

Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

Band 10

**Gestaltbarkeit der unqualifizierten
Auftragsnachfolge durch Tarifverträge
zur Personalüberleitung**

Von

Christopher Siemon



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTOPHER SIEMON

Gestaltbarkeit der unqualifizierten Auftragsnachfolge
durch Tarifverträge zur Personalüberleitung

Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

Band 10

Gestaltbarkeit der unqualifizierten Auftragsnachfolge durch Tarifverträge zur Personalüberleitung

Von

Christopher Siemon



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen hat diese Arbeit
im Jahre 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2747-9021
ISBN 978-3-428-18744-7 (Print)
ISBN 978-3-428-58744-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Tätigkeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht von Herrn Prof. Dr. Olaf Deinert. Für die Drucklegung ist sie punktuell überarbeitet und aktualisiert worden. Rechtsprechung und Literatur sind bis Mitte Juli 2022 berücksichtigt.

Mein Dank gilt in erster Linie meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Olaf Deinert, für seine umfassende Unterstützung und die wissenschaftliche Freiheit, eigene Ansätze entwickeln zu können. Ihm und dem von ihm betreuten Moot-Court-Wettbewerb am Bundesarbeitsgericht verdanke ich es, dass mein Interesse am Arbeitsrecht geweckt wurde.

Ebenso danke ich Herrn Prof. Dr. Rüdiger Krause für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Ohne die Teilnahme an seinem Seminar zum Europäischen Arbeitsrecht, in dem ich an die Untiefen des Betriebsübergangsrechts herangeführt wurde, wäre das Ergebnis meiner Themensuche womöglich ein anderes gewesen.

Die angenehme und konstruktive Atmosphäre am Göttinger Institut für Arbeitsrecht, an dem ich – zunächst als Studentische Hilfskraft – insgesamt mehr als fünf Jahre tätig war, werde ich stets in guter Erinnerung bewahren.

Herrn Prof. Dr. Thomas Mann danke ich, dass er den Vorsitz der Prüfungskommission übernommen hat. Die Disputatio fand am 22. Juni 2022 statt.

Besonderer Dank gilt schließlich meinen Eltern, Andrea und Frank Siemon, die mir in jeder Phase meines Lebens mit Verständnis und Zuversicht begegnen. Ohne ihren bedingungslosen Rückhalt und ihre fortlaufende Unterstützung wäre die Verwirklichung meiner Ziele nicht denkbar. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Göttingen, im Juli 2022

Christopher Siemon

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
I. Gegenstand der Untersuchung	19
II. Gang der Untersuchung	21
B. Die unqualifizierte Auftragsnachfolge	23
I. Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes	23
1. Internes Outsourcing vs. Externes Outsourcing	25
2. Inhouse Outsourcing vs. Outhouse Outsourcing	26
3. First Generation Outsourcing vs. Second Generation Outsourcing	27
4. Zwischenergebnis	28
II. Rechtliche Ausgestaltung der Auftrags(neu)vergabe	29
III. Motivation zur Auftrags(neu)vergabe	30
1. Vorteile und Chancen	30
a) Auftragserstvergabe	30
b) Auftragsneuvergabe	32
2. Nachteile und Risiken	32
a) Auftragserstvergabe	32
b) Auftragsneuvergabe	33
3. Zwischenergebnis	33
4. Gerichtliche Überprüfbarkeit	33
IV. Verhältnis zum Betriebsübergangsrecht	34
1. Rechtsquellen	35
2. Schutzzweck	36
a) Sozialer Arbeitnehmerschutz	36
b) Gewährleistung eines gerechten Interessenausgleichs	38
c) Marktfunktionale Harmonisierung	39
3. Abgrenzung	40
a) Wirtschaftliche Einheit	41
aa) Begriffsentwicklung	42
bb) Begriffsbestimmung	43
(1) Organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen	44
(2) Wirtschaftliche Tätigkeit mit eigener Zielsetzung	48
(3) Auf Dauer angelegt	48
cc) Schlussfolgerung	51

b) Rechtsgeschäftlicher Übergang	52
aa) Herleitung einer primär teleologischen Auslegung	52
bb) Stellungnahme	55
cc) Erstreckung auf Umwandlungen	57
c) Wahrung der Identität	60
aa) Erhalt des Wertschöpfungszusammenhangs	60
bb) Sieben-Punkte-Katalog	62
(1) Art der betreffenden Einheit	64
(a) Betriebsmittelgeprägte Einheiten	66
(aa) Eigenwirtschaftliche Nutzung	67
(bb) Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszu- sammenhangs	69
(cc) Alternativer Ansatz	72
(dd) Stellungnahme	73
(b) Personalgeprägte Einheiten	73
(aa) Zulässigkeit des Kriteriums	74
(bb) Differenzierung nach Qualifikationsgrad der Arbeitneh- mer	75
(α) Hochqualifizierte Arbeitnehmer	77
(β) Geringqualifizierte Arbeitnehmer	79
(cc) Indizielle Bedeutung des bloßen Angebots zur Weiterbe- schäftigung	80
(dd) Personalübernahme aufgrund Tarifvertrag	81
(c) Gemischte Einheiten	83
(2) Übergang der Kundschaft	85
(3) Ähnlichkeit der Tätigkeit	87
(4) Unterbrechung der Tätigkeit	89
(5) Änderung der Organisationsstruktur	90
cc) Feststellungszeitpunkt	93
dd) Schlussfolgerung	94
d) Zwischenergebnis	95
4. Abdingbarkeit und Gestaltungsmöglichkeiten	97
V. Besonderheit Vergaberecht	101
1. Öffentlicher Personennahverkehr	101
a) Europäisches Sekundärrecht	102
aa) Anwendungsbereich	102
bb) Regelungsgehalt	104
(1) Übernahme von Personal	104
(2) Einhaltung von Sozialstandards	112

b) Korrespondierendes nationales Recht	113
aa) Bundesrecht	114
bb) Landesrecht	119
2. Bodenabfertigung auf Flughäfen	120
a) Deutsche Rechtslage	120
b) Italienische Rechtslage	122
c) Unionsrechtswidrigkeit beider Regelungen	122
d) Verordnungsvorschlag der EU-Kommission	123
3. Stellungnahme	124
C. Zweckmäßigkeit	127
I. Vorüberlegungen	127
II. Regelungsinteresse der Beteiligten	128
1. Auftraggeber	128
2. Belegschaft des Auftragsvorgängers	129
3. Auftragsvorgänger	132
4. Belegschaft des Auftragsnachfolgers	133
5. Auftragsnachfolger	135
6. Gemeinsame Interessen und Vergleich	139
III. Stichhaltigkeit etwaiger Bedenken	140
1. Kein Erhalt des Wertschöpfungszusammenhangs	141
a) Betriebsmittelgeprägte Einheiten	141
b) Personalgeprägte Einheiten	141
c) Gemischte Einheiten	142
d) Zwischenergebnis	142
2. Verstoß gegen Grundprinzipien der Marktordnung	143
3. Inkompatibilität mit gewerkschaftspolitischem Selbstverständnis	145
4. Unternehmerischer Flexibilitätsverlust	146
IV. Schlussfolgerung	149
D. Denkbare Regelungen am Beispiel existierender Tarifverträge	151
I. Deutschland	152
1. TV Betreiberwechsel I/II	152
a) Regelungsgehalt	153
b) Vergleich zu den gesetzlichen Spezialvorschriften	155
c) Problematik	156
2. TV PÜ SPNV GDL	157
a) Regelungsgehalt	157
b) Stellungnahme	159
3. Schlussfolgerung und Ausblick	160

II. Europäisches Ausland	160
1. Spanien	161
2. Belgien	163
3. Schlussfolgerung	163
E. Tarifvertragliche Regelbarkeit	165
I. Beiderseitige Tariffähigkeit und -zuständigkeit	165
1. Tariffähigkeit	165
2. Tarifzuständigkeit	167
II. Umfang und Grenzen der Tarifmacht	168
1. Tarifautonomie	168
a) Begriffsbestimmung und Abgrenzung	168
b) Gewährleistung und Auslegungsspezifika	170
c) Inhalt und Schranken	171
d) Stellungnahme	177
2. Inhalt des Tarifvertrags	177
a) Normsetzungsbefugnis	178
b) Normtypus	179
aa) Ausgestaltung	180
(1) Abschlussnorm	180
(2) Beendigungsnorm	184
(3) Betriebsnorm	186
(4) Doppelnorm	187
bb) Konsequenz für nachfolgende Auftragsneuvergaben	188
cc) Schlussfolgerung	189
c) Schranken	189
aa) Grundrechte	190
(1) Grundrechtsgebundenheit der Tarifvertragsparteien	190
(2) Normunterworfenen Grundrechtsträger	194
(a) Auftragsnachfolger	194
(aa) Doppelfunktion der Unternehmensautonomie	195
(bb) Vertragsabschlussfreiheit	196
(α) Kongruenz von Arbeitskräftebedarf und Personal- übernahme	196
(β) Inkongruenz von Arbeitskräftebedarf und Personal- übernahme	196
(cc) Vertragsauswahlfreiheit	199
(dd) Vertragsinhaltsfreiheit	200
(ee) Zwischenergebnis	202
(b) Auftragsvorgänger	203
(c) Belegschaft des Auftragsvorgängers	204

(d) Belegschaft des Auftragsnachfolgers	206
(3) Zwischenergebnis	206
bb) Sonstiges Verfassungsrecht	207
cc) Einfaches Gesetzesrecht	207
(1) Betriebsübergangsrecht	208
(2) Kündigungsschutzrecht	209
(3) Wettbewerbsrecht	213
dd) Zwischenergebnis	214
d) Regelungstechnik	215
3. Schlussfolgerung	216
F. Arbeitskampfrecht	218
G. Im Überblick: Tarifgeltung	221
I. Bloße Anreize	222
II. Regulatorische Vorgaben	222
III. Allgemeinverbindlichkeit	223
H. Zusammenfassung in Thesen	224
I. Die unqualifizierte Auftragsnachfolge	224
II. Zweckmäßigkeit und Verbreitung	226
III. Tarifvertragsrecht	227
Literaturverzeichnis	230
Sachwortverzeichnis	253

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Auffassung
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abl.	Arbeitsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb (Fachzeitschrift)
Anm.	Anmerkung
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts – Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell (Fachzeitschrift)
ArbRB	Der Arbeits-Rechtsberater (Fachzeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater (Fachzeitschrift)
Bd.	Band
Begr.	Begründer
BeschFG	Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BR-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundesrates
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts (amtliche Sammlung)
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (amtliche Sammlung)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DB	DER BETRIEB (Fachzeitschrift)
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe/dieselben
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Fachzeitschrift)
DSiR	Deutsches Steuerrecht (Fachzeitschrift)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
E	Gesetzentwurf

ebd.	ebenda
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EL	Ergänzungslieferung
Erwg.	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVG	Eisenbahn- und Verkehrsgewerkschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f.	und die/der folgende
ff.	und die folgenden
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt/Generalanwältin des EuGH
GewArch	Gewerbearchiv (Fachzeitschrift)
GewO	Gewerbeordnung
GDL	Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Fachzeitschrift)
Habil.-Schr.	Habilitationsschrift
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
i. d. F. v.	in der Fassung vom
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
insb.	insbesondere
ILO	International Labour Organization (Internationale Arbeitsorganisation)
IR	InfrastrukturRecht (Fachzeitschrift)
i. R. d.	im Rahmen des/der
i. S. d.	im Sinne des
IT	Informationstechnik
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
jM	juris – Die Monatszeitschrift
jurisPR-ArbR	juris PraxisReport Arbeitsrecht
jurisPR-InsR	juris PraxisReport Insolvenzrecht
JuS	Juristische Schulung (Fachzeitschrift)
JZ	JuristenZeitung (Fachzeitschrift)
Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz (Fachzeitschrift)
krit.	kritisch

LAG	Landesarbeitsgericht
lit.	Buchstabe
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung (Fachzeitschrift)
Ls.	Leitsatz
LTTG	Landestarifreugesetz
m. w. N.	mit weiterem Nachweis/mit weiteren Nachweisen
m. W. v.	mit Wirkung vom
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Fachzeitschrift)
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-Beil.	Beilage zur Neuen Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht: Rechtsprechungs-Report
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
RdA	Recht der Arbeit (Fachzeitschrift)
RdA-Beil.	Beilage zur Recht der Arbeit
RG	Reichsgericht
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rs.	Rechtssache
S.	Seite oder Satz
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Fachzeitschrift)
SGB II	Zweites Buch des Sozialgesetzbuches
SGB III	Drittes Buch des Sozialgesetzbuches
Slg.	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
sog.	sogenannt/-er/-e/-es
SR	Soziales Recht (Fachzeitschrift)
Techn. Univ.	Technische Universität
TVG	Tarifvertragsgesetz
u. a.	je nach Kontext: und andere; unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
u. d. T.	unter dem Titel
UmwG	Umwandlungsgesetz
Univ.	Universität
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom
v. a.	vor allem
Var.	Variante
VergabeR	Vergaberecht (Fachzeitschrift)
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
vs.	Versus
V+T	Verkehr und Technik (Fachzeitschrift)
WSI-Mitt.	WSI-Mitteilungen (Fachzeitschrift)

ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
z. B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZFA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert (als)
ZLW	Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht
z. T.	zum Teil
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
zugl.	zugleich
zust.	zustimmend

A. Einleitung

„Never change a winning team.“ Dieser auf den Fußballtrainer Sir Alfred Ernest Ramsey zurückgehende Grundsatz führte die englische Nationalmannschaft nicht nur zum Sieg bei der Fußball-Weltmeisterschaft 1966, sondern fand in anderer Formulierung („Das Personal folgt den Aufgaben.“¹) auch Einzug in die personelle Verwaltungsorganisation. Dies legt nahe, dass ein universelles Interesse erwachsen kann, bestehende Strukturen weiter zu nutzen, statt neue aufzubauen.

I. Gegenstand der Untersuchung

Der vorstehende Gedanke soll im Folgenden auf sog. Auftragsnachfolgen übertragen werden: Dabei handelt es sich um zweiaktige Vorgänge, in denen ein Auftraggeber² einen Auftrag, den er bereits an einen Auftragnehmer fremdvergeben hatte („Auftragsvorgänger“), auf einen anderen Auftragnehmer überträgt („Auftragsnachfolger“). Relevant wird dabei vor allem das Recht des Betriebsübergangs gemäß § 613a BGB: Sofern die Neuvergabe eines Auftrags zur Folge hat, dass eine wirtschaftliche Einheit identitätswahrend auf den Auftragsnachfolger übergeht, handelt es sich nach gefestigter Rechtsprechung um einen Betriebs(teil)übergang³ (ausführlich B.IV.3.). In diesem Fall soll es sich im Folgenden um eine „qualifizierte“ Auftragsnachfolge, andernfalls um eine „unqualifizierte“ Auftragsnachfolge handeln.⁴

¹ Zu finden in einer Vielzahl von landes- und bundesrechtlichen Normen, z. B. § 6c SGB II; für weitere Beispiele siehe *Sittard*, FS Willemsen, 2018, S. 527 (532).

² Zur besseren Lesbarkeit wird das generische Maskulinum verwendet, wobei alle Geschlechter gleichermaßen gemeint sind.

³ Da der Betriebsübergang und der Betriebsteilübergang – vom eigentlichen Transaktionsobjekt abgesehen – denselben Tatbestandsvoraussetzungen unterliegen, wird im Folgenden vereinfachend der Begriff „Betriebsübergang“ für beide Vorgänge verwendet.

⁴ Nicht selten ist von einer „bloßen“ Funktions- bzw. Auftragsnachfolge die Rede. Dies legt begrifflich jedoch nahe, dass einzig die Nachfolge der Funktion bzw. des Auftrags angetreten wird. Wie sich noch zeigen wird, kann der Funktions- bzw. Auftragsnachfolger aber selbst das gesamte Personal übernehmen, ohne dass der Tatbestand des Betriebsübergangs erfüllt sein muss (siehe unten B.IV.3.c)bb)(1)(b)(bb)). Das Adjektiv „bloß“ ist mithin irreführend. Gleiches gilt für die Adjektive „rein“ (so aber u. a. BAG, 14. 8. 2007 – 8 AZR 1043/06 – AP Nr. 325 zu § 613a BGB; *Müller-Bonanni*, RdA 2016, 270; *Bayreuther*, NZA 2020, 1505), „klassisch“ (so aber u. a. Beisel/Klumpp-Beisel, Der Unternehmenskauf, § 10 Rn. 15), „gewöhnlich“ (so aber u. a. *Bayreuther*, NZA 2014, 1171 [1174]) und „isoliert“ (so aber u. a. *Ekkenga*, ZIP 1995, 1225; *Langenbacher*, Anm. zu BAG, 13. 11. 1997 – 8 AZR 295/95, SAE 1998, 145). Das gleiche gilt jedenfalls dann, wenn eine Abgrenzung zum Betriebsübergang vorgenommen werden soll,

Während im Falle einer qualifizierten Auftragsnachfolge die Rechtsfolgen des § 613a BGB ausgelöst werden, denen zufolge der Auftragsnachfolger in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen seines Vorgängers eintritt, erfahren die von einer unqualifizierten Auftragsnachfolge betroffenen Arbeitnehmer keinen Bestandsschutz. Hat der Auftragsvorgänger nach dem Verlust eines Auftrags keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für seine Arbeitnehmer, sehen sich diese gegebenenfalls betriebsbedingten Kündigungen ausgesetzt. In besonderem Maße sind davon die ohnehin vulnerablen Arbeitnehmergruppen gefährdet; so wird es insbesondere geringqualifizierten Arbeitnehmern schwerfallen, Fuß auf dem freien Arbeitsmarkt zu fassen.

Obwohl das „sachliche Substrat“ durch den Wandel zur Dienstleistungsgesellschaft zunehmend durch das „personale Substrat“ verdrängt wurde, wird das Personal im betriebsübergangsrechtlichen Kontext häufig als Belastung (sog. „Dealbreaker“) empfunden. Dennoch kann eine Personalüberleitung vom Auftragsvorgänger auf dessen Nachfolger auch im Interesse des Auftraggebers und beider Auftragnehmer sein. Übernimmt der Auftragsnachfolger die bereits mit der Funktion vertrauten Arbeitnehmer seines Vorgängers, kann er – und damit auch der Auftraggeber – von ihrer Fachkenntnis und Erfahrung profitieren. Darüber hinaus werden Auftragsnachfolgen durch Personalübernahmen kalkulierbar, sodass Risiken gemindert werden, die übertragene Funktion mangels genug und/oder geeignetem Personal nicht vereinbarungsgemäß verrichten zu können.⁵ Spiegelbildlich kann sich der Auftragsvorgänger von Personal, für das infolge des Auftragsverlustes kein Bedarf mehr besteht, befreien. Eine geregelte Personalüberleitung könnte sich insofern für alle Beteiligten als Win-Win-Situation darstellen.⁶

Während sich der Rechtsgrund einer Personalüberleitung bei der qualifizierten Auftragsnachfolge aus dem Gesetz ergibt, stellt sich bei ihrem unqualifizierten Pendant die Frage, ob bzw. inwieweit eine Personalüberleitung auf anderem Wege herbeigeführt werden kann. Im Betriebsübergangsrecht wird das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber entkoppelt und vom Fortbestand der sog. „wirtschaftlichen Einheit“ abhängig gemacht. Dieses Verständnis könnte auch bei der unqualifizierten Auftragsnachfolge angelegt werden. Wertet man die Literatur zur unqualifizierten Auftragsnachfolge aus, fällt allerdings auf, dass sie lediglich als Begleiterscheinung zum Betriebsübergang auftritt. Selbst im Rahmen der Abgrenzung findet sie al-

auch für das Weglassen jedweden vorangestellten Adjektivs (so aber u. a. *Röder/Baeck*, NZA 1994, 542).

⁵ Konstellationen, in denen der Auftraggeber die vereinbarungsgemäße Verrichtung seiner übertragenen Funktion verlangt, aber der Auftragnehmer wegen Personalknappheit nicht Folge leisten kann, wird dadurch begegnet. Dem Auftraggeber bleibt andernfalls nur die Polemik: „Wir können dem Vertragspartner nicht vorschreiben, wie er den Vertrag nicht erfüllt.“ So *Franz*, zitiert nach *Bus&Bahn*, Nachrichten v. 2. 10. 2019, abrufbar unter: <https://www.busundbahn.de/nachrichten/unternehmen-maerkte/detail/news/s-bahn-hannover-viele-ausfaelle.html> (zuletzt abgerufen: 15. 7. 2022).

⁶ So auch die Eingangsvermutung von *Schweibert/Herrmann*, NZA 2018, 1294.

lenfalls dann Beachtung, wenn ihr Verständnis zur Vermeidung eines Betriebsübergangs benötigt wird.⁷

Als Rechtsgrund einer Personalüberleitung soll im Folgenden der Tarifvertrag untersucht werden. Traditionell regeln Tarifverträge insbesondere Lohn und Arbeitszeit. Fasst man Art. 9 Abs. 3 GG als zukunfts offenes Grundrecht auf, sind aber auch darüber hinausgehende Regelungen der Tarifvertragsparteien denkbar.⁸ Mit Deinert⁹ ist davon auszugehen, dass „der Tarifvertrag in den vergangenen Jahrzehnten der wesentliche Gestaltungsfaktor des deutschen Arbeitsrechts“ und „maßgeblicher Garant des sozialen Friedens in der Bundesrepublik“ war. Während entsprechende Tarifverträge im europäischen Ausland teils seit vielen Jahren existieren, hat die Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL) mit dem am 7. Februar 2020 abgeschlossenen „Tarifvertrag zum Personalübergang bei Wechsel des Betreibers einer Schienenpersonennahverkehrsleistung“ Neuland¹⁰ in der deutschen Tariflandschaft betreten. Nach Däubler gilt: „Was im konkreten Fall durchgesetzt wurde, kann nicht mehr generell ins Reich der Utopie verwiesen werden.“¹¹

II. Gang der Untersuchung

Ausgangspunkt der Untersuchung ist die Konkretisierung der Auftragsnachfolge in Abgrenzung zu wirtschaftlich verwandten Vorgängen (B.I.). Die Notwendigkeit, den Untersuchungsgegenstand begrifflich und inhaltlich einzuengen, ergibt sich daraus, dass es an einer Legaldefinition der Auftragsnachfolge fehlt und im deutschen Sprachraum diverse Begriffe verwendet werden, denen teilweise keine unzweideutige Bedeutung zugeordnet wird. Daran schließt sich die rechtliche Ausgestaltung der Auftragsnachfolge (B.II.) und die Motivation des Auftraggebers zur Auftrags(neu)vergabe (B.III.) an. Durch den primär unionsrechtlich geprägten Tatbestand des § 613a BGB soll die hier relevante unqualifizierte Auftragsnachfolge sodann von ihrem qualifizierten Pendant abgegrenzt werden (B.IV.). Wie sich anhand von vergaberechtlichen Spezialvorschriften zur Personalübernahme infolge eines Betreiberwechsels zeigt, ist die durch das Betriebsübergangsrecht vermittelte Gegensätzlichkeit von qualifizierter und unqualifizierter Auftragsnachfolge allerdings angreifbar (B.V.). Ob bzw. inwieweit sich Tarifverträge zur Personalüberleitung in

⁷ Vgl. etwa *Fuhrott*, NZA 2013, 183 (184).

⁸ So halten *Schweibert/Herrmann*, NZA 2018, 1294 ff. Tarifverträge zur Regelung einer Personalübernahme infolge eines Dienstleisterwechsels für möglich; vorsichtig zust. *Bittner*, Anm. zu EuGH, 11. 7. 2018 – C-60/17 (Somoza Hermo), ZESAR 2019, 126 (130): „Dagegen sind solche tarifvertraglichen Regelungen für Auftragsübernahmen ‚jenseits von § 613a BGB‘ durchaus denkbar.“

⁹ *Deinert*, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. 2,1, S. K11.

¹⁰ Siehe allerdings bereits die TV Betreiberwechsel I/II (näher D.I.).

¹¹ *Däubler*, ZTR 2000, 241 (244) in Bezug auf die Vereinbarung eines Personalüberleitungstarifvertrags (allerdings im Anwendungsbereich des § 613a BGB).