

Es ist klar, dass die Vorgaben der Richtlinie – Vertragsübernahme wie Kündigungsverbot – umso größere Bedeutung haben, je besser die Arbeitnehmer im Übrigen gegen eine Kündigung geschützt sind¹⁶⁶. Sie hat also in Frankreich und Italien weit mehr Bedeutung als in Österreich oder gar Dänemark. Allerdings kann der Arbeitgeber in den meisten Staaten den Kündigungsschutz durch Zahlen einer Entschädigung überwinden; unterschiedlich – und für den Standortvergleich relevant – sind dann „nur“ die Unterschiede bei den durchschnittlichen Abfindungskosten¹⁶⁷.

III. Zusammenfassung und Schluss

Die unterschiedlichen Ausführungen der Richtlinie lassen nach den wirtschaftlichen Effekten fragen. Vertragsübernahme wie Kündigungsverbot haben umso größere wirtschaftliche Bedeutung, je besser die Arbeitnehmer im Übrigen gegen eine Kündigung geschützt sind. Die Richtlinie hat also in Frankreich und Italien mehr Bedeutung als in Österreich oder gar Dänemark. Verlangt das Gemeinschaftsrecht primär die Ausdehnung nationaler Standards auf eine bestimmte Konstellation, so treibt dies die Rechtslagen eher auseinander und verhindert Mittellösungen. Ein Staat, in dem unzulässige Kündigungen nichtig sind, darf davon eben auch beim Übergang in der Insolvenz (ohne Auflösung des Vermögens) nicht abgehen, auch wenn ein anderer Staat ohne weiteres hier nur Entschädigung vorsehen darf. Man sollte fragen, ob darin nicht ein Webfehler des Gemeinschaftsrechts oder der Judikatur liegt. Das Gemeinschaftsrecht verhindert Mittellösungen und drängt zu voller Liberalisierung.

Ein zweiter Befund ist, dass die Mitgliedstaaten die Möglichkeiten, die ihnen die Richtlinien mit unbestimmten Begriffen bieten, kaum wahrnehmen und in der Folge, wenn der EuGH sich auf eine bestimmte Interpretation festgelegt hat, auch nicht mehr wahrnehmen können. Das Objekt des Betriebsübergangs war vor der ersten Entscheidung des EuGH wenig festgelegt, zumal der Zweck der Richtlinie – Schutz der Arbeitnehmer oder der wirtschaftlichen Einheit – wenig klar war.

Die dritte Anmerkung betrifft den juristischen Diskurs. Die wissenschaftliche Diskussion zur Richtlinie erfolgte lange nur national und spielt sich noch immer primär national ab. Es gibt zwar ein wirklich transnationales Buch dazu, aber das kennt kaum jemand¹⁶⁸. Rechtsvergleichende Arbeiten, die mehrere Länder übergreifen, sind sehr selten¹⁶⁹. Schließlich wird die Richtlinie zum Betriebsübergang von manchen immer wieder als Beispiel für einen Dialog zwischen EuGH einerseits sowie nationalen Gerichten und auch den Recht setzenden Organen andererseits genannt, insbesondere wegen der Diskussion nach der Schmidt-Entscheidung. Allerdings erscheint mir die Bezeichnung Dialog euphemistisch, weil zwar die Generalanwälte, aber nicht der EuGH erkennbar zur Kenntnis nehmen, was andere meinen. Der EuGH redet erkennbar vor allem mit sich selbst¹⁷⁰.

166) Vgl. *Laulom*, *The European Court*, S. 174.

167) Auf die Frage, inwieweit abweichende Abreden zulässig sind, kann hier nicht mehr eingegangen werden. Vgl. dazu EuGH C-209/91, Slg 1992, I-05755 Rn. 27 ff., NZA 1995, 475 Anne Watson Rask/ISS Kantinenservice AS; sowie *Laulom*, *The European Court*, S. 174.

168) *Aviles/Hernandez/Ramos*, *La Transmision de empresas en Europa*, 1999.

169) Vgl. insbesondere *Alsbæk*, *Der Betriebsübergang und seine individualarbeitsrechtlichen Folgen in Europa*, 2001 (zu Großbritannien, Frankreich, Dänemark und Deutschland). Rechtsvergleichende Ausführungen zu mehreren Rechtsordnungen finden sich ferner z.B. auch bei *van Staelen*, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming*, 1999.

170) Zu den „Methoden“ des EuGH vgl. u.a. *Rebhahn*, in: *Riesenhuber*, *Europäische Methodenlehre*, 2006, § 19.

Richter am Europäischen Gerichtshof a. D.
Professor Sir David Edward¹, QC und
Rechtsanwalt James Segan², London

Fragen und Probleme der Anwendung der Betriebsübergangsrichtlinie im Vereinigten Königreich*

I. Einleitung

Vor nahezu 25 Jahren hat das Vereinigte Königreich die Betriebsübergangsrichtlinie³ durch die *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981*⁴ in nationales Recht umgesetzt. Die Verordnung von 1981 wurde zu Beginn des Jahres 2006 durch die *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006*⁵ ersetzt. Diese Verordnung ist eine Art Sekundärgesetzgebung, wie sie durch das Gesetz über die europäischen Gemeinschaften aus dem Jahre 1972 vorgeschrieben wird. Diese Verordnungen werden von der Regierung aufgestellt und bedürfen der Zustimmung durch das Parlament.

Aufgrund ihres Titels ist die Verordnung im Vereinigten Königreich allgemein als TUPE-Verordnung bekannt, und das durch die Betriebsübergangsrichtlinie erfasste Gebiet des Arbeitsrechts wird als TUPE bezeichnet.

Dieser Aufsatz untersucht die Art und Weise, in welcher die Betriebsübergangsrichtlinie im Vereinigten Königreich umgesetzt wurde und zeigt, dass die Geschichte der Umsetzung der Richtlinie im Vereinigten Königreich in drei unterschiedliche Phasen eingeteilt werden kann. Die Entwicklung dieser drei Phasen gewährt einen Einblick in die Mechanismen sowohl des nationalen als auch des Gemeinschaftsrechts, die sicherstellen, dass die Richtlinie ihrem Sinn und Zweck entsprechend angewandt wird.

II. Das System des Arbeitsrechts im Vereinigten Königreich

Vor der Darstellung dieser Analyse ist es erforderlich, kurz das System des Arbeitsrechts im Vereinigten Königreich zu erklären. Es gibt drei verschiedene Rechtskreise im Vereinigten Königreich: England und Wales, Schottland und Nordirland. Jedes hat sein eigenständiges Justizsystem für die Zivil- und Strafgerichtsbarkeit. Das einzige gemeinsame Element ist, dass das *House of Lords*, das höchste Rechtsmittelgericht, für alle drei Rechtskreise darstellt, mit der einen Ausnahme, dass es in Schottland keine Berufung zum *House of Lords* in Strafsachen gibt.

Hinsichtlich des größten Teils des Arbeitsrechts ist es das Parlament des Vereinigten Königreichs, das für alle drei Rechtskreise die Gesetzgebung wahrnimmt, einschließlich der Umsetzung von Richtlinien wie der Betriebsübergangsrichtlinie. Die TUPE-Verordnung gilt für das gesamte Vereinigte Königreich. Die große Mehrheit der Fälle, die nach Maßgabe

1) *Sir David Edward* war Richter am Europäischen Gerichtshof von 1992 bis 2004. Er ist zugleich Honorarprofessor an der Universität Edinburgh und Queen's Counsel bei Blackstone Chambers, Temple, London.

2) *James Segan* ist Barrister of the Bar of England & Wales (an höheren Gerichten zugelassener Rechtsanwalt) bei Blackstone Chambers, Temple, London.

* Die Redaktion dankt *Dr. h. c. Reinhard Schinz*, Vorsitzender Richter am LAG Brandenburg, für die Übersetzung aus dem Englischen.

3) 77/187/EWG.

4) „Betriebsübergangsverordnung (Beschäftigungsschutz) 1981“, SI 1981/1794. Die meisten Bestimmungen der TUPE-Verordnung von 1981 traten am 1. 5. 1982 in Kraft.

5) SI 2006/246.

der TUPE-Verordnung zu beurteilen sind, werden von den Arbeitstribunalen, die früher als Industrietribunale bekannt waren, entschieden. In Großbritannien unterscheiden wir zwischen Gerichten und Tribunalen. Tribunale sind nicht Teil des Gerichtssystems, aber im Wesentlichen können wir die Arbeitstribunale mit Arbeitsgerichten im Sinne des deutschen Rechts gleichsetzen.

Das Tribunal besteht aus einem Jurist als Vorsitzenden, der mit zwei Laienrichtern sitzt; ein Laienrichter hat einen gewerkschaftlichen Hintergrund, der andere stammt von der Arbeitgeberseite. Das Verfahren ist relativ wenig förmlich; normalerweise folgt es den Regeln des *common law*: Es werden Zeugen vernommen (*examination* und *cross-examination*) und es wird von den Parteien mündlich vorgetragen. Die Entscheidung des Arbeitstribunals ist abschließend, soweit es um Tatsachenfeststellungen geht. Gegen die Entscheidung kann Berufung zum Berufungstribunal in Arbeitssachen (*Employment Appeal Tribunal* („EAT“)) eingelegt werden, jedoch nur, soweit Rechtsfehler gerügt werden. Der Vorsitzende des EAT ist ein Richter des *High Court* in England, Schottland oder Nordirland, der wiederum mit zwei ehrenamtlichen Richtern sitzt.

Gegen Entscheidungen des EAT kann Rechtsmittel beim Berufungsgericht (*Court of Appeal*) in England oder den entsprechenden Berufungsgerichten in Schottland oder Nordirland und dann gegebenenfalls ein weiteres Rechtsmittel zum *House of Lords* eingelegt werden.

Die Arbeitstribunale, das EAT, der *Court of Appeal* und das *House of Lords* sind alle befugt, Fragen des Gemeinschaftsrechts dem Europäischen Gerichtshof nach Art. 234 EG zur Vorabentscheidung vorzulegen.

III. Die Verordnung von 1981

Die Betriebsübergangsrichtlinie wurde vom Rat der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) am 14. 2. 1977 verabschiedet. Die Richtlinie verpflichtete die Mitgliedsstaaten, ein Paket von Maßnahmen zum Schutz von Arbeitnehmern einzuführen, die von einem Betriebsübergang betroffen sind. Dieser Schutz beinhaltete:

- (1) den automatischen Übergang der aus einem Arbeitsverhältnis entstehenden Rechte und Pflichten des Veräußerers eines Betriebs auf den Erwerber⁶;
- (2) das Verbot der Kündigung eines Arbeitnehmers aufgrund des Betriebsübergangs⁷;
- (3) die Aufrechterhaltung der Rechtstellung und Funktion des Arbeitnehmers nach dem Betriebsübergang⁸ und
- (4) das Recht auf Information und Konsultation in Bezug auf den Betriebsübergang⁹.

Diese Schutzbestimmungen stellten eine signifikante Abkehr vom damaligen nationalen Recht des Vereinigten Königreichs dar. Arbeitsverträge nach dem Recht des Vereinigten Königreichs waren (und sind im Prinzip immer noch) personen- gebunden und nicht übertragbar¹⁰. Ein Arbeitgeber, der einen Betrieb erwarb, besaß das relativ uneingeschränkte Recht, seinen Personalbestand umzugestalten.

Die Betriebsübergangsrichtlinie kehrte dieses Prinzip um, indem sie Kündigungen und Änderungen in den Arbeitsbedingungen nur aus „wirtschaftlichen, technischen und organisatorischen Gründen, die Änderungen im Bereich der Beschäftigung mit sich bringen,“ zuließ¹¹. Professor Hepple bemerkte 1976, dass die Bestimmungen der Richtlinie radikale Änderungen im britischen Arbeitsrecht erforderten. Er sagte, die Richtlinie würde „das Ende der gesetzlichen Fiktion des personen- gebundenen und nicht übertragbaren Arbeitsverhältnisses bedeuten und diesen Grundsatz durch das Prinzip des automatischen Übergangs ersetzen¹²“.

Die Richtlinie wurde vom Gesetzgeber im Vereinigten Königreich nicht mit Begeisterung aufgenommen. Ein Verord-

nungsentwurf wurde 1978 dem Parlament vorgelegt, fand jedoch keine Zustimmung. Eine frühe Umsetzung der Richtlinie wurde mit der Wahl der ersten konservativen Regierung unter Margaret Thatcher im Mai 1979 noch unwahrscheinlicher. Einer der zentralen Grundsätze der Politik dieser Regierung war die Flexibilisierung des Arbeitsmarktes. Das Wahlprogramm der Konservativen hatte im Jahr 1979 unter anderem erklärt:

„Bisher wurde zu viel Augenmerk auf die Erhaltung von existierenden Arbeitsplätzen gelegt. Wir müssen uns mehr auf die Schaffung von Bedingungen konzentrieren, unter denen neue, modernere, sicherere und besser bezahlte Jobs entstehen. Dies ist der beste Weg den Arbeitslosen und denen, die von der Arbeitslosigkeit bedroht sind, zu helfen¹³.“

Dieser Ansatz zur Flexibilität des Arbeitsmarktes widersprach wohl der Sozialpolitik, die hinter der Richtlinie stand und deren Ziel es war, die Arbeitsbedingungen und Arbeitsplätze der Arbeitnehmer vor den Launen des freien Marktes zu schützen. Indem Arbeitsplatzsicherheit bei einem Betriebsübergang garantiert wurde, schränkte die Richtlinie notwendigerweise die Möglichkeit für Arbeitgeber im Vereinigten Königreich, eine „Hire and Fire“-Politik zu betreiben, ein. Wie der EuGH selbst als Antwort zu dem Argument, die Richtlinie beeinträchtigt die unternehmerische Freiheit, bemerkte, „gehört diese Beeinträchtigung gerade zur Zweckbestimmung der Richtlinie¹⁴“.

Es war daher nicht überraschend, dass die Regierung des Vereinigten Königreichs erst 1981 (mit fast zwei Jahren Verspätung) die Richtlinie durch die TUPE-Verordnung in nationales Recht umsetzte. Die Haltung der Regierung war eine der kaum bemäntelten Feindschaft. Der für die Verabschiedung der Verordnung im *House of Commons* zuständige Minister David Waddington sagte: „Ich empfehle sie mit einem bemerkenswerten Mangel an Begeisterung¹⁵. Auf drängende Nachfragen äußerte er: „Wir nehmen nur genau die Bestimmungen in die Verordnung auf, die uns von der Richtlinie auferlegt worden sind und zu deren Umsetzung wir rechtlich verpflichtet sind¹⁶“.

Die Zuversicht des Ministers, dass die Verordnung „genau den Verpflichtungen“ aus der Richtlinie entsprach, war nicht gerechtfertigt. In der ursprünglichen Fassung gab die Verordnung der Betriebsübergangsrichtlinie einen enggefassten Anwendungsbereich¹⁷, indem TUPE:

- (1) nur auf „kommerzielle Unternehmen“ anwendbar war¹⁸;
- (2) besondere Ausnahmeregelungen für „Ausgliederungen auf Tochtergesellschaften“ im Insolvenzfall gewährte¹⁹;
- (3) Konsultationsrechte nur dort vorsah, wo eine Gewerkschaft anerkannt war²⁰;
- (4) keine Vorkehrungen für eine rechtzeitige Konsultation mit dem Ziel der Einigung traf²¹;

6) Art. 3.

7) Art. 4.

8) Art. 5.

9) Art. 4.

10) *North Wales Training and Enterprise Council Limited (t/a Celtec) v Astley* [2006] UKHL 29, para 2, per Lord Bingham.

11) Art. 4 (1).

12) Hepple, *Workers' Rights in Mergers and Takeovers*, [1976] ILJ, 5, 197.

13) Conservative Party Manifesto, 1979 General Election, <http://www.conservativemanifesto.com>.

14) EuGH v. 25. 7. 1991 – C-362/89, *D'Urso v Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA* ECR I-4105, Rn. 14–15.

15) Debatte im House of Commons, 7. 12. 1981, vol 14, c680.

16) Debatte im House of Commons, 7. 12. 1981, vol 14, c696.

17) McMullen, *Business Transfers and Employment Rights*, Chapter 4[6].

18) § 2 (1).

19) § 4.

20) § 10.

21) § 10.

- (5) die Entschädigung für Verstöße gegen die Informations- und Konsultationspflicht drastisch begrenzte; und
 (6) eine Ausnahmeregelung vorsah, auf die sich Arbeitgeber bei Verstößen gegen die Informations- und Konsultationspflicht berufen konnten, welche nicht in der Richtlinie enthalten war.

Jedes dieser Merkmale der Verordnung führte dazu, dass den Arbeitnehmern weniger Schutz gewährt wurde, als es die Richtlinie vorsah. Insbesondere war die Beschränkung der Bestimmungen auf „kommerzielle Unternehmen“ nirgendwo in der Richtlinie enthalten. Schon 1982 war es deshalb relativ offensichtlich, dass das Vereinigte Königreich die Richtlinie in einer Art und Weise umgesetzt hatte, die in wichtigen Punkten nicht der Richtlinie entsprach²². Es hat fast ein Vierteljahrhundert (bis zur Verabschiedung der Verordnung von 2006) gedauert, diese Unvereinbarkeiten zu beseitigen.

Aufgrund dieser Umsetzung der Richtlinie im Vereinigten Königreich entwickelten die Gerichte vier Grundannahmen über den Anwendungsbereich von TUPE. Jede dieser Annahmen wurde nach und nach angefochten und in den folgenden Jahren aufgehoben. Man kann in diesem Prozess drei Phasen beobachten. Während der ersten Phase der „Untätigkeit“, die bis in die späten 80er Jahre dauerte, entstanden alle vier Grundannahmen. In der zweiten Phase des „Aufbruchs“, die von den späten 80ern bis ca. 1998 dauerte, wurde klar, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie tatsächlich sehr viel größer war, als zunächst angenommen. Während der dritten Phase der „Konsolidierung“ von ca. 1998 bis zum In-Kraft-Treten der Verordnung von 2006 haben die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Gerichte ein System von Schutzmaßnahmen geschaffen, das weit über die Richtlinie hinausgeht. Kurzum, dies ist die Geschichte einer bemerkenswerten Kehrtwende.

IV. Die Phase der Untätigkeit: 1981 bis in die späten 80er Jahre

Von 1981 bis in die späten 80er Jahre gab es eine sehr restriktive Entwicklung des Betriebsübergangsrechts, die auf den engen Anwendungsbereich der Verordnung von 1981 und insbesondere auf die bereits beschriebenen sechs Unstimmigkeiten zwischen Richtlinie und Verordnung zurückzuführen war. Während dieser Phase gingen die Gerichte im Vereinigten Königreich davon aus, dass es ihre Aufgabe sei, die Verordnung als Recht des Vereinigten Königreichs anzuwenden, ohne die Bestimmungen der hinter der Verordnung stehenden Richtlinie zu berücksichtigen.

Dies war nicht überraschend, weil die Regel, dass nationales Recht im Lichte der entsprechenden Richtlinie auszulegen ist, erst 1985 im Fall *Von Colson*²³ vom EuGH verkündet wurde. Sie wurde bis zum Urteil im Fall *Marleasing*²⁴ im November 1990 kaum als bedeutsamer Rechtsgrundsatz wahrgenommen (daher ist dieser Grundsatz eher als *Marleasing-Doktrin* denn als *Von Colson-Doktrin* bekannt).

Auf der Grundlage, dass es allein ihre Aufgabe sei die Verordnung des Vereinigten Königreichs auszulegen, entwickelten die Gerichte vier Grundsätze zum Anwendungsbereich von TUPE.

Die erste Annahme war, dass die Verordnung nicht jene Arbeitnehmer schützte, die vor dem Betriebsübergang entlassen wurden, auch wenn es sich nur um ein paar Tage oder sogar Stunden handelte. Diese Annahme ergab sich aus § 5 Abs. 3 der Verordnung, der bestimmte:

„Jeglicher Verweis ... auf einen Arbeitnehmer, der in einem von einem Betriebsübergang betroffenen Unternehmen oder Unternehmensteil beschäftigt ist, bezieht sich auf eine Person, die unmittelbar vor dem Betriebsübergang beschäftigt ist“.

Der Ausdruck „unmittelbar vor“ wurde zunächst von den Gerichten im Vereinigten Königreich sehr streng ausgelegt. In

einem Fall wurde eine Arbeitnehmerin nur drei Tage vor dem Übergang des Betriebs, in dem sie arbeitete, entlassen, obwohl die Verkaufsverhandlungen schon vorher abgeschlossen waren. Das EAT entschied, dass das Arbeitsverhältnis nicht auf den Erwerber übergegangen war, da die Arbeitnehmerin nicht „unmittelbar vor“ dem Betriebsübergang beschäftigt war²⁵.

Die zweite Annahme war, dass für einen Betriebsübergang der Wechsel des Eigentümers des Betriebs erforderlich war; eine bloße Änderung der faktischen Kontrolle genügte nicht. Teilweise erwuchs diese Annahme aus der bereits existierenden Rechtsprechung zur Betriebsübertragung, welche die Frage stellte: „Bleib der Betrieb nach dem Übergang derselbe, nur in anderen Händen?“²⁶ Das EAT legte daher die TUPE Verordnung von 1981 so aus, dass die korrekte Prüfung darin bestand, zu ermitteln, „ob es einen Wechsel der Betriebsinhaberschaft gegeben habe“²⁷.

Die dritte Annahme war, dass der Begriff „Unternehmen“ nur gewinnorientierte Einheiten beinhaltete. Während die Richtlinie auf „den Übergang von Betrieben, Unternehmen oder Betriebs- bzw. Unternehmensteilen“²⁸ Anwendung fand (eine Definition, die ausdrücklich vorsah, dass ein Betrieb nicht unbedingt ein kommerzielles Unternehmen ist), definierte § 2 Abs. 1 der TUPE-Verordnung den Begriff „Unternehmen“ wie folgt:

„... ‚Unternehmen‘ beinhaltet jegliches Gewerbe und jeglichen Betrieb, jedoch nicht solche Unternehmen, die nicht den Charakter einer kommerziellen Unternehmung tragen.“

Diese Definition setzte den Begriff „Betrieb“ weitgehend mit dem Begriff „Unternehmen“ gleich und wir konnten keinen Fall finden, in dem die Gerichte im Vereinigten Königreich die Verordnung auf andere Einheiten als solche, die eindeutig als „Betrieb“ zu identifizieren waren, angewandt haben²⁹.

Der *Court of Appeal* ging noch weiter und interpretierte „Unternehmen“ ausschließlich als eine Einheit, die gewinnorientiert ist, so dass beispielsweise eine Privatschule, für die Schulgeld zu zahlen war, nicht unter den Geltungsbereich von TUPE fiel³⁰. Diese eng gefasste Betrachtungsweise wurde in nachfolgenden Fällen fortgesetzt. So entschied das EAT zum Beispiel, dass der an ein Privatunternehmen übertragene Kantinenbetrieb des Verteidigungsministeriums nicht unter TUPE fiel, da es sich hier nicht um ein kommerzielles Unternehmen handelte³¹.

Die vierte Annahme, welche in vielerlei Hinsicht auf der dritten abzuleiten ist, war, dass die Ausgliederung und Privatisierung öffentlicher Dienste keinen Betriebsübergang nach Maßgabe von TUPE darstellte³². Es war ein wesentlicher Bestandteil der Regierungspolitik, dass bisher vom öffentlichen Dienst erbrachte Leistungen kostengünstiger durch die Privatwirtschaft erbracht werden konnten. Ab dem Jahr 1980 wurde den

22) Siehe *Hepple*, *The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations*, 1982, 11 ILJ 29: „Die Verordnung entspricht wohl nicht vollständig dem Sinn und Zweck der Richtlinie.“

23) EuGH, Rs. C-14/83 v. 10. 4. 1984, *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* ECR 1891, Randnr. 26.

24) EuGH, Rs. C-106/89 v. 13. 11. 1990, *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA* ECR I-4135.

25) *Wheeler v Patel* [1987] ICR 631.

26) Lord Denning MR in *Lloyd v Brasse* [1969] 2 QB 98.

27) *SI (Systems and Instrumentation) Ltd v Crist* [1983] ICR 788.

28) § 1(a).

29) Siehe *Robert Seligman Corporation v Baker* [1983] ICR 770, EAT; *O'Kelly and Others v Trusthouse Forte P.L.C.* [1984] Q.B. 90, CA; *Premier Motors (Medway) Ltd. v Total Oil Great Britain Ltd.* [1984] I.C.R. 58, EAT.

30) *Woodcock v Committee for the Time Being of the Friends School, Wigton* [1987] IRLR 98.

31) *Expro Services Ltd v Smith* [1991] ICR 577.

32) Die Entstehung dieser Annahme ist ausführlich beschrieben in *Radford and Kerr*, „Acquiring Rights – Losing Power: A Case Study in Ministerial Resistance to the Impact of European Community Law“ [1997] MLR 23.

Kommunalverwaltungen von der Regierung verboten, gewisse Dienstleistungen selbst durchzuführen, wenn sie diese Dienste nicht vorher öffentlich ausgeschrieben hatten, um privaten Unternehmen ein Vertragsangebot zu ermöglichen. Dies nannte man *Compulsory Competitive Tendering* („CCT“). Der *Local Government Planning and Land Act 1980* sah CCT für Bauleistungen, für die Instandhaltung von Gebäuden und für die Fernstraßen vor und der *Local Government Act 1988* weitete es auf viele andere Bereiche aus, z. B. auf die Versorgung mit Schulessen, die Abfallentsorgung und die Straßenreinigung.

Von 1981 bis in die frühen 90er Jahre ging die Regierung des Vereinigten Königreichs davon aus, dass Übernahmen von Arbeitnehmern aus dem öffentlichen Dienst in die Privatwirtschaft aufgrund von „CCT“ nicht der TUPE-Verordnung unterlagen. Viele solcher Übernahmen fanden statt und sie führten oft zu beträchtlichen Änderungen in den Vertragsbedingungen. Das Finanzministerium gab Mitte der 80er Jahre zu, dass „die meisten Einsparungen durch die Privatisierung von Dienstleistungen dadurch entstanden, dass die Privatunternehmen ihren Arbeitnehmern schlechtere Vertragsbedingungen boten“³³. Noch 1992 beharrte das Umweltministerium darauf, dass „CCT“-Übernahmen nicht von TUPE erfasst werden³⁴. Diese Annahme wurde beibehalten, obwohl § 1 Abs. 1(c) der Betriebsübergangsrichtlinie aussagte, dass die Betriebsübergangsregelungen „... für öffentliche und private Betriebe, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben,“ gelten würden, ... unabhängig davon, ob sie auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind oder nicht.“

V. Die Phase des Aufruhrs: Ende der 80er Jahre bis 1998

Am Ende der 80er Jahre kamen die TUPE-Verordnung und deren restriktive Auslegung durch die Gerichte im Vereinigten Königreich ernsthaft und anhaltend in die Kritik. Im folgenden Jahrzehnt wurde jede der vier oben beschriebenen Annahmen angefochten und aufgehoben. Ursächlich hierfür war der Druck, der entstand durch: (1) die Rechtsprechung der Gerichte im Vereinigten Königreich, (2) die Rechtsprechung des EuGH und (3) die Klage der Kommission.

1. Die „unmittelbar vor dem Betriebsübergang“-Annahme

Wie bereits beschrieben, hatten die Gerichte im Vereinigten Königreich eine sehr restriktive Auslegung des § 5 Abs. 3 der TUPE-Verordnung vorgenommen, indem sie TUPE nur auf Arbeitnehmer anwandten, die „unmittelbar vor dem Betriebsübergang“ beschäftigt waren. Der Höhepunkt dieses Ansatzes kam im Fall *Spence*³⁵, in dem sowohl *EAT* als auch *Court of Appeal* entschieden, dass eine Zeitspanne von nur ein paar Stunden zwischen Entlassung und Betriebsübergang genügt, um die Anwendung von TUPE auszuschließen. Es war offensichtlich, dass dies skrupellosen Arbeitgebern ermöglichte, die von der Betriebsübergangsrichtlinie bezweckten Schutzmaßnahmen mühelos zu umgehen. Der *Court of Appeal* fühlte sich jedoch in Anbetracht der bisherigen wörtlichen Auslegung der Verordnung in der Rechtsprechung gezwungen, seine Entscheidung so zu treffen.

Es war des Vereinigten Königreichs eigener höchster Gerichtshof, das *House of Lords*, welcher dieser wortwörtlichen Auslegung der Verordnung ein Ende bereitete. Im Fall *Litster*³⁶ hatten zwölf Arbeiter, deren Kündigung eine Stunde vor dem Verkauf der Betriebsmittel ihres Betriebes ausgesprochen wurde, Kündigungsschutzklagen gegen den Erwerber erhoben. Das *House of Lords* hob das Urteil des schottischen Berufungsgerichts auf, welcher der Entscheidung des englischen *Court of Appeal* im Fall *Spence* gefolgt war, und entschied, dass die Gerichte im Vereinigten Königreich verpflichtet seien, die Verordnung in Übereinstimmung mit der Richtlinie und der Rechtsprechung des EuGH auszulegen, da die TUPE-Verordnung ausdrücklich zum Zwecke der Umsetzung der Betriebs-

übergangsrichtlinie geschaffen worden war. Das *House of Lords* entschied daher, dass § 5 Abs. 3 so interpretiert werden müsse, als ob nach den Worten „unmittelbar vor dem Betriebsübergang beschäftigt ...“ folgende Worte stünden: „oder beschäftigt gewesen wäre, hätte man ihn nicht aufgrund der in § 8 Abs. 1 beschriebenen Umstände ungerechtfertigt entlassen“. Folglich bewirkte § 5 jetzt, dass die Arbeitsverträge der Kläger und die damit verbundenen Pflichten vom Veräußerer auf den Erwerber übergingen.

Die Bedeutung dieser Entscheidung für die Herangehensweise der Gerichte im Vereinigten Königreich an die TUPE-Verordnung kann nicht zu hoch bewertet werden. Zwar hatte das *House of Lords* bereits im Fall *Pickstone*³⁷ die Methode des Einfügens von Worten angewandt; dies war aber ein Fall, in dem es um Lohndiskriminierung ging, so dass Art. 119 des Vertrags von Rom, jetzt Art. 141 EG, direkt ins Spiel kam. Der *Litster* Fall bestätigte, dass dieselbe Herangehensweise auch bei der Anwendung von Verordnungen in Betracht kam, die nicht unmittelbar auf einem Artikel des Vertrags von Rom beruhten. Mit einer einzigen Entscheidung kehrte so das *House of Lords* die Herangehensweise der Gerichte im Vereinigten Königreich an die TUPE-Verordnung und die Betriebsübergangsrichtlinie um und hob die Annahme auf, dass Arbeitnehmer, die nur kurz vor dem Betriebsübergang entlassen worden waren, keinen Anspruch auf Schutz hatten. Wie man sehen wird, gingen die Gerichte im Vereinigten Königreich in den kommenden Jahren vollkommen anders an die TUPE-Verordnung heran.

2. Die „Übertragung des Eigentums“-Annahme

Die zweite Annahme war, dass ein Betriebsübergang im Sinne der Betriebsübergangsrichtlinie einer Eigentumsübertragung bedurfte. Seit Mitte der 80er Jahre gab es eine Reihe von Vorlagen an den EuGH zur Frage, was genau einen „Betriebsübergang“ darstelle.

Der erste und noch immer bedeutsamste Fall zu dieser Frage war der Fall *Spijkers*³⁸, in dem der EuGH entschied, dass „das entscheidende Kriterium für die Feststellung, ob es sich um einen Übergang im Sinne dieser Richtlinie handelt, darin besteht, ob die fragliche Einheit ihre Identität bewahrt“. Das Gericht entschied, dass diese Frage unter Berücksichtigung der folgenden Faktoren beantwortet werden solle:

- (1) Art des betreffenden Betriebes oder Unternehmens;
- (2) Übergang oder Nichtübergang der materiellen oder immateriellen Betriebsmittel;
- (3) Übernahme oder Nichtübernahme von Arbeitnehmern;
- (4) Übergang oder Nichtübergang der Kundschaft; und
- (5) Grad der Ähnlichkeit der vor und nach dem Übergang durchgeführten Aktivitäten und Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Aktivitäten.

Es ist zu bemerken, dass eine Übertragung des Eigentums nicht als notwendig oder auch nur relevant angesehen wurde. Der EuGH erklärte sogar:

„... Aus dem Aufbau der Richtlinie 77/187/EWG und dem Wortlaut ihres Art. 1 Abs. 1 ergibt sich eindeutig, dass diese Richtlinie bezweckt, die Kontinuität der im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse *unabhängig von einem Inhaberwechsel* zu gewährleisten.“³⁹

33) HM Treasury, „Using Private Enterprise“.

34) Siehe Advice from the Department of the Environment to Local Authority Executives in England and Wales, 1992, zitiert, in: *McMullen* 5/286.

35) *Secretary of State for Employment v Spence* [1986] ICR 651.

36) *Litster v Forth Dry Dock Engineering Co. Ltd* [1989] ICR 341.

37) *Pickstone v Freemans plc* [1988] ICR 697.

38) EuGH v. 18. 3. 1986 – C-24/85, *Spijkers v Gebroeders Benedik Abattoir CV* ECR 1119.

39) EuGH v. 18. 3. 1986 – C-24/85, *Spijkers v Gebroeders Benedik Abattoir CV* ECR 1119, § 11.

Dies gab dem Konzept des „Betriebsübergangs“ einen weit größeren Anwendungsbereich, als die TUPE-Verordnung und die damit verbundene Rechtsprechung bisher vorsahen.

Im Fall *Daddy's Dance Hall*, stellte sich der EuGH auf einen sehr klaren Standpunkt bezüglich der Übertragung des Eigentums:

„Die Richtlinie ist daher anwendbar, wenn durch vertragliche Übertragung oder Verschmelzung die natürliche oder juristische Person wechselt, die für den Betrieb des Unternehmens verantwortlich ist und insoweit gegenüber den in dem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern die Arbeitgeberpflichtungen einget, ohne dass es darauf ankommt, ob das Eigentum an dem Unternehmen übertragen worden ist“⁴⁰.

Die gleiche Auffassung wurde im Fall *Ny Mølle Kro* vertreten, wo der EuGH ausführte:

„Die Arbeitnehmer eines Unternehmens, dessen Inhaber wechselt, ohne dass eine Übertragung des Eigentums stattfindet, befinden sich in einer vergleichbaren Lage wie die Arbeitnehmer eines veräußerten Unternehmens und bedürfen daher des gleichen Schutzes“⁴¹.

Gleichwohl akzeptierten die englischen Gerichte nur zögerlich, dass ein Betriebsübergang auch ohne Inhaberwechsel stattfinden konnte. Im Fall *Spence*⁴² betrachtete der *Court of Appeal* ein früheres Urteil des *House of Lords* zum Thema Betriebsübergang (entschieden unter anderen rechtlichen Voraussetzungen) weiterhin als Präjudiz⁴³.

Erst ein Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission brachte das Vereinigte Königreich dazu anzuerkennen, dass die Voraussetzung der Übertragung des Eigentums nicht mit der Betriebsübergangsrichtlinie vereinbar war. Die Kommission war schon seit geraumer Zeit der Auffassung gewesen, dass die Umsetzung der Betriebsübergangsrichtlinie im Vereinigten Königreich unzulänglich gewesen sei. Im Jahr 1992 erstellte die Kommission dazu einen ausführlichen Bericht, der sieben Aspekte auflistete, in welchen die TUPE-Verordnung und deren Anwendung durch die Gerichte im Vereinigten Königreich unzulänglich waren⁴⁴.

Fünf dieser sieben Beanstandungen waren auch Gegenstand des Vertragsverletzungsverfahrens gegen das Vereinigte Königreich, und zwar:

- (1) die Voraussetzung der Übertragung des Eigentums,
- (2) die Beschränkung des „Übergangs“ auf „kommerzielle Unternehmen“,
- (3) das Fehlen einer Regelung zur Bestellung einer Arbeitnehmervertretung, wo diese nicht schon freiwillig entstanden war,
- (4) das Fehlen einer Regelung, nach welcher der Erwerber oder ein Veräußerer, der Maßnahmen hinsichtlich seiner Arbeitnehmer in Betracht zieht, verpflichtet ist, die Vertreter seiner Arbeitnehmer rechtzeitig und mit dem Ziel einer Einigung zu diesen Maßnahmen zu konsultieren,
- (5) das Fehlen von wirksamen Sanktionen im Falle des Stoßes gegen die Informations- und Konsultationspflicht nach Maßgabe der Richtlinie.

Die Klage wurde vom EuGH im Januar 1994 verhandelt, und das Gericht verkündete sein Urteil im Juni desselben Jahres⁴⁵.

Zur Voraussetzung des Eigentümerwechsels entschied der EuGH, dass das Urteil des *House of Lords* im Fall *Litster* das geltende Recht bereits korrigiert hatte. Die vom Gericht zusammengefasste Stellungnahme des Vereinigten Königreichs zu diesem Punkt zeigt, in welchem Maße das Vereinigte Königreich bereit war einzuräumen, dass die Betriebsübergangsrichtlinie selbst der Ausgangspunkt für die Bestimmung des Umfangs der Arbeitnehmerrechte sein sollte:

... Das Vereinigte Königreich trägt vor: Weil nach der Rechtsprechung des *House of Lords* die Verordnung von 1981 in Übereinstimmung mit der Richtlinie und deren Auslegung durch den Gerichtshof

auszulegen ist, ist deren Anwendungsbereich derselbe wie der der Richtlinie, selbst wenn in dieser Verordnung nicht ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass ein Übergang im Sinne dieser Verordnung nicht notwendigerweise die Übertragung des Eigentums an dem Unternehmen voraussetzt.“

Die Gerichte im Vereinigten Königreich waren somit verpflichtet, die Voraussetzung der Übertragung des Eigentums aufzugeben, so dass in den Fällen *Dines*⁴⁶ und *Kelman*⁴⁷ der englische *Court of Appeal* bzw. das schottische *Employment Appeal Tribunal* schlussfolgerten, dass die Voraussetzung der Übertragung des Eigentums nicht mehr gelte.

Die Geschichte der Annahme des Eigentümerwechsels zeigt besonders deutlich, wie die Mechanismen des europäischen Rechtssystems zusammenwirken können, um eine Veränderung im Recht eines Mitgliedsstaates herbeizuführen. Zunächst gab es die Rechtsprechung des EuGH, beginnend mit dem Fall *Spijkers*, welche deutlich machte, dass eine Übertragung des Eigentums nicht unbedingt ein Merkmal eines Betriebsübergangs sein musste. Dann kam der Fall *Litster*, in welchem das *House of Lords* entschied, dass die TUPE-Verordnung von 1981 in Übereinstimmung mit jener Rechtsprechung und den Bestimmungen der Richtlinie ausgelegt werden müsse. Schließlich führte ein Vertragsverletzungsverfahren der Kommission zu einer Entscheidung des EuGH, welche die Richtung bestätigte, die das Recht des Vereinigten Königreichs in Zukunft einschlagen müsse. Was an dieser Geschichte vielleicht besonders bemerkenswert ist, ist die Länge der Zeit, die man benötigte, um die Logik der Entscheidung des EuGH im Fall *Spijkers* vollständig im Recht des Vereinigten Königreichs zu akzeptieren.

3. Die „kommerzielle Unternehmen“-Annahme

Die dritte Annahme war, dass sich der durch die TUPE-Verordnung von 1981 gewährte Schutz auf „Gewerbe oder Unternehmen kommerzieller Natur“ beschränkte (siehe § 2 Abs. 1). In den 80er Jahren war nicht eindeutig klar, ob diese Einschränkung der Richtlinie widersprach oder nicht. In der Tat war es mindestens vertretbar, dass der Begriff „business“ in der im Fall *Spijkers* vom EuGH benutzten Testfrage vom Vorliegen eines Betriebsübergang – nämlich, „ob der betreffende Betrieb („business“) seine Identität wahre“ – synonym sei mit den Begriffen „undertaking“ (Unternehmen) im Sinne der Richtlinie und mit den Begriffen „Gewerbe oder Unternehmen kommerzieller Natur“ im Sinne der TUPE-Verordnung.

Wie jedoch bereits erläutert, beinhaltete die im Jahr 1992 von der Europäischen Kommission aufgestellte Liste der angeblichen Mängel der TUPE-Verordnung die Beschränkung auf „kommerzielle Unternehmen“. Die Berechtigung dieser Kritik wurde im Mai 1992 durch den Fall *Redmond Stichting*⁴⁸ bestätigt. In dieser Entscheidung hat der EuGH verdeutlicht, dass die Betriebsübergangsrichtlinie in vollem Umfang sogar auf Betriebsübergänge in gemeinnützigen Organisationen anzuwenden sei:

40) EuGH v. 10. 2. 1988 – C-324/86, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v Daddy's Dance Hall* ECR 739, § 9.

41) EuGH v. 17. 12. 1987 – C-287/86, *Landsorganisationen i Danmark v Ny Mølle Kro* ECR 5465, § 12.

42) Siehe Fn 35.

43) *Melon v Hector Powe Ltd.* [1981] I.C.R. 43; [1981] 1 All E.R. 313.

44) Bericht der Kommission an den Rat über den Stand der Anwendung der Richtlinie 77/187/EWG über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, 1992.

45) EuGH v. 8. 6. 1994 – C-382/92, *Commission v United Kingdom* ECR 2435.

46) *Dines v Initial Healthcare Services Ltd* [1995] ICR 260.

47) *Kelman v Care Contract Services Ltd* [1995] ICR 260.

48) EuGH v. 19. 5. 1992 – C-29/91, *Dr. Sophie Redmond Stichting v Hendrikus Bartol* ECR 3189.

„Zum anderen schließt ... der Umstand, dass der Vorgang auf der Gewährung von Subventionen für Stiftungen oder Vereine beruht, die unentgeltliche Dienstleistungen erbringen, diesen Vorgang nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie aus. Die Richtlinie hat nämlich, wie bereits ausgeführt, zum Ziel, die Rechte der Arbeitnehmer zu gewährleisten, und sie gilt für alle Arbeitnehmer, die nach nationalem Recht irgendeinen, wenn auch nur eingeschränkten Kündigungsrecht genießen.“

Dieses Urteil und der von der Kommission ausgeübte Druck erwirkten letztendlich mit dem Erlass des *Trade Union Reform and Employment Rights Act 1993* („TURERA“) im Juli 1993 ein Einlenken der Regierung des Vereinigten Königreichs. § 33 des TURERA-Gesetzes, das am 30. 8. 1993 in Kraft trat⁴⁹, entfernte folgende Worte aus § 2 Abs. 1 der TUPE-Verordnung: „... beinhaltet jedoch nicht solche Unternehmen oder Teile von Unternehmen, die nicht den Charakter einer kommerziellen Unternehmung tragen“.

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass durch das TURERA-Gesetz auch die neuen Absätze 4a und 4b in die Verordnung eingefügt wurden, die es einem Arbeitnehmer ermöglichten, einem beabsichtigten Betriebsübergang zu widersprechen. Diese Absätze wurden in TUPE eingefügt, um § 3 Abs. 1 der Richtlinie von 1977 im Lichte des Urteils des EuGH in der Sache *Katsikas gegen Konstantinidis*⁵⁰ umzusetzen. Die gegenwärtige Position des Vereinigten Königreichs hinsichtlich der Möglichkeit der Arbeitnehmer, nach Maßgabe der Verordnung von 2006 einem Betriebsübergang zu widersprechen, wird später dargestellt.

Um zur Frage der Beschränkung auf kommerzielle Unternehmen zurückzukehren: Aus unerklärlichen Gründen argumentierte das Vereinigte Königreich weiterhin in der Rechtsache C-382/92⁵¹, dass die Beschränkung auf kommerzielle Unternehmen nicht der Betriebsübergangsrichtlinie widersprach, obwohl die Regelung bereits vier Monate vor der Verhandlung aus der Verordnung entfernt wurde. Der EuGH hatte für dieses Argument wenig Verständnis und entschied:

„Somit hat das Vereinigte Königreich gegen seine Verpflichtungen aus Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie verstoßen, indem es die Anwendung der nationalen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie auf den Übergang von Unternehmen beschränkt hat, die auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind.“

Dieses Urteil bestätigte nur, was das Vereinigte Königreich schon 1993 mit der Einführung von TURERA anerkannt hatte. Auch hier ist es jedoch bemerkenswert, wie lange sich § 2 Abs. 1 der TUPE-Verordnung halten konnte, nämlich etwas mehr als 11 Jahre.

Tatsächlich bereitet diese Begrenzung in der Rechtsprechung im Vereinigten Königreich immer noch Probleme. In dem Fall *Celtec*⁵² konnte sich eine Reihe von Klägern in einem Rechtsstreit gegen einen nicht kommerziellen öffentlichen Arbeitgeber vor dem *House of Lords* nicht mit Erfolg auf die TUPE-Verordnung berufen, weil der Übergang stattgefunden hatte, bevor Art. 33 des TURERA-Gesetzes in Kraft getreten war. Diese Kläger waren stattdessen darauf angewiesen, sich direkt auf die Richtlinie zu berufen, weil ihr Arbeitgeber eine staatliche Einrichtung war.

4. Die „Ausgliederung“-Annahme

Die Beschränkung auf kommerzielle Unternehmen war die Grundlage der vierten Annahme, dass die TUPE-Verordnung von 1981 nicht auf Ausgliederungen aus dem öffentlichen Dienst, insbesondere auf die unter dem „CCT“-Programm laufenden Privatisierungen, anzuwenden war. Diese Annahme wurde von der Kommission in der Rechtssache C-382/92 nicht angefochten.

Wie bereits erläutert, wurde diese Annahme von der Regierung des Vereinigten Königreichs in den 80er und frühen 90er Jahren aktiv gefördert. Sie war außerdem von grundlegender

Bedeutung für den Erfolg des „CCT“-Programms. Es wird geschätzt, dass zwischen 1989 und 1992 im Zuge des „CCT“-Programms ca. 28 000 Vollzeitbeschäftigte aus Kommunalverwaltungen im Vereinigten Königreich ausgegliedert wurden⁵³. Die Mehrheit dieser Arbeitnehmer verlor entweder den Arbeitsplatz oder musste veränderte Vertragsbedingungen in Kauf nehmen⁵⁴. Diese Änderungen waren natürlich nur möglich, wenn die Betriebsübergangsrichtlinie keine Anwendung fand. Dasselbe galt für Ausgliederungen in der Privatwirtschaft.

Die Annahme, dass solche Übergänge überhaupt nicht von der TUPE-Verordnung erfasst waren, wurde ab 1993 in mehreren Urteilen des EuGH in dramatischer Weise aufgehoben. Der erste dieser Fälle war *Rask & Christensen*⁵⁵, in dem entschieden wurde, dass die Übertragung der Betriebskantine eines privaten Unternehmens auf ein anderes Unternehmen gegen Entgelt einen Betriebsübergang im Sinne der Betriebsübergangsrichtlinie gleichkam. Von Bedeutung ist die Auffassung des EuGH, dass es dabei unerheblich war: (i) ob die Dienstleistung ausschließlich für den Eigentümer des Unternehmens ausgeführt wurde; (ii) dass das private Unternehmen mit seinen eigenen Vermögenswerten weiterbestand; oder (iii) dass das fragliche private Unternehmen per Vertrag oder Gesetz dazu verpflichtet war, einen Kantinenservice anzubieten.

Die Folgen dieses Urteils für Ausgliederungsmaßnahmen im privaten oder öffentlichen Sektor im Vereinigten Königreich waren offensichtlich; man konnte nicht länger einfach annehmen, dass die TUPE-Verordnung in diesen Fällen nicht anzuwenden war. Besonders das Innenministerium, das gerade mit der Privatisierung der Justizvollzugsanstalten beginnen wollte, sah sich plötzlich vor erheblichen Problemen. Aufgrund der Unsicherheiten über die Abwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit der TUPE-Verordnung ließ man letztendlich Vorsicht walten und entschied sich, so zu verfahren, als ob die TUPE-Verordnung Anwendung fand.

In einer Debatte zu diesem Thema erkannte der Innenminister *Kenneth Clarke* am 3. 2. 1993 – wenn auch ungenau –, dass TUPE wohl anzuwenden sei:

„Ich denke, man muss gerechterweise sagen, dass man zum Zeitpunkt des Verfassens der Richtlinie und der TUPE-Verordnung noch nicht jene Art der Übertragung von Arbeit vom öffentlichen Dienst auf Privatunternehmen im Sinn hatte, welche eine der Errungenschaften der letzten konservativen Regierungen war und für die wir uns auch weiterhin einsetzen. Als Folge dessen hat es in der Regierung, und auch außerhalb, eine beträchtliche Diskussion über die Auswirkungen von TUPE gegeben. ...“

Auf jeden Fall haben wir, um Zweifel zu beseitigen, entschieden, dass wir die Bestimmungen der Verordnung anwenden werden, so dass der erfolgreiche Bewerber die geschützten Arbeitsverträge und die Tarifverträge übernehmen muss⁵⁶.“

Dass die geänderte Haltung der britischen Regierung in Bezug auf Ausgliederungen richtig war, wurde im März 1993 durch den englischen *High Court* in der Sache *Kenny*⁵⁷ bestätigt. Dieser Fall betraf den Übergang von Ausbildungsdiensten in einer Justizvollzugsanstalt von der kommunalen Bildungs-

49) *Trade Union Reform and Employment Rights Act 1993* (Commencement No 1 and Transitional Provisions) Order 1993.

50) Verbundene Sachen C-132/91, C-138/91 and C-139/91, [1992] ECR 6577; [1993] IRLR 179.

51) Siehe Fn. 45.

52) *North Wales Training and Enterprise Council Limited (t/a Celtec) v Astley* [2006] UKHL 29.

53) Local Government Management Board, *Survey of the Employment Effects of Central Government Initiatives*, March 1991–March 1992 (Luton: LGMB, 1993).

54) *Radford and Kerr* (Fn. 32).

55) EuGH v. 12. 11. 1992 – C-209/91, *Rask and Christensen v ISS Kantinenservice AS* ECR I-5755.

56) HC Deb, 3 February 1993, c425.

57) *Kenny v South Manchester College* [1993] IRLR 265.

behörde auf einen Bildungsträger nach einer entsprechenden Ausschreibung. Der *High Court* hatte keine Zweifel, dass dies ein *TUPE*-Übergang war, und forderte in seinem Urteil, dass die Gerichte eine „realistische und robuste“ Haltung zur Frage der Anwendbarkeit der Verordnung einnehmen sollten. Bemerkenswert ist, dass der *High Court* nur sehr kurz auf die Urteile des heimischen *EAT* verwies, dann aber ausführlich sieben die Betriebsübergangsrichtlinie betreffende Urteile des EuGH diskutierte. Er verdeutlichte so, dass nun die europäische, und nicht die nationale Rechtsprechung der richtige Ausgangspunkt für jegliche Analyse war.

Dem Urteil im Fall *Rask* folgte eine Reihe von Urteilen des EuGH, deren Rezeption im englischen Recht demonstrierte, inwieweit die heimischen Gerichte nun bereit waren, die europäische Rechtsprechung unmittelbar anzuwenden. Das wohl einschneidendste dieser Urteile, welches kurz nach *Rask* kam, war das Urteil in der Rechtsache *Christel Schmidt*⁵⁸, in dem der EuGH entschied, dass für eine einzige, teilzeitbeschäftigte Reinigungskraft in einer Bank die Schutzbestimmungen der Betriebsübergangsrichtlinie galten, wenn die Bank entschied, die Reinigungsaufgaben an eine Fremdfirma zu vergeben. Dieses Urteil zeigte eine zunehmende Bereitschaft des EuGH, sich mit Tatfragen zu beschäftigen, was normalerweise Aufgabe der nationalen Gerichte gewesen wäre. Der folgende Auszug veranschaulicht dies (Hervorhebung d. Verf.):

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ... ist die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit das entscheidende Kriterium für die Antwort auf die Frage, ob es sich um einen Übergang im Sinne der Richtlinie handelt. Nach dieser Rechtsprechung ergibt sich die Wahrung dieser Identität u. a. daraus, dass dieselbe oder eine gleichartige Geschäftstätigkeit vom neuen Inhaber tatsächlich weitergeführt oder wiederaufgenommen wird. So stellt im Ausgangsverfahren, bezüglich dessen der Vorlagebeschluss alle notwendigen Angaben enthält, die Gleichartigkeit der vor und nach der Übertragung ausgeführten Reinigungsaufgaben, die im Übrigen durch das der betreffenden Arbeitnehmerin unterbreitete Angebot der Weiterbeschäftigung zum Ausdruck kommt, ein *typisches* Merkmal eines Vorgangs dar, der in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt und der Arbeitnehmerin, deren Tätigkeitsbereich übertragen wurde, den ihr durch diese Richtlinie eingeräumten Schutz bietet.

Wenn die Übernahme einer einzigen teilzeitbeschäftigten Reinigungskraft ohne jede Übertragung von Betriebsmitteln oder Managementstrukturen „typisch“ für einen Übergang im Sinne der Betriebsübergangsrichtlinie war, könne es dann, so fragten sich britische Anwälte für Arbeitsrecht möglicherweise zu Recht, überhaupt noch irgendeinen Ausgliederungsfall geben, der nicht von der Richtlinie erfasst wäre.

Trotz der umfangreichen Urteilsbegründung im Fall *Christel Schmidt* wandten die Gerichte im Vereinigten Königreich die Entscheidung ohne jeden Versuch an, ihre Bedeutung einzuschränken oder zu begrenzen. In zwei Entscheidungen des *EAT* aus dem Jahr 1995 wurde *Christel Schmidt* geradezu enthusiastisch übernommen. In einem Fall⁵⁹ formulierte das *EAT*: „Eine wirtschaftliche Einheit könne durchaus allein aus Aktivitäten und Arbeitnehmern bestehen“. Das Gericht war der Ansicht, dass die Frage auch so formuliert werden könne: „Existiert die vom Arbeitnehmer bisher ausgeführte Tätigkeit bzw. der Arbeitsplatz noch?“. In einem zweiten Fall⁶⁰ entschied das *EAT*, dass „eine wirtschaftliche Einheit allein daraus bestehen kann, dass Dienste geleistet werden bzw. dass der Unternehmer das Recht hat, Dienste zu leisten.“ Diese Urteile führten dazu, dass man gewissermaßen als Regel formulierte: „*TUPE* ist in so gut wie allen Ausgliederungsmaßnahmen anzuwenden, vorausgesetzt natürlich, die Identität des Betriebes bleibt erhalten“⁶¹.

Der EuGH selbst wich jedoch schließlich von der extremen Position, die er im Fall *Christel Schmidt* eingenommen hatte, wieder ab. In der Sache *Rygaard*⁶² entschied er, dass es wichtig sei zu berücksichtigen, ob eine wirtschaftliche Einheit in orga-

nisatorischer Hinsicht autonom war, nämlich indem Personen und möglicherweise Material für die Erfüllung ihrer Aufgaben zusammengefasst wurden“, mit anderen Worten, ob es sich um „eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit“ handelte. Diese Definition würde wohl auf die einzelne Reinigungskraft im Fall *Christel Schmidt* nicht zutreffen.

Das Urteil in der Rechtssache *Süzen*⁶³ bestätigte den Rückzug von *Christel Schmidt*. Im Fall *Süzen* bestätigte der Gerichtshof, dass die Frage, ob es sich um einen Betriebsübergang handele, von den nationalen Gerichten auf der Basis der im Fall *Spijkers* aufgestellten Grundsätze zu beurteilen sei. Außerdem entschied er, dass der bloße Wechsel des Auftragnehmers noch keinen Betriebsübergang darstelle, sofern dieser Vorgang weder mit einer Übertragung relevanter materieller oder immaterieller Betriebsmittel von dem einen auf den anderen Unternehmer noch mit der Übernahme eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des Personals durch den neuen Arbeitgeber verbunden sei.

Die Herangehensweise im Fall *Süzen* wurde sehr schnell vom *Court of Appeal* im Fall *Betts*⁶⁴ übernommen, eine Entscheidung, die noch einmal zeigt, dass nunmehr die Urteile des EuGH als Ausgangspunkt der rechtlichen Überlegungen angesehen wurden. Auch das *EAT* wandte *Süzen* unmittelbar an⁶⁵.

5. Zusammenfassung

In der zweiten Phase, welche die circa acht Jahre zwischen der Entscheidung des *House of Lords* im Fall *Litster* und der Entscheidung des *Court of Appeal* im Fall *Betts* umfasste, fand eine dramatische Änderung in der Art und Weise statt, wie die *TUPE*-Verordnung durch die Gerichte im Vereinigten Königreich ausgelegt wurde. Einige Änderungen, z. B. die Abschaffung des Erfordernisses einer kommerziellen Unternehmung, wurden im Angesicht einer von der Kommission angestrebten Klage durch Gesetzesänderungen vorgenommen. Andere Änderungen, z. B. das Einfügen von Worten im Fall *Litster*, waren allein auf Entwicklungen in der Rechtsprechung zurückzuführen. Im Endeffekt bewirkten all diese Änderungen die Aufhebung der oben genannten vier Annahmen.

VI. Die Phase der Konsolidierung und Expansion: ab 1998

Die Rezeption der Betriebsübergangsrichtlinie im Vereinigten Königreich kam ungefähr 1998 in eine dritte Phase. In der Zeit nach 1998 haben die Gerichte und die Regierung den Geltungsbereich von *TUPE* so erweitert, dass nun der Schutz, der durch die Verordnung von 2006 und durch die Rechtsprechung im Vereinigten Königreich gewährt wird, über die Regelungen der Betriebsübergangsrichtlinie selbst hinausgehen.

1. 1998-2001: Verfeinerung der Kriterien auf der europäischen Ebene

Der erste Schritt in Richtung Konsolidierung des Betriebsübergangsrechts wurde auf europäischer Ebene durch die Verabschiedung der neuen Betriebsübergangsrichtlinie vom 29. 6. 1998 (Richtlinie 98/50/EG) gemacht. Die neue Richtlinie versuchte nicht, den Geltungsbereich der ursprünglichen Richtlinie signifikant zu verändern. Die einzigen bedeutsamen

58) EuGH v. 14. 4. 1994 – C-392/92, *Christel Schmidt v Spar und Leihkasse der früheren Amter Bordesholm, Keil und Cronshagen* ECR I-1311.

59) *Isles of Scilly Council v Brintel Helicopters Ltd* [1995] IRLR 6.

60) *Kelman*, siehe Fn. 47.

61) *McMullen* (Fn. 34), paragraph 5/108.

62) EuGH v. 19. 9. 1995 – C-48/94, *Rygaard v Stro Mølle Akustik A/S* ECR I-2745.

63) EuGH v. 11. 3. 1997 – C-13/95, *Süzen v Zehmacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice* [1997] ECR I-1259.

64) *Betts v Brintel Helicopters Ltd* [1997] IRLR.

65) *Superclean Support Services plc v Lansana and Wetton Cleaning Services Ltd* EAT/281/96; *Connick Tree Care v Chapman* EAT/889/97.

Änderungen bezogen sich auf Insolvenz sowie Information und Konsultation, welche nicht Gegenstand dieses Referats sind. Zudem wurde den Mitgliedsstaaten nur drei Jahre – bis zum 17. 7. 2001 – Zeit gelassen, die Richtlinie umzusetzen.

Die Richtlinie von 1998 veränderte die Definition von Betriebsübergang so, dass sie die Rechtsprechung des EuGH berücksichtigte. Die neue Definition von Betriebsübergang in Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie bestimmte – soweit hier erheblich – folgendes:

(1) a) Diese Richtlinie ist auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw. Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung anwendbar.

b) Vorbehaltlich Buchstabe a) und der nachstehenden Bestimmungen dieses Artikels gilt als Übergang im Sinne dieser Richtlinie der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit.

c) Diese Richtlinie gilt für öffentliche und private Unternehmen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht. Bei der Übertragung von Aufgaben im Zuge einer Umstrukturierung von Verwaltungsbehörden oder bei der Übertragung von Verwaltungsaufgaben von einer Behörde auf eine andere handelt es sich nicht um einen Übergang im Sinne dieser Richtlinie.

Es ist zu beachten, dass Art. 1 Abs. 1 (b) ausdrücklich die *Süzen* Definition von „Betrieb“ einbezieht und dass Art. 1 Abs. 1 (c) das EuGH-Urteil im Fall *Stichting Redmond* übernahm. Mit dem Ausschluss der strukturellen Neuordnung der öffentlichen Verwaltung oder der Übertragung von Verwaltungsaufgaben von einer öffentlichen Verwaltung auf eine andere in Art. 1 Abs. 1 (c) wurde das EuGH-Urteil im Fall *Henke*⁶⁶ eingearbeitet.

Dass man auf europäischer Ebene einen gewissen Grad an Übereinstimmung in Bezug auf geeignete Kriterien zur Bestimmung eines Betriebsübergangs erreicht hatte, wurde im Dezember 1998 mit der EuGH-Entscheidungen in Sachen *Vidal, Santner, Montana, Hidalgo* und *Ziemann*⁶⁷ deutlich. In *Hidalgo* und *Ziemann* ging es um „eine Auslagerung der zweiten Generation“, d. h. das Ersetzen eines ersten Dienstleisters durch einen zweiten. In *Vidal, Santner* und *Montana* ging es um die Rückführung einer ehemals ausgelagerten Dienstleistung in das Unternehmen. In Anlehnung an den Fall *Süzen* entschied das Gericht, dass ein Betriebsübergang in Auslagerungsfällen nicht automatisch angenommen wird, sondern dass die Betriebsübergangsrichtlinie nur Anwendung findet, wenn die Auslagerung den Übergang einer wirtschaftlichen Einheit beinhaltet. Das Gericht bediente sich dabei einer Sprache, die in hohem Maße mit der des Art. 1 Abs. 1 (b) der Richtlinie von 1998 abgestimmt war, und sagte, dass eine „wirtschaftliche Einheit“ sich auf eine „organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung“⁶⁸ beziehe.

Das Jahr 1998 stellte noch nicht das Ende der Debatte um die Anwendung der Betriebsübergangsrichtlinie in bestimmten Fällen dar. Die Richtlinie von 1998, zusammen mit den Entscheidungen in *Vidal & anderen*, kennzeichnete jedoch den Beginn des Konsenses darüber, welche Kriterien anzuwenden seien. Dieser Konsens fand sich in der Verabschiedung der Richtlinie 2001/23/EG vom 12. 3. 2001 wieder, welche die Richtlinien von 1977 und 1998 außer Kraft setzte und sie durch ein einziges neugefasstes Dokument ersetzte.

Der EuGH verfeinerte nach 2001 seine Herangehensweise bei der Anwendung dieser Kriterien in Auslagerungsfällen weiter. In den letzten fünf Jahren wurde eine Differenzierung zwischen Übergängen von Einheiten entwickelt, die im Wesentlichen auf Betriebsmittel angewiesen sind und für die es nicht so sehr auf die Übernahme der Arbeitnehmer ankommt, und solchen Übergängen von Einheiten, für die die mensch-

liche Arbeitskraft wesentlich ist. Letztere müssen auch weiterhin nach den in der *Süzen*-Entscheidung aufgestellten Kriterien beurteilt werden⁶⁹.

2. 1998-2006: die Rechtsprechung im Vereinigten Königreich

Wie bereits erläutert, hatten sich die Gerichte im Vereinigten Königreich bis zum Jahr 1998 daran gewöhnt, die Rechtsprechung des EuGH unmittelbar anzuwenden. In der Zeit von 1998 bis 2006 waren die Gerichte im Vereinigten Königreich zudem besonders darauf angewiesen, die europäische Gesetzgebung und Rechtsprechung in den Mittelpunkt zu stellen, da bis April 2006 die Richtlinien von 1998 und 2001 noch nicht vollständig in das Recht des Vereinigten Königreichs umgesetzt waren.

Die kürzlich vom *House of Lords* entschiedene Sache *Celtec* zeigt auf dramatische Weise, wie die Richter im Vereinigten Königreich ihre Herangehensweise an Probleme des europäischen Rechts verändert haben. In diesem Fall ging es hauptsächlich darum, ob (i) ein Betriebsübergang über eine Zeitdauer von Monaten oder sogar Jahren stattfinden könne, oder ob es erforderlich ist, ein genaues Datum festzustellen; falls letzteres zutrifft, ob (ii) es den Parteien möglich ist, einvernehmlich ein solches Datum hinauszuschieben. Auf einen Vorlagebeschluss nach Art. 234 EG entschied der EuGH, dass „ein Übergang zu einem genau bestimmten Zeitpunkt erfolgen muss, zu dem die Inhaberschaft, mit der die Verantwortung für den Betrieb der übertragenen Einheit verbunden ist, vom Veräußerer auf den Erwerber übergeht. Dieser Zeitpunkt kann nicht nach Gutdünken des Veräußerers oder Erwerbers auf einen anderen Zeitpunkt verlegt werden“⁷⁰. Das *House of Lords* entschied entsprechend.

Bemerkenswert ist, dass für das *House of Lords* nicht in erster Linie die Systematik von *TUPE*, sondern die der Richtlinie maßgeblich war⁷¹. Dies war die Anerkennung des Vorrangs des *Marleasing*-Prinzips. Zudem befand das *House of Lords*, dass die Grundsätze, die der EuGH in der *Sinmenthal*-Entscheidung⁷² entwickelt hatte, es zwangen, von seinem eigenen Prozessrecht abzuweichen, um den Beklagten erstmals vor dem *House of Lords* neuen Sachvortrag zu ermöglichen, weil dies erforderlich war, um eine effektive Durchsetzung ihrer Rechte aus dem Gemeinschaftsrecht sicherzustellen.

Die wichtigste Entwicklung der letzten acht Jahre ist jedoch die zunehmende Tendenz der Gerichte im Vereinigten Königreich, über die in der Rechtsprechung des EuGH entwickelte Auslegung der Betriebsübergangsrichtlinie hinauszugehen.

Diese Tendenz kann aufgrund des kontroversen Charakters des Rechtsgebiets am besten anhand der Auslagerungsfälle illustriert werden. In einem der ersten Auslagerungsfälle in der Zeit nach *Süzen* entschied das *EAT* zögerlich⁷³, dass ein Betriebsübergang zwischen zwei Dienstleistern, die Jobverine für die Arbeitsverwaltung betrieben, nicht stattgefunden habe. Da weder Arbeitnehmer noch Betriebsmittel von dem einen auf den anderen Dienstleister übergegangen waren, wurde diese Entscheidung den Tatsachen gemäß für richtig befunden. Das Urteil des *EAT* verdeutlicht jedoch die Unsicherheit, die durch den Fall *Süzen* entstanden war:

66) EuGH v. 15. 10. 1996 – C-298/94, *Henke v. Gemeinde Schierke & Verwaltungsgemeinschaft „Brocken“* ECR I-4989.

67) EuGH – C-127/96, *Vidal*, – C-229/96, *Santner* and – C-74/97, *Montana* [1998] ECR I-8179; Cases C-73/96 *Hidalgo* and C-247/96 *Ziemann* [1998] ECR I-8237.

68) *Hidalgo and others* (Fn. 67), Rn. 34.

69) EuGH v. 25. 1. 2001 – C-172/99, *Oy Liikenne AB v. Liskojärvi and Juntunen* ECR I-745; EuGH v. 20. 11. 2003 – C-340/01, *Abler v. Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH* ECR I-14 023.

70) *North Wales Training and Enterprise Council Limited (t/a Celtec) v. Astley* [2006] UKHL 29, para 7, per Lord Bingham.

71) *Ibid* para 10, per Lord Hope.

72) Sache C-106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA* (No 2) [1978] 3 CMLR 263.

73) *Computer Insight Ltd v. Stewart* EAT/121/97.

„Nach unserer Auffassung ist (durch die Entscheidungen *Süzen* und *Beits*) ein unglückliches Maß an Unsicherheit entstanden. . . . Arbeitnehmer, deren Schutz die Richtlinie und die Verordnung eigentlich dienen soll, sind darauf angewiesen, ihr Glück vor Gericht zu versuchen. Dies ist ein unglücklicher Zustand.

Gleichwohl sind unsere Hände gebunden. Wir müssen das Gesetz so anwenden, wie es sich jetzt nach Maßgabe der uns bindenden Rechtsprechung darstellt. So müssen auch die Arbeitsgerichte verfahren.“

Das fehlende Vertrauen des *EAT* in die Erwägungen im Fall *Süzen* führte dazu, dass es alsbald Entscheidungen traf, mit denen es sich jenseits des durch die Rechtsprechung des EuGH gewährten Schutzes wagte. Im Fall *ECM*⁷⁴ weigerte sich das beklagte Unternehmen absichtlich, 19 Arbeitnehmer zu übernehmen, als ihm ein Auftrag erteilt wurde, weil es wusste, dass es die Forderungen dieser Arbeitnehmer wegen ungerechtfertigter Entlassung gegen den Veräußerer erben würde, falls die Auftragsvergabe einen *TUPE*-Übergang darstellte. Um zu vermeiden, als *TUPE*-Betriebsübernehmer entsprechend der *Süzen*-Entscheidung angesehen zu werden, übernahm das beklagte Unternehmen keinen der Arbeitnehmer. Das *EAT* spielte hierbei nicht mit und begrenzte die im Fall *Süzen* entwickelte Testfrage wie folgt:

„24. Nach den Feststellungen des Arbeitsgerichts hat der Erwerber in diesem Fall die Arbeitnehmer genau deshalb nicht übernommen, weil sie sich auf die *TUPE* Verordnung berufen haben und Klagen auf dieser Grundlage angekündigt hatten. . . . Die Frage, ob Arbeitnehmer hätten übernommen werden müssen, kann nicht davon abhängen, ob sie übernommen worden sind.

25. Wir sind der Auffassung, dass man die Verordnung nach ihrem Sinn und Zweck auslegen muss, um der Verpflichtung der Regierung Rechnung zu tragen. Wir können und werden nicht akzeptieren, dass es rechtens sein soll, dass ein Übernehmer durch seine grundsätzliche Weigerung, seine Pflichten zu erfüllen, den Umfang seiner Pflichten selbst bestimmen kann. Nichts in der *Süzen*-Entscheidung verlangt von uns, diesen Weg einzuschlagen.“

Diese Entscheidung wurde nachfolgend vom *Court of Appeal*⁷⁵ bestätigt, und in einem anderen Fall entschied das *EAT* genauso⁷⁶.

Der bemerkenswerte Aspekt, der sich aus diesen Fällen ergibt, ist, dass die Gerichte im Vereinigten Königreich im Ergebnis einen Ausnahmetatbestand zu den im Fall *Süzen* aufgestellten Kriterien schufen, wonach man einen Betriebsübergang unterstellte, wenn die unterbliebene Übernahme der Arbeitnehmer durch den Betriebserwerber auf seinem Wunsch beruhte, die Rechtsfolgen der Betriebsübergangsrichtlinie zu vermeiden. Diese Ausnahmeregel konnte sich nicht auf die Rechtsprechung des EuGH berufen.

Darüber hinaus wurde die Tatsache, dass diese Ausnahme über die Rechtsprechung des EuGH hinausgeht, im Ergebnis vom *Court of Appeal* im Fall *ADI*⁷⁷ anerkannt. In dieser Sache war das Gericht wiederum damit konfrontiert, dass sich ein Betriebserwerber absichtlich geweigert hatte, irgendeinen Arbeitnehmer vom Veräußerer zu übernehmen, um die Rechtsfolgen der *TUPE*-Verordnung zu vermeiden. Zwei der drei Berufungsrichter (also die Mehrheit) folgten der Entscheidung im Fall *ECM* und wandten damit die britische Ausnahme zu *Süzen* an. Der abweichende Richter argumentierte, dass den in der Sache *Süzen* entwickelten Bedingungen streng zu folgen sei und dass es ihm unmöglich sei, die Mehrheitsmeinung mit der Rechtsprechung des EuGH zu dieser Rechtsfrage zu vereinbaren.

Die nationale Ausnahme zu der in *Süzen* aufgestellten Regel wurde vom *Court of Appeal* nochmals im Fall *RCO*⁷⁸ bestätigt, in dem das Gericht die bisher deutlichste Synthese der nationalen und europäischen Rechtsprechung erstellte. Eine zentrale Aussage des Gerichts war:

„Die Tatsache, dass keine Arbeitnehmer übernommen wurden, ist erheblich, aber nicht notwendigerweise entscheidend für die Frage der Beibehaltung der Identität.“

Es ist fraglich, ob diese Aussage mit der folgenden Meinung des EuGH im Fall *Süzen* vereinbart werden kann:

„Die tatsächlichen Umstände, die bei der Entscheidung, ob die Bedingungen eines Betriebsübergangs erfüllt sind, beachtet werden müssen, beinhalten insbesondere . . . die Frage, ob der überwiegende Teil der Arbeitnehmer vom neuen Arbeitgeber übernommen wurde.“

Hieraus wird deutlich, dass die Rechtsprechung im Vereinigten Königreich in Bezug auf die Auslagerung von Tätigkeiten, bei denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, über den von der Betriebsübergangsrichtlinie und der Rechtsprechung des EuGH gewährten Schutz hinausgeht. Man kann allerdings nicht vorgeben, dass es überhaupt keinen Widerstand in der Richterschaft gegen die Richtlinie mehr gebe. In dem kürzlich entschiedenen *Celtec*-Fall bemerkte einer der höchsten Richter des Vereinigten Königreichs, dass die Richtlinie eine „Fiktion“ eingeführt habe, die „in vielerlei Hinsicht unbefriedigend sei: Sie spiegle nicht die wirtschaftlichen Realitäten des Geschäfts wider und sei wahrscheinlich das Gegenteil dessen, von dem die Beklagten damals ausgingen“⁷⁹. Was allerdings mit Sicherheit gesagt werden kann ist, dass die Gerichte im Vereinigten Königreich es gelernt haben mit der Richtlinie und der Verordnung in einer Weise zu leben, die wenig gemein hat mit dem ursprünglich engen Verständnis, das in der ersten von uns dargestellten Periode vorherrschte.

3. Die *TUPE*-Verordnung aus dem Jahr 2006

In diesem Jahr hat die Regierung des Vereinigten Königreichs eine Verordnung erlassen, deren Schutz erheblich über die Betriebsübergangsrichtlinie hinausgeht. Die *TUPE*-Verordnung aus dem Jahr 2006, welche die erste umfassende Umgestaltung der ursprünglichen Verordnung von 1981 darstellt und schließlich die Richtlinie von 2001 umsetzt, trat am 6. 4. 2006 in Kraft. Eine vollständige Übersicht über die Verordnung kann im Rahmen dieses Referats nicht gegeben werden. Vier Merkmale dieser Verordnung verdienen allerdings besondere Aufmerksamkeit:

Erstens nimmt die *TUPE*-Verordnung von 2006 in Anlehnung an die Richtlinie von 2001 viele Entwicklungen in der Rechtsprechung der letzten 24 Jahre auf.

§ 3 Abs. 4 besagt, dass die Verordnung „auf öffentliche und private Unternehmen“ anzuwenden ist, „die wirtschaftlich tätig sind, unabhängig davon, ob sie Gewinn erzielen wollen“. Dies berücksichtigt die Entscheidung in der Sache *Stiching Redmond*.

§ 3 Abs. 5 bestimmt, dass „die verwaltungsrechtliche Umorganisation öffentlicher Verwaltungseinheiten oder die Übertragung von Verwaltungstätigkeiten von einer Behörde auf eine andere kein Betriebsübergang im Sinne der Verordnung ist.“ Damit wird Art. 1 (c) der Richtlinie von 2001 Rechnung getragen, durch den wiederum die EuGH-Entscheidung im Fall *Henke* in die Gesetzgebung eingeflossen ist.

Besonders wichtig ist, dass § 3 Abs. 1 (a) dieselbe Definition des Begriffs „Betriebsübergang“ übernimmt, wie sie in der Richtlinie von 2001 und in den Entscheidungen von *Vidal & Others* enthalten ist.

Zweitens gewährt § 3 Abs. 1 (b) Schutz nach Maßgabe der Verordnung im Fall des „Wechsels eines Dienstleisters“. Dieses Konzept ergibt sich weder aus der Richtlinie von 2001 noch aus der Rechtsprechung des EuGH, so dass es sich hier um eine autonome Regelung in der Verordnung von 2006 handelt. Der Begriff „Wechsel des Dienstleisters“ ist sehr weit definiert (der Volltext ist als Anhang am Ende des Beitrages abgedruckt).

74) *ECM (Vehicle Delivery Service) Ltd v Cox* [1998] IRLR 416, EAT.

75) *ECM (Vehicle Delivery Service) Ltd v Cox* [1999] IRLR 559, CA.

76) *Magna Housing Association Ltd v Turner* EAT/198/98.

77) *ADI (UK) Ltd v Firm Security Group Ltd* [2001] IRLR 542.

78) *RCO Support Services v UNISON* [2002] IRLR 401.

79) *North Wales Training and Enterprise Council Limited (t/a Celtec) v Astley* [2006] UKHL 29, para 92, per Lord Carswell.

Die Definition erfasst im Ergebnis jede Situation, in der eine Person eine Aktivität einstellt, die sodann von einer anderen Person übernommen wird, sofern es vor der Übergabe eine organisierte Gesamtheit von Arbeitnehmern gab, deren Hauptaufgabe es war, die Aktivitäten für den Auftraggeber auszuführen. Die genaue Bedeutung dieser sehr weit gefassten Definition wird in den kommenden Jahren durch die Rechtsprechung bestimmt werden müssen.

Ein potentielles Problem in Bezug auf „Wechsel von Dienstleistern“ entsteht durch die Tatsache, dass – entgegen der ursprünglichen Absicht der Regierung – „professionelle Dienstleistungen“ nicht ausgeschlossen sind. Wo also Banken, Beratungsfirmen, Rechtsanwaltskanzleien, Wirtschaftsprüfer oder Buchhaltungsfirmen einen Hauptkunden, für dessen Geschäfte ein festes Team bereitgestellt wurde, an einen Mitbewerber verlieren, wird es sich wahrscheinlich auch um einen „Wechsel des Dienstleisters“ handeln, welcher unter die TUPE-Verordnung 2006 fällt. Diese Fälle werden sicher in den nächsten Jahren von Interesse sein.

In diesem zweiten Merkmal scheint die TUPE Verordnung von 2006 wohl weit über die Betriebsübergangsrichtlinie und die entsprechende Rechtsprechung hinausgegangen zu sein⁸⁰. Aufgrund der weit reichenden Definition des Begriffs „Wechsel des Dienstleisters“ ist es unwahrscheinlich, dass *Süzen*-Fallgestaltungen im Vereinigten Königreich weiterhin zu Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit Ausgliederungen im öffentlichen Dienst oder in der Privatwirtschaft führen werden. Die neue Verordnung wird im Ergebnis fast alle Erscheinungsformen von Ausgliederungen erfassen.

Drittens führt die TUPE-Verordnung von 2006 Neuerungen im Bereich der Änderung von Arbeitsbedingungen ein, wenn auch möglicherweise weniger erfolgreich.

§ 4 Abs. 5 verfügt, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer Änderungen der Arbeitsbedingungen vereinbaren können, wenn „der einzige oder hauptsächliche Grund für die Änderung (a) ein mit dem Übergang zusammenhängender wirtschaftlicher, technischer oder organisatorischer Grund ist, der zu Änderungen in der Belegschaft führt; oder (b) nicht im Zusammenhang mit dem Übergang steht“. Dies ist ein Versuch, übernommenen Arbeitnehmern die Vereinbarung geänderter Arbeitsbedingungen unter sehr engen Voraussetzungen zu ermöglichen.

Es bleibt abzuwarten, wie effektiv diese Ausnahme sein wird, da die Abweichung unter Absatz (a) dieser Bestimmung der in *Daddy's Dance Hall* aufgestellten Regel zu widersprechen scheint, welche besagt, dass *jegliche* Verzichtserklärung in Bezug auf Arbeitnehmerrechte, die sich aus der Richtlinie von 2001 ergeben, ungültig sei. Offenbar war die Regierung des Vereinigten Königreichs der Meinung, dass es widersprüchlich sei, die Entlassung eines Arbeitnehmers aus „wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen, die zu Änderungen in der Belegschaft führen“, zu erlauben, nicht aber Vertragsänderungen aus denselben Gründen. Diese Überlegungen sind zwar logisch bestechend, haben aber keine Grundlage in der Richtlinie und widersprechen wohl der Rechtsprechung des EuGH⁸¹ und des EAT⁸².

Viertens und letztens regeln § 4 Abs. 7 bis 9 der TUPE-Verordnung von 2006 die Möglichkeit eines Arbeitnehmers, einem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu widersprechen. Kurz gefasst bestimmt § 4 Abs. 7 und 8, dass ein Arbeitnehmer dem Übergang widersprechen kann; macht er hiervon Gebrauch, so (i) endet sein Arbeitsverhältnis am Tage des Übergangs und (ii) er wird so behandelt, als sei er nicht vom Arbeitgeber entlassen worden. Eine einzige Ausnahme wird dann gemacht, wenn ein Arbeitnehmer dem Übergang widerspricht, weil der Übergang zu einer erheblichen Änderung seiner Arbeitsbedingungen führen würde. In diesem Fall wird der Arbeitnehmer behandelt, als sei er „vom Arbeitgeber“ entlassen worden (§ 4 Abs. 9).

VII. Ergebnis

Die obige Analyse führt zu drei Schlussfolgerungen. Erstens hat das Vereinigte Königreich nicht nur gelernt, mit der Betriebsübergangsrichtlinie zu leben, sondern hat sogar begonnen, deren Leitlinien in einem weiteren Umfang anzunehmen als der EuGH selbst. Insbesondere hat die britische Regierung in der Verordnung 2006 eine extrem weite Definition von „Betriebsübergang“ aufgestellt, in der Hoffnung, dass die Rechtssicherheit, die die Arbeitgeber im Ergebnis erhalten, die wirtschaftlichen Kosten verringerter Flexibilität überwiegen wird.

Zweitens und allgemeiner: Die Geschichte der Betriebsübergangsrichtlinie im Vereinigten Königreich liefert ein beeindruckendes Bild für die Effektivität der Mechanismen, die das Gemeinschaftsrecht entwickelt hat, die Auslegung einer Richtlinie in einem Mitgliedstaat auf eine Linie mit ihrem Sinn und Zweck zu bringen. Die drei oben erläuterten Phasen zeigen den Weg von einer anfangs kaum verborgenen Ablehnung der Richtlinie über eine Phase der Spannung bis hin zur gegenwärtigen Situation, in der der in der TUPE-Verordnung von 2006 gewährte Schutz weit über die Richtlinie hinausgeht.

Drittens und letztens: Es wäre einfach, diese Entwicklung dem Wechsel der Regierung – von den Konservativen zu Labour im Jahre 1997 und der daraus resultierenden unterschiedlichen Sozialpolitik – zuzuschreiben; dies wäre jedoch unzutreffend. Wie oben erläutert, hatten die meisten der grundlegenden Veränderungen bis 1997 bereits stattgefunden. In der Hauptphase ab den späten 80er Jahren übten (i) die nationalen Gerichte; (ii) der EuGH; und (iii) die Kommission Druck auf das Vereinigte Königreich aus, die Auslegung der Betriebsübergangsrichtlinie zu ändern.

Anhang

Definition von „Wechsel des Dienstleisters“ in § 3 der TUPE-Verordnung von 2006:

„3. – (1) Diese Verordnung gilt für –

...

(b) den Wechsel eines Dienstleisters, wobei dies eine Situation ist, in welcher –

(i) Aktivitäten eingestellt werden, die von einer Person („einem Auftraggeber“) für sich selbst ausgeführt wurden, und stattdessen nun von einer anderen Person („einem Auftragnehmer“) für den Auftraggeber ausgeführt werden;

(ii) Aktivitäten eingestellt werden, die von einem Auftragnehmer für den Auftraggeber ausgeführt wurden (unabhängig davon, ob diese Aktivitäten zuvor von dem Auftraggeber für sich selbst ausgeführt wurden), und stattdessen nun von einer anderen Person („einem nachfolgenden Auftragnehmer“) ausgeführt werden; oder

(iii) Aktivitäten eingestellt werden, die von einem Auftragnehmer oder einem nachfolgenden Auftragnehmer für den Auftraggeber ausgeführt wurden (unabhängig davon, ob diese Aktivitäten zuvor von dem Auftraggeber für sich selbst ausgeführt wurden), und stattdessen nun vom Auftraggeber für sich selbst ausgeführt werden,

und in welcher die in Abs. 3 dargelegten Voraussetzungen erfüllt werden.

...

(3) Die Voraussetzungen, auf die in Abs. 1 (b) verwiesen wird, sind, dass –

(a) unmittelbar vor dem Wechsel des Dienstleisters –

(i) eine sich in Vereinigtes Königreich befindende Gruppe von Arbeitnehmern existiert, deren Hauptziel es ist, die entsprechenden Aktivitäten für den Auftraggeber durchzuführen;

(ii) der Auftraggeber beabsichtigt, die Aktivitäten nach dem Wechsel des Dienstleisters an den übernehmenden Dienstleister zu übergeben, soweit es sich nicht um ein einmaliges Ereignis oder eine kurzfristige Aufgabe handelt; und

(b) die entsprechenden Aktivitäten nicht ausschließlich oder hauptsächlich in der Lieferung von Gütern an den Auftraggeber bestehen.“

80) Wie in § 38 des Employment Rights Act 1999 vorgesehen.

81) Sache 324/86 *Forcingen af Arbejdsledere i Danmark v Daddy's Dance Hall* [1988] ECR 739.

82) *CSFB (Europe) Ltd v Padiachy* [1998] IRLR 504, QBD; *CSFB (Europe) Ltd v Lister* [1998] IRLR 700, CA.