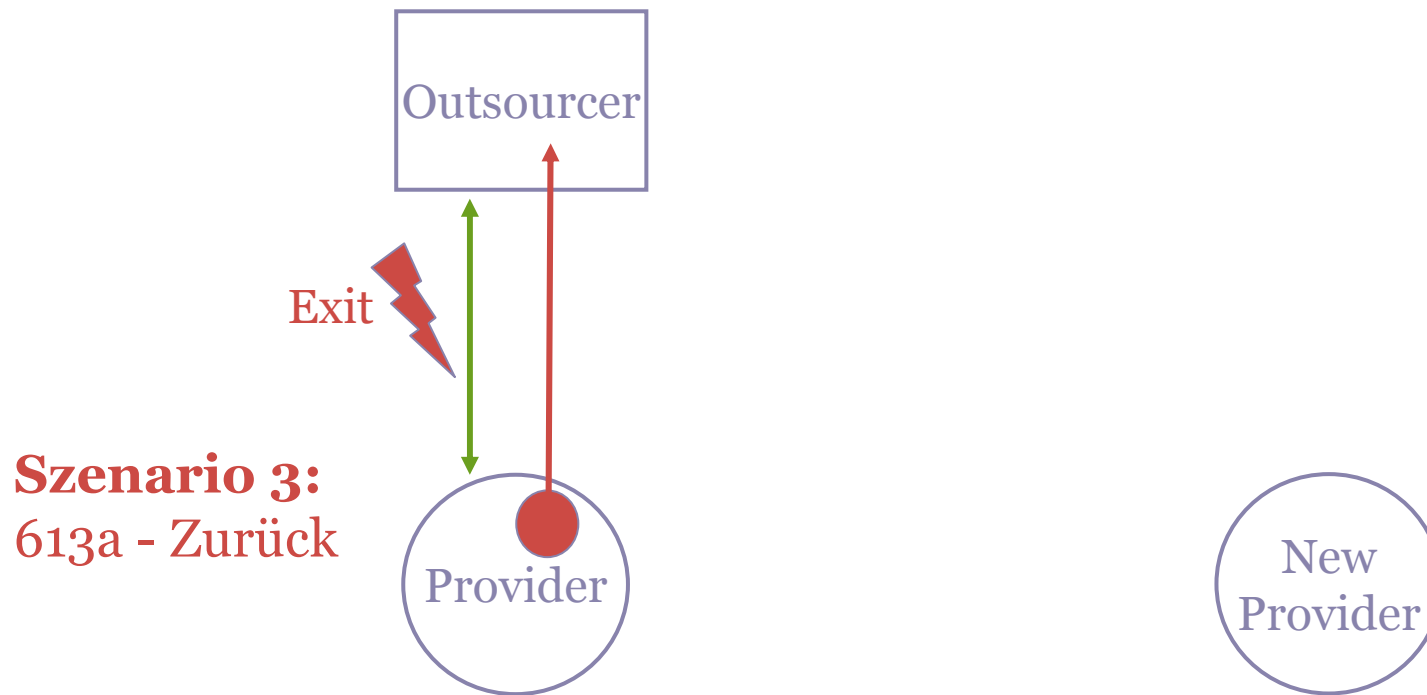


# 1. Ausgangssituationen: 2nd Generation Outsourcing

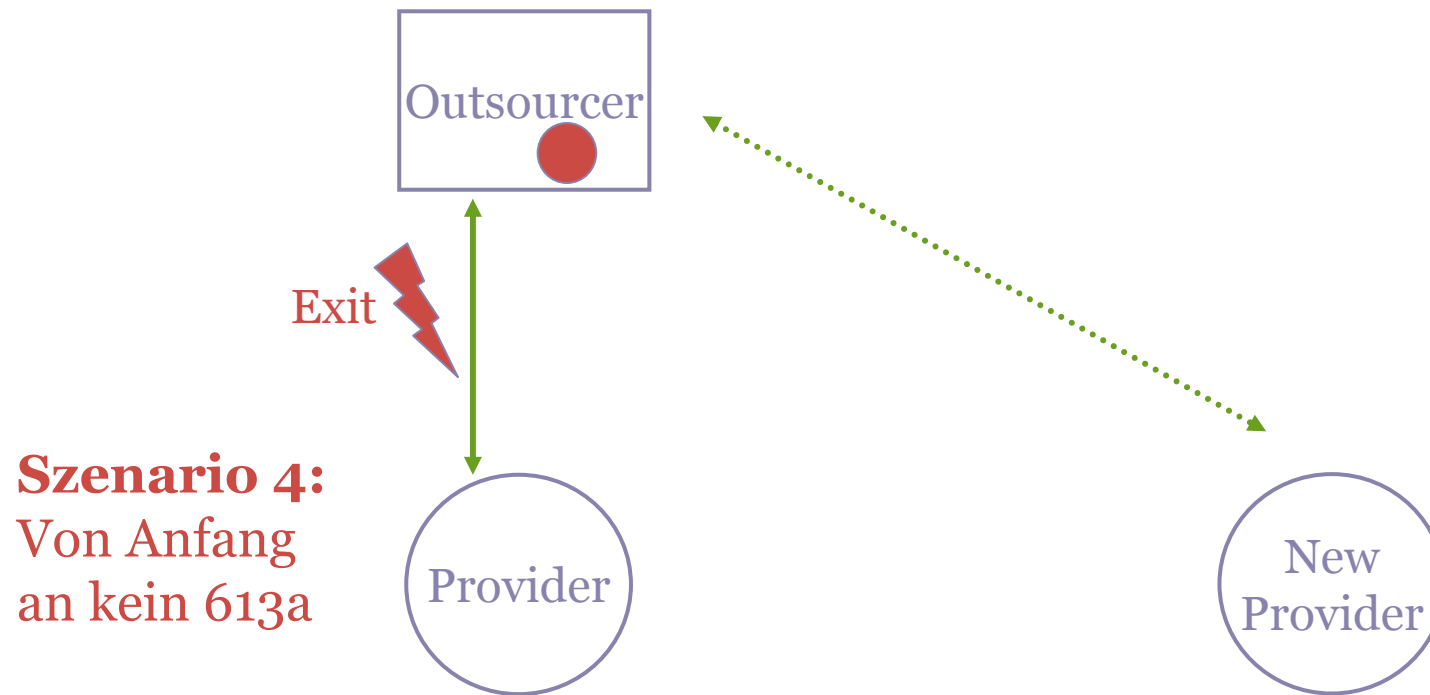
**Szenario 2:**  
613a - Neu



# 1. Ausgangssituationen: 2nd Generation Outsourcing



# 1. Ausgangssituationen: 2nd Generation Outsourcing



**Szenario 4:**  
Von Anfang  
an kein 613a

# 1. Ausgangssituationen: Rechtsfolgen Betriebsübergang

- Informationspflicht (§ 613a Abs. 5 BGB)
  - Chance auf Begrenzung der Risiken **vs.** praktische Aspekte
- Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Betriebsübernehmer
  - Nicht umfasst: Geschäftsführer, Freelancer oder Rentner
- Haftung für die Verbindlichkeiten aus den aktiven Arbeitsverhältnissen
  - Sämtliche Arbeitgeberleistungen
    - Neu: Keine Haftung für Rückstände Sozialversicherung ?  
[Bayerisches LSG, Urteil vom 28.1.2011]
  - Pensionszusagen der Arbeitnehmer



## 2. Systematik:

### Voraussetzungen § 613a BGB

- Wann liegt Betriebsübergang vor?
  - *Wenn eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität übernommen und fortgeführt wird.*
- Wirtschaftliche Einheit
  - *Eine organisatorische Gesamtheit von Personen und/oder Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung.*

ständige Rspr. des BAG im Anschluss an EuGH v. 11.03.1997 („Ayse Süzen“)



## 2. Systematik:

### Voraussetzungen § 613a BGB

- Bestimmung der Identität der wirtschaftlichen Einheit:  
„7 Kriterien Katalog“:
  - 1) Art des Unternehmens  
(Ort/Organisation/Methoden/Betriebszweck)
  - 2) Übergang materieller Betriebsmittel
  - 3) Übergang immaterieller Betriebsmittel
  - 4) Übernahme Haupt-Belegschaft
  - 5) Übergang Kundenbeziehungen
  - 6) Grad der Ähnlichkeit der Tätigkeiten
  - 7) Dauer einer Unterbrechung
- = Gesamtbetrachtung mit Prognoserisiko
  - ohne Rangfolge und Gewichtung nach Art der Tätigkeit und den betrieblichen Besonderheiten

### 3. Idealfall: Reine Funktionsnachfolge

- Bloße Tätigkeitsübernahme stellt mangels „wirtschaftlicher Einheit“ **keinen Betriebsübergang** dar („Ayse Süzen).
- Anders: Rechtsvergleich UK: TUBE nimmt Betriebsübergang bei „service provision change“ an
- Idealfall (Motto: „don't touch this“)
  - Keine Übernahme/Nutzung von fremden Betriebsmitteln
  - Keine Übernahme von Personal
  - Betriebs- und Produktionsmethoden
  - Relevante Unterbrechung des Betriebs

### 3. Idealfall:

## Reine Funktionsnachfolge – Aktuelle Praxis

- Beispiele für Funktionsnachfolge in aktueller Rspr.:

- BAG 25.09.2008 – „Neuvergabe Bewachungsauftrag“
  - Übernahme Bewachungsauftrag Truppenübungsplatz. Fortführung in gleicher Weise. Übernahme von wenig Personal.



- EuGH 20.01. 2011 – „CLECE“
  - Insourcing von Reinigungsarbeiten ohne Übernahme von Personal löst keinen Betriebsübergang aus.

> In beiden Fällen „betriebsmittelarme Tätigkeiten“!

## 4. Outsourcingrelevante Abgrenzungen Klassiker & Aktuelles I

- Übernahme eines „identitätsbildenen Teils“ des Personals?
  - In Branchen, wo es im Wesentlichen auf Arbeitskräfte ankommt, kann allein der für den Betrieb wesentliche Teil der Belegschaft die wirtschaftliche Einheit darstellen.
  - Quoten?
    - Übernahme
      - ~ der wesentlichen Know-How Träger kann reichen
      - ~ von 30% gut qualifizierter AN reicht i.d.R. nicht
      - ~ von 85% gering qualifizierter Arbeitnehmer reicht

## 4. Outsourcingrelevante Abgrenzungen Klassiker & Aktuelles II

- EuGH: „Abler“ & „Güney-Görres“ / BAG: „Personenkontrolle“
  - Betriebsübergang ohne Übernahme von Mitarbeitern bei (eigenwirtschaftlicher) Nutzung der Betriebsmittel des Outsourcers
    - insoweit keine betriebsmittelarme Tätigkeit
  - Bleibt dennoch Unterscheidung der Arbeit „mit“ oder „an“ Betriebsmitteln?  
(z.B. bei IT Dienstleistung „an“ Server des Outsourcers)
    - z.T. wird das in jur. Lit. als abwägungsrelevant angesehen



## 4. Outsourcingrelevante Abgrenzungen Klassiker & Aktuelles III

- Gestaltung durch Konzeptwechsel/Änderung des Betriebszwecks?
  - BAG 25.06.2009 – „Call-Center“ (-)
    - Ausweitung des Betriebszwecks (=neue Aufgaben/Methoden & Schulung dazu) reicht nicht bei Übernahme des Personals
    - [trotz Stilllegung und Nichtübernahme der Betriebsmittel]
  - BAG 17.12.2009 – „Aufwärmen statt Kochen“ (+)
- Sicherer Exit ins (außereuropäische) Ausland?
  - Ggf. kann für betroffenen Arbeitnehmer weiter deutsches Recht gelten
  - Rechtliche Bewertung **vs.** praktische Wirkung

## 4. Outsourcingrelevante Abgrenzungen Klassiker & Aktuelles IV

- Neu: Keine sichere Gestaltungsmöglichkeit mehr bei Providerwechsel oder Insourcing durch **identitätszerstörende Eingliederung** in eigene Organisationsstruktur



- EuGH, 12.02.2009 „Klarenberg“
  - Betriebsübergang möglich, wenn

*„funktionelle Verknüpfung zwischen Produktionsfaktoren, die es erlaubt diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder gleichartiger Tätigkeit nachzugehen“*

## 5. Vermeidung von Betriebsübergängen durch Cloud Computing?

- Ersatz von EDV-Abteilung durch Cloud Computing: i.d.R. keine Übernahme einer wirtschaftlichen Einheit
- Im Rahmen von Outsourcing-Szenarien kann Einsatz von Cloud Computing beim Outsourcer dazu führen, dass nur ein betriebsmittelarmer Betrieb vorliegt:
  - Denn „Cloud-Provider“ arbeitet i.d.R. mit seinen eigenen Betriebsmitteln (Servern etc.)
  - d.h. keine Arbeit an Betriebsmitteln des Outsourcers
    - dadurch ggf. Vermeidung von Situationen, wie in EuGH: „Abler“ & „Güney-Görres“ / BAG: „Personenkontrolle“



## 5. Vermeidung von Betriebsübergängen durch Cloud Computing?

- Durch Produktbezug bei „Cloud-Provider“ entstehen dort in Bezug auf den Outsourcer (d.h. den Nutzer des Cloud Computing Produkts) ggf. keine insoweit relevanten wirtschaftlichen Einheiten
  - Voraussetzung dafür ist, dass Mitarbeiter nicht kundenbezogen arbeiten, sondern (produktbezogen) in Querschnittsfunktionen
  - *„Verknüpfung von Auftrag zur Datenverarbeitung mit entsprechendem EDV Programm und den zu verarbeitenden Daten macht Auftrag nicht zu organisatorisch abgrenzbarem Betriebsteil“ (BAG 24.04.1997)*
- Bei Wechsel des „Cloud-Providers“ werden nur Daten übertragen:
  - Die Übertragung von Daten allein i.d.R. kein Merkmal für einen Betriebsübergang

# 5. Weitere arbeitsrechtliche Implikationen des Cloud Computing

- **Mitbestimmung des Betriebsrat** beim Outsourcer, bei Einführung des Cloud Computing?
- **Technische Einrichtung** i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ?
  - Bei Installation neuer Software etc. i.d.R. (+)
  - Zur Kontrolle geeignet (Dokumentation des User-Verhaltens)
  - Relevanz des Standorts?
    - Ist die „Cloud“ noch eine Einrichtung des Betriebs?
      - ~ Teile der Software „im“ Betrieb? z.B. zur Offline-Nutzung
      - ~ Ansatzpunkte aus Rspr./Lit.:
        - ~ eine neue Vernetzung von Computer in einem Konzern soll schon die Einführung einer technischen Einrichtung sein
        - ~ Standort der Einrichtung „im“ Betrieb gleichgültig

## 5. Weitere arbeitsrechtliche Implikationen des Cloud Computing

- **Beschäftigtendatenschutz** (§32 BDSG) als Hindernis für die Nutzung von HR Anwendungen in der „Cloud“?
  - Keine Exklusivität des § 32 BDSG.
  - Rechtfertigung mittels
    - § 28 Abs.1 Satz 1 Nr. 2 BDSG (berechtigte Interessen): Gesetzesbegründung schließt Exklusivität bei beschäftigungsfremden Zwecken aus
    - Auftragsdatenverarbeitung

## 6. Ergebnisse & Diskussion: Folgen für die Strukturierung von Outsourcing-Maßnahmen 1

- Übertragung einer „wirtschaftlicher Einheit“ vermeiden:
  - (Alter und neuer) Provider arbeiten jeweils völlig autonom mit eigenen Mitarbeitern und Betriebsmitteln
    - z.B. eigene Server, Software, etc.
    - vgl. „Cloud“ als Gestaltungsmittel
  - Soweit wie möglich: Outsourcingrelevante Abgrenzung beachten:
    - Betriebsmittelarme Tätigkeiten, keine Übernahme von Personal, Änderung Betriebszweck etc.
    - Abgrenzungsproblem (vgl. „Callcenter“)
- **Alternative:** Inhouse & AÜG-Lösung oder „Contracting“?

## 6. Ergebnisse & Diskussion: Folgen für die Strukturierung von Outsourcing-Maßnahmen 2

- In anderen Fällen: **Exit im Outsourcing-Vertrag regeln!**
  - Alle möglichen Szenarien (vgl. **Szenario 1-4**) erfassen
  - Risiko-Zuweisungen nach Verursacherprinzip
  - Details bedenken
    - z.B. Berechnungs-Parameter Betriebsrenten, Übertragung von Rentnern oder Alternativen dazu etc.

# Dankeschön & Bird & Bird

## **Dr. Martin Nebeling**

Partner  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
martin.nebeling@twobirds.com

Tel +49 (0)211 2005 6000  
Fax +49 (0)211 2005 6011

Bird & Bird LLP  
Carl-Theodor-Straße 6  
40213 Düsseldorf  
Germany

## **Oliver W. Zöll**

Senior European Consultant  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
oliver.zoell@twobirds.com

Tel +49 (0)69 74222 6000  
Fax +49 (0)69 74222 6011

Bird & Bird LLP  
Taunusanlage 1  
60329 Frankfurt am Main  
Germany