

Betriebsübergang durch „Vertragsnachfolge“

Von RA Dr. Georg Schima

1. Problemstellung

Nicht ganz drei Jahre ist in Österreich das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG)¹⁾ in Kraft. Der nur vier Paragraphen umfassende „Kerninhalt“ des Gesetzes – der Übergang von Arbeitsverhältnissen bei Unternehmens-, Betriebs- und Betriebsteilübergang – hat seither im Schrifttum lebhaft Resonanz erfahren²⁾ und kürzlich auch zu den ersten beiden Entscheidungen des OGH³⁾ geführt.

Der Befund von *Holzer*⁴⁾, daß die durch das AVRAG geschaffene Rechtslage in der Praxis nur „zögernde Akzeptanz“ erfahre, ist aus der Sicht des mit der praktischen Anwendung des Gesetzes befaßten Verfassers jedenfalls insoweit richtig, als das Gesetz – freilich nicht ganz zu Unrecht – als Faktor betrachtet wird, der Unternehmens- und Betriebs(teil)übertragungen zwar kaum verhindert, wohl aber gelegentlich beträchtlich erschwert und fast immer verteuert, sodaß „Vermeidungsstrategien“ der unterschiedlichsten Art gesucht werden.

¹⁾ BGBl 1993, 459 idF BGBl 1994, 450.

²⁾ Ohne Anspruch auf Vollständigkeit vgl. *G. Schima*, Automatischer Übergang von Arbeitsverträgen bei Betriebsinhaberwechsel; Neue Rechtslage – Vorsicht beim Unternehmenskauf, RdW 1993, 216 ff; *Köck*, Widerspruch des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang, *ecolex* 1993, 547 ff; *Schrank*, Eintrittsautomatik bei Betriebsübergang, *ecolex* 1993, 541 ff, 622 ff; *Schrank*, Betriebsvereinbarungen bei Betriebsübergang, *ecolex* 1993, 614 ff; *Tomandl*, Arbeitsrechtliche Konsequenzen beim Übergang eines Betriebsteiles, ZAS 1993, 193 ff; *Grillberger*, Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis – Neuregelung durch das AVRAG, WBI 1993, 305 ff; *Wiesinger*, Partielle Gesamtrechtsnachfolge und Arbeitsvertrag, *ecolex* 1993, 619 ff; *Andexlinger-Spitzl*, Betriebsübergang und Bestandschutz, RdW 1994, 404 f; *Windisch-Grätz*, Übertragung von Ordinationen, RdM 1994, 111 ff; *Ernst*, Arbeitsvertragsübergang begünstigter Behinderter im Rahmen des AVRAG, DRdA 1994, 475 ff; *F. Harrer*, Aktuelle Anpassungsprobleme im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, WBI 1994, 361 ff; *Gahleitner*, Arbeitgeberhaftung bei Betriebsübergang, *ecolex* 1994, 694 ff; *Oppitz*, Dienstwohnung und Betriebsübergang, *ecolex* 1994, 699 ff; *Wiesinger*, Haftung für Betriebspensionen und Abfertigungen beim Betriebsübergang, *ecolex* 1994, 702 ff; *Tinhofer*, Betriebsübergang und Kündigung – keine Neuregelung durch das AVRAG?, WBI 1994, 321 ff; *Waas*, Betriebsübergang durch „Funktionsnachfolge“?, EuZW 1994, 528; *Tomandl* (Hrsg.), Der Betriebs(teil)übergang im Arbeitsrecht [1995]; *Andexlinger*, Folgepflicht bei Betriebsverlegung, *ecolex* 1995, 45 ff; *Peschek*, Die Nachwirkung von Kollektivverträgen beim Betriebsübergang, RdW 1995, 183 ff; *Rabanser*, Betriebsrat und Betriebsvereinbarung bei Betriebs(teil)übergang, WBI 1995, 173 ff; *Schrammel*, Rechtsfragen des Betriebsüberganges, ZAS 1995, 6 ff; *Köck*, Betriebsteilübergang durch „Funktionsnachfolge“, *ecolex* 1994, 777 f; *Windisch-Graetz*, Zwischenabfertigung bei Betriebsübergang, *ecolex* 1994, 773 ff; *Gahleitner*, Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsübergang, DRdA 1994, 380 ff; *Kirschbaum*, Anm zu EuGH 14. April 1994, C-392/92 – Christel Schmidt, DRdA 1994, 353; *Holzer*, Kündigungen bei Betriebsübergängen, DRdA 1995, 375 ff; *Lengauer*, Kündigung im Betriebsübergang – Staatshaftung?, *ecolex* 1996, 30 ff; *Binder*, Die österreichische Betriebsübergangsregelung – Eine geglückte Bedachtnahme auf die europarechtlichen Vorgaben?, DRdA 1996, 1 ff; *Tinhofer*, Der Wechsel des Vertriebshändlers als Betriebsübergang, RdW 1996, 211 ff.

³⁾ OGH 11. 10. 1995, 9 Ob A 97/95, RdW 1996, 74 f; OGH 12. 10. 1995, 8 Ob A 15/95, RdW 1996, 71 ff.

⁴⁾ DRdA 1995, 380.

Darüber hinaus ist – vor allem beim „kleinen“ Unternehmenskauf – das bloße Faktum der Geltung der durch das AVRAG geschaffenen Rechtslage noch keineswegs durchgängig bekannt, sodaß sich in der anwaltlichen Beratung verstärkt das – vom OGH schon gelegentlich behandelte – Problem der Aufklärungspflicht auch gegenüber der Gegenpartei verstärkt stellt.

Gleichwohl sind die durch das AVRAG hervorgerufenen Schwierigkeiten beim „klassischen“ Betriebs- und Unternehmenskauf, bei dem ein Veräußerer und ein Erwerber durch ein *zwischen ihnen geschlossenes Rechtsgeschäft* eine organisatorisch abgegrenzte und aus materiellen wie immateriellen Betriebsmitteln bestehende wirtschaftliche Einheit übertragen, im Regelfall zu meistern.

In ihrer Vielfalt fast unüberwindliche und vor allem vertraglich ad hoc weitgehend nicht regelbare Probleme entstehen jedoch in jenem Bereich, für den – betrachtet man die Rsp des EuGH – sowohl die Betriebsübergangs-Richtlinie⁵⁾ als auch das AVRAG zumindest dem Grundsatz nach ebenfalls gilt bzw gelten *kann*: Die Beendigung eines zwischen zwei (physischen oder juristischen) Personen bestehenden Vertragsverhältnisses (Dauerschuldverhältnisses), dessen Inhalt die Wahrnehmung bestimmter Tätigkeiten durch den einen Vertragspartner (man nenne ihn „Vertragsnehmer“) im Auftrag und Interesse des anderen Vertragspartners („Vertragsgeber“) bildet und der anschließende Neuabschluß eines Vertrages über dieselben, gleichartige oder ähnliche Tätigkeiten zwischen dem Vertragsgeber und einem anderen Vertragsnehmer, typischerweise einem Mitbewerber des ersten Vertragsnehmers.

Zu denken ist in erster Linie an Pachtverhältnisse, Vertriebsverträge der unterschiedlichsten Art, wie Handelsvertreter-, Vertragshändler oder Franchisingverträge, Tankstellenverträge, Objektbewachungsverträge, sowie an die Vergabe von Reinigungs- und Wartungsarbeiten oder EDV-Dienstleistungen durch ein Unternehmen etc⁶⁾.

Alle diese Fälle weisen die Besonderheit auf, daß zwischen dem ersten und dem zweiten „Vertragsnehmer“ zunächst keine wie immer gearteten rechtsgeschäftlichen Beziehungen bestehen (solche können freilich im Zuge der „Neuvergabe“ des Vertrages – so zB durch kaufweisen Erwerb von Betriebsmitteln – eigens begründet werden); denkbar ist sogar, daß erster Vertragsnehmer und zweiter Vertragsnehmer voneinander gar keine Kenntnis besitzen.

Einige Beispiele mögen verdeutlichen, worum es geht: Ein Mineralölunternehmen löst den mit einem Tankstel-

⁵⁾ Richtlinie 77/187/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen v 14. 2. 1977, ABi Nr L 61, 26.

⁶⁾ Bei der Neuvergabe eines Vertrages betreffend die Reinigung von Geschirr und Besteck in der krankenhauseigenen Zentralspüle durch ein Krankenhaus an ein Konkurrenzunternehmen des früheren Betreibers hat das deutsche BAG in concreto allerdings keinen Betriebsübergang erblickt: vgl BAG AP Nr 88 zu § 613a BGB; vgl auch *Tomandl*, ZAS 1993, 196.

leninhaber abgeschlossenen (meist sowohl Elemente eines Handelsvertreter- als auch eines Vertragshändlervertrages aufweisenden)⁷⁾ Vertrag mit sofortiger Wirkung auf, weil der Tankstelleninhaber unzulässigerweise nicht mit dem Mineralölunternehmen verrechnete Eigengeschäfte getätigt hat. Die Arbeitnehmer des Tankstelleninhabers stehen auf dem Standpunkt, durch die vorzeitige Auflösung seien ihre Arbeitsverhältnisse gemäß § 3 Abs 1 AVRAG auf das Mineralölunternehmen übergegangen (Fall 1).

Eine Gesellschaft, die mehrere Krankenhäuser betreibt (mit der Betriebsführung dieser Krankenhäuser betraut ist), vergibt aus Kosteneinsparungsgründen den Auftrag zur Reinigung der Krankenhauswäsche neu. Der Auftragsumfang wird dabei erheblich eingeschränkt. Als die bisher damit befaßte Wäscherei erfährt, daß ihr Vertrag aufgelöst und die Arbeiten an ein Konkurrenzunternehmen vergeben werden, löst die Wäscherei die Dienstverhältnisse sämtlicher mit der Vertragsabwicklung befaßter Arbeitnehmer „vorsichtshalber“ auf. Die Arbeitnehmer, vertreten durch die Gewerkschaft, pochen auf § 3 Abs 1 AVRAG und bekämpfen ihre Kündigungen als nichtig. Dem hält das nunmehr beauftragte Wäschereiunternehmen zwei Argumente entgegen: Einerseits sei der Vertragsumfang so erheblich eingeschränkt worden, daß zur Durchführung der Arbeiten nur mehr maximal die Hälfte des früher beschäftigten Personals erforderlich sei, sodaß die bislang beauftragte Wäscherei selbst dann, wenn sie den Auftrag in verkleinerter Form wieder erhalten hätte, zum Ausspruch zahlreicher Kündigungen genötigt gewesen wäre. Andererseits verfüge man über große personelle Kapazitäten aus dem eigenen Beschäftigtenstand, weil gerade ein anderer Wäscherei-Großauftrag verloren gegangen wäre. Es könne von einem Arbeitgeber nicht verlangt werden, eigenes, jahrelang eingeschultes und mit den Besonderheiten des Unternehmens vertrautes Personal nur deshalb zu kündigen, weil das Gesetz dem Arbeitgeber fremdes Personal aufdränge (Fall 2).

Ein Tankstelleninhaber zieht sich altersbedingt in den Ruhestand zurück und löst seinen Vertriebsvertrag unter Einhaltung der Kündigungsfrist auf. Das Mineralölunternehmen bemüht sich intensiv um einen Nachfolger, was jedoch – da es sich um eine etwas entlegene Tankstelle handelt – nicht sofort gelingt. Nach Ablauf der Kündigungsfrist des alten Tankstellenvertrages ist das Mineralölunternehmen daher genötigt, die Tankstelle sechs Wochen lang selbst zu betreiben, wobei dafür zwei der vom früheren Tankstelleninhaber beschäftigten Arbeitnehmer (die übrigen Arbeitnehmer gingen anderswo ein Arbeitsverhältnis ein) und drei eigene, sonst nicht im Tankstellenbereich beschäftigte Mitarbeiter herangezogen werden. Danach übernimmt ein neuer Tankstelleninhaber die Tankstelle und stellt auch die zwei beim früheren Tankstelleninhaber beschäftigten Dienstnehmer an. Wenig später machen diese beiden Arbeitnehmer rückständige Entgeltansprüche (zB für geleistete Überstunden etc) sowohl gegen den neuen Tankstelleninhaber als auch gegen das Mineralölunternehmen geltend. Letzterem gegenüber argumentieren sie damit, daß durch die sechs Wochen dauernde Betreuung der Tankstelle durch das Mineralöl-

unternehmen die Arbeitsverhältnisse zunächst gemäß § 3 Abs 1 AVRAG auf dieses und erst danach auf den neuen Tankstelleninhaber übergegangen seien (Fall 3).

Wie die Beispiele zeigen, sind einige der aufgeworfenen Probleme nur in den Fällen der „Vertragsnachfolge“⁸⁾ denkbar (vgl die Fälle 1 und 3). Andere Schwierigkeiten – zB im Zusammenhang mit betriebsbedingten oder betriebsübergangbedingten Kündigungen – können sich jedoch bei Betriebsübergängen im allgemeinen stellen, treten bei der „Vertragsnachfolge“ allerdings in besonders heikler Form auf (vgl den Fall 2).

2. Vorliegen eines Betriebsüberganges

Wenn eingangs gesagt wurde, daß die Betriebsübergangsrichtlinie und das österreichische Umsetzungs-gesetz AVRAG *grundsätzlich* auch auf Fälle der „Vertragsnachfolge“ anzuwenden sind, so ändert dies nichts daran, daß mE gerade bei solchen Fallkonstellationen besonders genau geprüft werden muß, ob überhaupt ein Betriebs-(teil)übergang vorliegt. Besonders genau zu prüfen ist dies gerade wegen des Fehlens besonderer vertraglicher Beziehungen zwischen erstem und zweitem Vertragsnehmer⁹⁾. Den zweiten Vertragsnehmer (zB Nachpächter) mit den Rechtsfolgen des AVRAG zu belasten, ist ein ganz besonders schwerer Eingriff in dessen Rechtsposition, weil für ihn (jedenfalls gegenüber dem ersten Vertragsnehmer) keinerlei Möglichkeit der vertraglichen Absicherung und Risikoverteilung besteht¹⁰⁾.

⁸⁾ Dieser hier verwendete Begriff wäre von der „Funktionsnachfolge“ abzugrenzen. Unter letzterer versteht das Schrifttum (vgl für die BRD zB J.H. Bauer, Outsourcing out?, BB 1994, 1433 ff in Ablehnung des „Christel-Schmidt-Erkenntnisses“ des EuGH; Köck, eoclex 1994, 777 f; vgl auch Andexlinger, eoclex 1994, 708; Waas, Betriebsübergang durch „Funktionsnachfolge“, EuZW 1994, 528) die bloße Übertragung einer betrieblichen Funktion (zB Reinigungsarbeiten) ohne (ins Gewicht fallendes) materielles und immaterielles (organisatorisches) Substrat. Bei der „Funktionsnachfolge“ – insbesondere in Form des klassischen Outsourcing – besteht regelmäßig zwischen Veräußerer und Erwerber ein vertragliches Verhältnis (darauf weist auch Kirschbaum [DRdA 1994, 353] hinsichtlich der Christel-Schmidt-Entscheidung des EuGH hin). Die „Vertragsnachfolge“ ist dagegen dadurch gekennzeichnet, daß zwischen Veräußerer und Erwerber kein rechtsgeschäftliches Verhältnis besteht, wobei Fälle existieren, in denen ein – typischerweise allerdings von Dritten (nämlich vom „Vertragsgeber“ im Sinne der obigen Terminologie) stammendes – materielles und organisatorisches Substrat übergeht (zB die Neuvergabe von Tankstellenverträgen in jener Ausgestaltungsform, in der das Mineralölunternehmen über die Tankstelle samt Anlagen verfügt), andererseits aber auch Fälle denkbar sind, in denen tatsächlich nur ein Vertragsverhältnis übertragen wird (ein typischer Fall ist die jüngste EuGH-Entscheidung vom 7. 3. 1996, C-171/94, C-172/94 – Ford gegen Merckx und Neuhuys, RdW 1996, 214 ff; dazu unten).

Man könnte daher sagen: Jede „Vertragsnachfolge“ weist gleichzeitig Wesensmerkmale einer „Funktionsnachfolge“ auf, doch nicht in jeder „Funktionsnachfolge“ ist eine „Vertragsnachfolge“ zu erblicken.

⁹⁾ Unten (3.) wird zu prüfen sein, ob in bestimmten Fällen der Vertragsgeber als – „zwischengestalteter“ – Betriebserwerber in Betracht kommt.

¹⁰⁾ Gegenüber dem Vertragsgeber (zB Verpächter) besteht eine solche Möglichkeit dem Grundsatz nach natürlich schon; ein adäquater Ersatz ist diese Möglichkeit aber nicht unbedingt, weil der Vertragsgeber seinerseits wenig Möglichkeit hat, auf

⁷⁾ Vgl Runggaldier/G. Schima, Der Tankstelleninhaber, unveröff GA (1986) 24 ff, 47 ff.

Dieses Problem erkannte das deutsche BAG schon vor längerem, als es in einer Entscheidung aus dem Jahre 1981¹¹⁾ erstmals die Frage zu beurteilen hatte (und sie letztlich bejahte) ob ein Pächter, der einen Betrieb im Anschluß an die beendete Pacht eines früheren Pächters pachtet, in die Rechte und Pflichten der mit dem ersten Pächter bestehenden Arbeitsverhältnisse nach § 613a BGB eintritt¹²⁾. Das BAG führte damals aus, daß es nicht verkenne, „daß es für den zweiten nachfolgenden Pächter haftungsrechtliche Probleme geben kann“. Letztlich pflichtete das BAG aber dem Berufungsgericht bei, daß auch in jenen Fällen, wo keine unmittelbaren rechtsgeschäftlichen Beziehungen zwischen dem bisherigen und dem neuen Betriebsinhaber existierten, „ausreichende Absicherungsmöglichkeiten bestehen“, weil der nachfolgende Pächter zum einen sich gegenüber dem Verpächter Rechte für den Fall der „Inanspruchnahme wegen Lohnrückständen“ vorbehalten und zum anderen sich vor Abschluß des Pachtvertrages darüber informieren könne, ob solche Lohnrückstände bestünden¹³⁾.

Wie heikel die Problematik nach Auffassung der deutschen Höchstgerichte nach wie vor ist, zeigt ein jüngstes Vorabentscheidungsersuchen des BAG vom 21. März 1996, dem zu entnehmen ist, daß dem BAG offenbar Zweifel kamen, ob in Fällen der „Vertragsnachfolge“ im hier beschriebenen Sinne überhaupt von einem Betriebsübergang gesprochen werden kann¹⁴⁾.

Bei der „Neuergabe“ von Pacht-, Vertriebs- oder Geschäftsbesorgungsverträgen jedweder Art kommt es nicht selten zu einer erheblichen Änderung des Vertragsumfanges. Interessant in diesem Zusammenhang sind insbesondere Einschränkungen des Vertragsumfanges, dh des Ausmaßes der vom Vertragsnehmer zu erbringenden Leistungen. Solche mögen aus Einsparungsgründen (vgl den Fall 3) oder deshalb erfolgen, weil die bislang durch einen Vertragsnehmer erbrachten Leistungen nunmehr auf zwei oder mehrere Vertragsnehmer aufgeteilt werden. Rein quantitative Veränderungen (insbesondere Einschränkungen) werden – stellt man nicht die Rsp des EuGH zur „Funktionsnachfolge“ grundsätzlich in Frage^{14a)} – allerdings nur schwer dazu geeignet sein, das Vorliegen eines Betriebs(teil)überganges überhaupt zu verneinen. In Betracht

den scheidenden Vertragsnehmer Druck auszuüben, sofern er nicht den Fall des Betriebsüberganges im Vertrag eigens geregelt hat, was insbesondere bei vor Inkrafttreten des AVRAG abgeschlossenen Verträgen so gut wie nie vorkam.

¹¹⁾ BAG 25. 2. 1981, AP Nr 24 zu § 613a BGB mit Anm v Lüke.

¹²⁾ Auf dem Boden der deutschen Rechtslage hat die Konstellation der „Vertragsnachfolge“ deshalb zusätzliche Brisanz, weil § 613a Abs 1 BGB nur den Betriebs(teil)übergang durch Rechtsgeschäft erfaßt und zwischen dem ersten und dem zweiten Pächter eben kein Rechtsgeschäft besteht.

¹³⁾ Eine befriedigende vertragliche Risikoverteilung kann, wie schon in FN 10 angedeutet, allerdings damit allein regelmäßig nicht erreicht werden, weil eine solche auch die Einbeziehung des ersten Vertragsnehmers (Vorpächters) voraussetzen würde.

¹⁴⁾ Vgl BAG 21. 3. 1996, DB 1996, 736; das LAG Hamm als 2. Instanz bejahte (anders als die 1. Instanz) einen Betriebsübergang (DB 1995, 881 ff mit abl Anm von Schiefer).

^{14a)} Dies tun insb unterinstanzliche deutsche Gerichte freilich in sher mutiger Form und mit beachtlichen, ja größtenteils überzeugenden Argumenten (vgl zB LAG Düsseldorf 9. 11. 1994, DB 1995, 275 ff mit Anm v Schiefer).

kommt dies nur dann, wenn – neben einer quantitativen Veränderung oder auch ohne eine solche – sich die Art der vom neuen Vertragsnehmer zu erbringenden Leistungen von jenen des alten Vertragsnehmers nach der Verkehrsauffassung erheblich unterscheidet. Auch eine quantitative Einschränkung kann aber uU gleichzeitig als *Betriebs(teil)stilllegung* hinsichtlich des eingeschränkten Teiles angesehen werden.

Beschließt zB ein großes Unternehmen, den Pachtvertrag über die Führung des im Verwaltungsgebäude des Unternehmens untergebrachten Restaurants aufzulösen und mit einem neuen Pächter einen Vertrag abzuschließen, wobei dieser Pächter statt der bisher als Selbstbedienungsbetrieb mit durchaus bodenständigem Speisenangebot geführten „Kantine“ ein auf Bedienungsbasis eingerichtetes Restaurant mit breitem Speisenangebot unter Einschluß von Reformkostgerichten, einer Salatbar sowie einer deutlich veränderten Getränkeauswahl eröffnet, dann kann von Betriebsidentität mE selbst dann nicht gesprochen werden, wenn der neue Pächter zB einzelne Küchenaggregate des Vorpächters übernimmt¹⁵⁾.

Bei der Beantwortung der Frage, ob die „Vertragsnachfolge“ von einem Betriebs(teil)übergang begleitet ist, kommt der Unterscheidung in standortgebundene und nicht standortgebundene Verträge Bedeutung zu.

Besteht die vertragliche Leistung des Vertragsnehmers darin, das Verwaltungsgebäude des Vertragsgebers zu reinigen oder zu bewachen (Objektbewachungsvertrag) oder schuldet der Vertragsnehmer zB die Führung einer vom Vertragsgeber zur Verfügung gestellten Tankstelle, dann hat der neue Vertragsnehmer naturgemäß keine andere Möglichkeit als seine vertragliche Leistung am selben Standort wie der frühere Vertragsnehmer und regelmäßig auch unter überwiegender Verwendung derselben Betriebsmittel (zumindest soweit sie mit Grund und Boden fest verbunden sind) – ja uU sogar in den Betriebsräumlichkeiten des Vertragsgebers (zB bei einem Reinigungsvertrag wie im „Christel Schmidt-Fall“) – erbringen. In solchen Fällen sprechen schon aufgrund der Standortgebundenheit gewisse Indizien für die Fortführung der betrieblichen Tätigkeit des früheren Vertragsnehmers, sodaß wesentliche Änderungen in der Art der vom Vertragsnehmer zu erbringenden Leistungen vorliegen müßten, um einen Betriebsübergang doch zu verneinen¹⁶⁾. Allerdings könnte man aus dem Umstand, daß die Tätigkeit des Vertragsnehmers ihrer Art nach nur in den betrieblichen Räumlichkeiten des Vertragsgebers ausgeübt werden kann, uU auch gegen das Vorliegen eines Betriebes (Betriebsteiles) sprechende Indizien gewin-

¹⁵⁾ Vgl LAG Düsseldorf 10. 5. 1995, BB 1995, 2172 (Umbau eines „gutbürgerlichen deutschen“ Restaurants in ein arabisches Spezialitätenrestaurant. Ob dies der EuGH auch so sähe, ist in Anbetracht seiner jüngsten Erkenntnisse (siehe im folgenden) überaus fraglich; ungeachtet der Maßgeblichkeit der EuGH-Judikatur auch für die Anwendung der österreichischen Umsetzungsvorschriften sollte man sich aus innerstaatlicher Sicht allerdings vor dem allzu gebannten Blick nach Luxemburg hüten, weil man sonst Gefahr läuft, vor der wohl wesentlichsten Aufgabe der Jurisprudenz zu kapitulieren: Dem Erforschen von Sinn und Zweck eines Gesetzes.

¹⁶⁾ In der bloßen Umstellung einer Bedienungstankstelle auf Selbstbedienungsbetrieb durch den neuen Tankstelleninhaber wird – per se – eine Durchbrechung der Betriebsidentität sicher nicht zu erblicken sein.

nen¹⁷⁾. Sieht man vom Sonderfall der Tankstellenverträge und sieht man von solchen Franchise-Verträgen ab, die in durch den Franchisegeber nach Lage und Beschaffenheit ausgesuchten Geschäftslokalen abgewickelt werden, dann sind Vertriebsverträge (insbesondere Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträge) ihrer Art nach regelmäßig nicht standortgebunden, können vom neuen Vertragsnehmer (Absatzmittler) daher regelmäßig an einem anderen Unternehmensstandort als dem vom früheren Vertragsnehmer benutzten ausgeübt werden¹⁸⁾. Geht aber **nur** eine vertragliche Position – zB das Recht zum (ausschließlichen) Vertrieb bestimmter Waren und Dienstleistungen in einem bestimmten Gebiet – auf einen neuen Vertragsnehmer über, ohne daß dieser irgendein (ins Gewicht fallendes) sonstiges materielles oder immaterielles betriebliches Substrat nützt, das auch der Vorgänger bei Ausübung seiner Tätigkeit nützte, dann sollte man richtigerweise mE den Tatbestand des Betriebs(teil)überganges *im Zweifel nicht* als erfüllt sehen.^{18a)}

In diesem Zusammenhang ist die jüngste Entscheidung des EuGH zur Betriebsübergangsproblematik zu erwähnen¹⁹⁾. In dieser Entscheidung war – soweit ersichtlich, erstmals – eine „Vertragsnachfolge“ im hier verwendeten Wortsinn zu beurteilen. Die Ford Motors Company Belgium SA löste einen Vertriebsvertrag (Eigenhändlervertrag) mit einer Konzerngesellschaft auf, liquidierte diese und übertrug die vertraglichen Rechte einer anderen, nicht mit der Vertragsgeberin verbundenen Gesellschaft, die ihre Tätigkeit von einer anderen Betriebsstätte aus und ohne Verwendung irgendwelcher sachlicher Betriebsmittel ausübte. Die neue Vertragshändlerin übernahm allerdings 14 von den ehemals 60 seitens der früheren Vertragshändlerin beschäftigten Arbeitnehmern. Zwei Arbeitnehmer weigerten sich, der von der neuen Vertragshändlerin ausgesprochenen Aufforderung zum Arbeitsantritt Folge zu leisten und argumentierten, es läge *kein* Betriebsübergang vor.

Der EuGH bejahte das Vorliegen eines Betriebsüberganges und sprach aus, daß angesichts der Art der ausgeübten Tätigkeit die „Übertragung von Aktiva“ für die Frage, ob die betroffene Einheit ihre wirtschaftliche Identität bewahrt habe, nicht ausschlaggebend sei. Dabei berief sich der EuGH auf das – sowohl in Österreich, als auch in der BRD (zu Recht) heftig kritisierte – „Christel Schmidt-Erkenntnis“ vom 14. April 1994²⁰⁾.

Das bemerkenswerteste an der Entscheidung des EuGH in der Sache Ford Merckx/Neuhuys ist (abgesehen von den verwirrenden Ausführungen zum Widerspruchsrecht^{20a)}) aber wohl der Umstand, daß der Gerichtshof die

Tatsache, daß der neue Vertragshändler einen Teil der Belegschaft übernahm, offenbar als Indiz für das Vorliegen eines Betriebsüberganges wertete. Dies scheint der deutschen und österreichischen Sichtweise diametral zu widersprechen, wonach der Übergang der Arbeitsverhältnisse nicht Tatbestandsvoraussetzung für den Betriebsübergang, sondern vielmehr dessen *Rechtsfolge* ist²¹⁾.

Einen möglichen „Brückenschlag“ zwischen den beiden – bei erster Betrachtung miteinander unvereinbaren – Sichtweisen enthält freilich eines der beiden bisherigen Erkenntnisse des OGH zu den Betriebsübergangsvorschriften des AVRAG. In seiner Entscheidung vom 12. Oktober 1995²²⁾ sprach das Höchstgericht aus, daß dem AVRAG der Betriebsbegriff des § 34 ArbVG zugrunde zu legen sei. Dieser Begriff werde dem Schutzzweck sowohl der Richtlinie als auch des AVRAG durchaus gerecht. Der traditionellen österreichischen Doktrin zum betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff entspricht es aber, auch die Belegschaft (neben dem Betriebsinhaber, dem auf Dauer angelegten Betriebszweck und der einheitlichen Betriebsorganisation) als ein Wesenskriterium und Element des Betriebsbegriffes zu betrachten²³⁾.

So gesehen, wäre die Überlegung des EuGH keineswegs so abwegig und könnte in das österreichische Rechtssystem uU eingebettet werden. Dennoch müssen Vorbehalte angemeldet werden. Wenn eine Prüfung des Sachverhaltes ergibt, daß ein Betriebs(teil)übergang *nicht* vorliegt, dann kann die bloße Tatsache, daß der „Erwerber“ Arbeitnehmer des „Veräußerers“ weiterbeschäftigt (neu anstellt), für sich allein das Ergebnis der Beurteilung nicht ändern, weil an der „konditionalen Logik“ der Betriebsübergangsrichtlinie und des AVRAG (Betriebs[teil]übergang als Tatbestand und Arbeitsvertragsübergang als Rechtsfolge) tatsächlich nicht gerüttelt werden kann.

Möglicherweise sah sich der EuGH, dessen Ausführungen – wie so oft – sehr spärlich ausfielen, deshalb dazu veranlaßt, das Faktum der Übernahme eines Teiles der Arbeitnehmer als zusätzliches Kriterium für das Vorliegen eines Betriebsüberganges heranzuziehen, weil diese Arbeitnehmer vom neuen Vertragshändler wegen ihrer besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten (Know-how) übernommen wurden²⁴⁾. Sollte dies zutreffen, dann läge in diesem besonderen – durch die Belegschaft verkörpert – Know-how ein (immaterielles) Betriebsmittel, dessen Übergang – anders als das bloße Faktum der Übernahme von Arbeitnehmern – grundsätzlich dazu geeignet erscheint, als Argument für das Vorliegen eines Betriebs(teil)überganges herangezogen zu werden.

In den Fällen der bloßen Funktions- oder Vertragsnachfolge, wo idR kaum ein betriebliches Substrat übergeht, spricht das Faktum der Nichtübernahme der Belegschaft (oder ihres wesentlichen Teiles) in der Tat gegen das Vorliegen eines Betriebs(teil)überganges, die Übernahme dagegen tendenziell dafür²⁵⁾.

¹⁷⁾ Vgl die Frage 1 des BAG an den EuGH aus dem Vorabentscheidungsersuchen vom 21. 3. 1996, DB 1996, 736.

¹⁸⁾ Damit grundsätzlich nichts zu tun hat die Frage nach dem vom Vertragsnehmer betreuten „Vertragsgebiet“.

^{18a)} Diese Frage ist in der BRD gerade heftig umstritten (vgl die von Schiefer [DB 1995, 883] gebildeten Fallgruppen).

¹⁹⁾ EuGH 7. 3. 1996, C-171, 172/94 Ford gg Merckx/Neuhuys, abgedruckt in RdW 1996, 214 ff.

²⁰⁾ EuGH 14. 4. 1994, C-392/92; dies ist auch deshalb interessant, weil aus dem vor einigen Monaten ergangenen E des EuGH vom 19. 9. 1995, C-48/94 (Ole Rygaard – Übernahme einer Baustelle) Schlußfolgerungen betreffend eine mögliche Abschwächung der in der Sache Christel Schmidt geäußerten Thesen gezogen werden konnten (vgl Tinhofer, RdW 1995, 430 f).

^{20a)} Vgl dazu Tinhofer, RdW 1996, 211ff, 213.

²¹⁾ Vgl zB BAG 14. 7. 1994, ArbuR 1995, 154 ff.

²²⁾ 8 Ob A 15/95, RdW 1996, 71 ff.

²³⁾ Vgl für alle Floretta/Spielbücher/Strasser IP 255.

²⁴⁾ Festgestellt wurde dies in der E allerdings nicht. Vgl auch Tinhofer, RdW 1996, 212.

²⁵⁾ Auch in dem der „Christel Schmidt-E“ des EuGH zugrundeliegenden Fall wurde die einzige Mitarbeiterin des Be-

3. Veräußerer und Erwerber

3.1. Lückenlose Vertragsnachfolge

In den bislang vorliegenden Entscheidungen des EuGH sowie des deutschen BAG wurde nicht in Frage gestellt, daß zumindest bei „nahtloser“ Vertragsnachfolge der neue Vertragsnehmer den Betrieb direkt vom alten Vertragsnehmer „erwirbt“, der alte Vertragsnehmer daher als Veräußerer und der neue als Erwerber zu betrachten ist²⁶⁾.

Man könnte nun auf die Idee verfallen, dem „Manko“ des Fehlens vertraglicher Beziehungen zwischen erstem und zweitem Vertragsnehmer dadurch abzuwehren, daß – gewissermaßen innerhalb einer „logischen Sekunde“ – ein Betriebsübergang auf den Vertragsgeber (zB Verpächter) mit unmittelbar anschließendem, nochmaligem Betriebsübergang auf den neuen Vertragsnehmer unterstellt wird²⁷⁾.

Bei Nähe besehen wäre dadurch dem oben aufgezeigten Vertragsregelungsdefizit allerdings kaum abgeholfen. Es würde sich nämlich nichts daran ändern, daß die Beendigung des ersten Vertragsverhältnisses, welches regelmäßig ein Dauerschuldverhältnis sein wird, häufig und typischerweise durch einseitige Erklärung (Kündigung oder vorzeitige Auflösung) eines Vertragsteiles bewirkt wird²⁸⁾. Im Verhältnis zwischen Vertragsgeber und altem Vertragsnehmer ergibt sich daher für die Mehrzahl der Fälle keine verbesserte Regelungsmöglichkeit. Der Abschluß des Vertrages mit dem neuen Vertragsnehmer beruht aber ohnehin auf einer Willenseinigung zwischen den Parteien, die von der Aufnahme entsprechender vertraglicher Regelungen zur Begrenzung des „Betriebsübergangsrisikos“ für den neuen Vertragsnehmer abhängig gemacht werden kann.

Die Situation des neuen Vertragsnehmers als des Erwerbers würde sich durch die „Zwischenschaltung“ des Vertragsgebers als Ersterwerbers typischerweise nicht ändern.

Der neue Vertragsnehmer wird besonders daran interessiert sein, nur das von ihm tatsächlich benötigte Personal übernehmen zu müssen, was vor allem dann von Relevanz ist, wenn der Umfang des neuen Vertrages gegenüber dem alten eingeschränkt wurde; ohne daß aber deshalb schon das Vorliegen eines Betriebs(teil)überganges verneint werden kann. Bei der Durchsetzung dieser Interessen könnte ihm der Vertragsgeber nicht behilflich werden, wenn und

weil dieser nur für eine „logische Sekunde“ Erwerber (und gleichzeitig Veräußerer gegenüber dem neuen Vertragsnehmer) und als solcher nicht einmal in der Lage wäre, jene vom ersten Vertragsnehmer kraft Betriebsüberganges auf den Vertragsgeber übergegangenen Arbeitnehmer zu kündigen; die für die Erbringung der künftig anfallenden Leistungen durch den neuen Vertragsnehmer betriebswirtschaftlich nicht erforderlich sind. Wie kündigt man innerhalb einer „logischen Sekunde“?

Die entscheidenden Bedenken gegen die Konstruktion eines zwischengeschalteten Betriebserwerbers in der Gestalt des Vertragsgebers selbst bei zeitlich lückenloser Vertragsnachfolge bestehen aber darin, daß eine derartige Sichtweise diametral dem sowohl die Betriebsübergangsrichtlinie als auch das österreichische AVRAG prägenden Grundsatz zuwiderliefe, daß Erwerber des Betriebes (Betriebsteiles) sein soll, wer tatsächlich die betriebliche Tätigkeit ausübt und über die Betriebsmittel (nicht notwendigerweise als Eigentümer) verfügt. Deshalb ist auch die deutsche Sichtweise grundsätzlich überzeugend, daß bei der Ermittlung des Zeitpunktes des Betriebsüberganges auf den Übergang der tatsächlichen Verfügungsmacht abzustellen ist und es darauf ankommt, wann der Erwerber die Leitungsmacht im Betrieb im Einvernehmen mit dem Veräußerer auszuüben vermag²⁹⁾.

Im übrigen würde mittels der – in Wahrheit durch nichts begründbaren – Hilfskonstruktion eines „Zwischenerwerbs innerhalb einer logischen Sekunde“ die – gegebenenfalls rechtspolitisch zu kritisierende, jedenfalls aber bewußt erfolgte³⁰⁾ – Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers unterlaufen werden, daß bei einem Betriebs(teil)übergang nicht nur keine rechtsgeschäftlichen Beziehungen zwischen Veräußerer und Erwerber bestehen müssen³¹⁾, sondern es vielmehr überhaupt nicht der Existenz vertraglicher Beziehungen bedarf, um von einem Betriebs(teil)übergang sprechen zu können. Auch der gesetzliche Erwerb³²⁾ eines Betriebes fällt grundsätzlich unter das AVRAG.

3.2. Vertragsnachfolge mit zeitlicher Lücke

Ist somit die These vom „zweistufigen“ Betriebsübergang durch Zwischenschaltung des Vertragsgebers zu verwerfen, erhebt sich die weitere Frage, wie es bei der zeitlich nicht ganz lückenlosen Vertragsnachfolge aussieht³³⁾. Diese Frage stellt sich zB in den beiden oben als „Fall 1“ und „Fall 3“ bezeichneten Sachverhalten.

triebsteiles „Reinigung“ übernommen. Wer weiß, wie der EuGH entschieden hätte, wenn dies nicht der Fall gewesen wäre.

²⁶⁾ Vgl BAG AP Nr 24 zu § 613a BGB; EuGH 10. 2. 1988, C-324/86, Slg 1988, 739 Daddy's Dance Hall (Neuverpachtung eines Restaurants). Auch die E vom 15. 6. 1988, Slg 1988, 3057 – Bork International liegt nicht abseits dieser Linie, weil dort der Eigentümer das Unternehmen vorübergehend selbst übernahm, um es sodann an einen Dritten zu verkaufen. Hier einen „zweistufigen“ Übergang anzunehmen, ist konsequent. Ebenso verhält es sich mit der E des BAG vom 27. 4. 1995 (BB 1995, 1800 f), weil auch dort die verpachtende Brauerei das Restaurant „zurücknahm“, weil die Vertragsverhandlungen mit einem neuen Pächter noch andauerten (vgl aber FN 36a).

²⁷⁾ Nach Abschluß der Rohfassung des Manuskriptes wurde diese Frage in Österreich tatsächlich „brandaktuell“ im Zusammenhang mit der Aufkündigung des Speisewagen-Bewirtschaftungsvertrages zwischen den ÖBB und Wagons Lits.

²⁸⁾ Die – natürlich immer mögliche – einvernehmliche Vertragsauflösung wird nicht den Regelfall bilden.

²⁹⁾ BAG NZA 1992, 217; BAG NZA 1993, 643; zustimmend jüngst auch M. Binder, DRdA 1996, 8. Freilich darf dieser Grundatz mE nicht überdehnt werden. Vertraglich vorgesehenen Stichtagen (nicht allerdings den aus steuerrechtlichen Gründen normierten und regelmäßig zurückwirkenden Stichtagen) wird zumindest ein Zweifel entscheidende Bedeutung beigemessen werden können, weil zu vermuten ist, daß in jenem Zeitpunkt, in dem die Vertragspartner die Übernahme der Verfügungsmacht durch den Erwerber vorsehen, letzterer die Verfügungsmacht auch tatsächlich erhält. Das Gegenteil müßte beweisen, wer sich zu seinen Gunsten darauf beruft.

³⁰⁾ Vgl EBRV 1077 BlgNR XVIII. GP 110.

³¹⁾ So legt auch das BAG zB § 613a Abs 1 BGB aus.

³²⁾ Vgl jüngst zB §§ 3 Abs 1, 13, 14 Abs 2 iVm § 46 Abs 1 u 2 TabMG 1996.

³³⁾ Diese Frage wurde vom BAG in seiner ersten Entscheidung zur Vertragsnachfolge durch Neuverpachtung (BAG AP Nr 24 zu § 613a BGB) offen gelassen (vgl Lücke in der Anm zu diesem Erkenntnis).

Soll es tatsächlich so sein, daß die vorzeitige Auflösung des Pacht-, Handelsvertreter- oder Vertragshändlervertrages aus wichtigem Grund durch einen Vertragsteil automatisch zum Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Vertragsgeber führt, wenn und weil dieser nicht in der Lage ist, sofort einen Nachfolger zu finden? Wenn dem so wäre, müßte zusätzlich zwischen der berechtigten und der unberechtigten vorzeitigen Auflösung unterschieden werden, weil die die arbeitsrechtliche Judikatur seit Jahrzehnten prägende „Schadenersatzlösung“, wonach auch ungerechtfertigte vorzeitige Lösungserklärungen das Arbeitsverhältnis rechtswirksam beenden, auf andere Dauerschuldverhältnisse nicht übertragbar ist, einer ungerechtfertigten vorzeitigen Auflösung daher keine Beendigungswirkung zukommt. Die Arbeitnehmer des bisherigen Vertragsnehmers werden die Frage der Rechtmäßigkeit der Auflösung jedoch im Regelfall nicht beurteilen können und befänden sich dann in einem überaus problematischen – durch einen vielleicht jahrelangen Rechtsstreit geprägten – Schwebezustand, während dessen die Frage der Arbeitgeberstellung völlig ungeklärt wäre.

Richtigerweise darf der Zeitpunkt der Vertragsauflösung mit dem möglichen Betriebsübergangszeitpunkt auf keinen Fall schlechthin gleichgesetzt werden³⁴⁾. Dies läßt sich leicht erkennen, wenn man den „Fall I“ etwas modifiziert bzw. ergänzt und davon ausgeht, daß der Tankstelleneinhaber die vorzeitige Vertragsauflösung des Mineralölunternehmens mit Klage (als unwirksam) bekämpft und während des Rechtsstreites die Tankstelle weiter betreibt, weil das Mineralölunternehmen keinerlei Anstalten unternimmt, den Tankstelleneinhaber zu „entfernen“³⁵⁾. Niemand wird in einem solchen Fall daran zweifeln, daß der klagende Tankstelleneinhaber vorerst Arbeitgeber bleibt und die Arbeitgeberstellung selbstverständlich auch dann nicht rückwirkend verliert, wenn letztlich seine Klage rechtskräftig abgewiesen und die Berechtigung und Wirksamkeit der vorzeitigen Vertragsauflösung durch das Mineralölunternehmen festgestellt wird. Erst die – zB in Erfüllung eines derartigen Gerichtsurteiles – tatsächlich bewirkte Räumung der Tankstelle kann in solchen Fällen dazu geeignet sein, einen Betriebs- und damit auch Arbeitsvertragsübergang (auf wen immer) herbeizuführen.

Wenn nun – um den Fall I nochmals zu variieren – nicht das Mineralölunternehmen, sondern der Tankstelleneinhaber aus (tatsächlich oder vermeintlich) wichtigem Grund das Vertragsverhältnis auflöst und gleichzeitig die Tankstelle verläßt, dann muß es richtigerweise vom Verhalten des Vertragsgebers (Mineralölunternehmens) abhängen, ob dieser (dieses) die Rechtsstellung eines Betriebswerbers und damit Arbeitgebers der bislang beim ausscheidenden Vertragsnehmer beschäftigten Arbeitnehmer erlangt.

Gerade solche Fallkonstellationen zeigen mE, daß eine völlige Außerachtlassung des Motives, dh der konkreten

Absichten des potentiellen Erwerbers, doch nicht sachgerecht erscheint, wenngleich der Verfasser dieses Beitrages bereits unmittelbar nach Inkrafttreten des AVRAG vor der unkritischen Übernahme der deutschen Judikatur zur (verbotenen) Kündigung wegen des Betriebsüberganges und ihrer allzu starken Betonung des tatsächlichen Kündigungsmotives gewarnt hat³⁶⁾.

Es muß richtigerweise einen Unterschied machen, ob im geschilderten Fall das Mineralölunternehmen die Tankstelle nach der vorzeitigen Auflösung durch den Tankstelleneinhaber selbst führen oder ob es einen anderen Tankstelleneinhaber mit der Führung beauftragen will. Der bloße Wille kann allerdings nicht ausschlaggebend sein; er muß sich vielmehr im äußerem Verhalten manifestieren. Um die Folgen eines Betriebswerbes aus der Sicht des Vertragsgebers in den Fällen einer zeitlich nicht lückenlosen Vertragsnachfolge zu vermeiden, bedarf es mE daher einer ausdrücklichen Klarstellung durch den Vertragsgeber gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern. Setzt dieser Handlungen, die auf einen Eigenbetrieb schließen lassen, ohne unverzüglich den noch verbliebenen Arbeitnehmern des ausgeschiedenen Vertragsnehmers mitzuteilen, daß ein Vertragsabschluß mit einem neuen Vertragsnehmer (zB Tankstelleneinhaber) geplant ist und unmittelbar bevorsteht, hat der Vertragsgeber sich den durch ihn geschaffenen Rechtsschein zurechnen zu lassen. Er wird dann als Betriebswerber zu behandeln sein; die spätere Vergabe des Vertrages an einen neuen Vertragsnehmer wäre in der Tat ein neuerlicher Betriebsübergang.

Würde man dagegen nur auf das objektive Faktum der Fortführung oder Nichtfortführung abstellen, dann müßte jede noch so kurze Betriebseinstellung trotz evidenten Fortsetzungswillens (zB Schließung der Tankstelle für drei Tage, um Maler- und Verputzarbeiten durchzuführen) einen Betriebsübergang verhindern – eine Konsequenz, die so bislang auch von den „Motivkritikern“ noch nie gezogen wurde.

Die eben erläuterten Grundsätze haben mE auch für jene Fälle zu gelten, in denen die „zeitliche Lücke“ bei der Vertragsnachfolge nicht auf eine (naturgemäß unvorhergesehene) vorzeitige Auflösung eines Vertragsteiles zurückzuführen ist, sondern Teil der ordnungsgemäßen Abwicklung bei einvernehmlicher Beendigung oder ordentlicher Kündigung des zwischen Vertragsgeber und erstem Vertragsnehmer bestehenden Rechtsverhältnisses ist. Wenn zB das Mineralölunternehmen die Tankstelle nach einer Kündigung des Pachtvertrages (durch welchen Vertragsteil immer) zunächst „zurücknimmt“, aber von vornherein feststeht, daß knapp danach die Neuvergabe an einen anderen Tankstellenpächter erfolgen wird,

³⁴⁾ Noch weniger ist natürlich die bloße Ausübung des auf Vertragsbeendigung zielenden Gestaltungsrechtes (zB Kündigung) bereits als Fall des § 3 Abs. 1 AVRAG – und damit gegebenenfalls als Betriebsübergang auf den Vertragsgeber – anzusehen.

³⁵⁾ Eine solche „Entfernung“ könnte vor Abschluß des Prozesses wohl nur durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung rechtmäßig bewerkstelligt werden.

³⁶⁾ G. Schima, RdW 1993, 218 FN 19; zustimmend Schrank, Probleme der Kündigung im Zusammenhang mit einem Betriebs(teil)übergang, in Tomandl (Hrsg), Der Betriebs(teil)übergang im Arbeitsrecht 79 und FN 33. Um Mißverständnisse zu vermeiden: Bei der Feststellung einer Gesetzesumgehung (insb Umgehung der Richtlinie bzw des AVRAG durch eine Arbeitgeberkündigung) hat die Absicht des handelnden Arbeitgebers richtigerweise – der hA zur Gesetzesumgehung entsprechend – außer Betracht zu bleiben; ein „funktionswidriger Normengebrauch“ genügt. Aus der Irrelevanz der Umgehungsabsicht kann aber nicht gefolgert werden, daß es nicht auch darauf ankommt, ob der Vertragsgeber die Stillegung des Betriebes, die Eigenübernahme oder die Übertragung auf einen Dritten beabsichtigt.

dann kann von einem Betriebserwerb des Vertragsgebers (zB Mineralölunternehmens) mE nicht gesprochen werden, sofern der Vertragsgeber gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern nicht auf Eigenbetrieb schließende Handlungen setzt, sondern diese entsprechend aufklärt^{36a}). Die „Zurücknahme“ wird überdies im Regelfall nur der – auch bei jeder Beendigung eines gewöhnlichen Mietvertrages selbstverständlichen – Kontrolle dienen, ob der Vertragsgegenstand ordentlich behandelt wurde und allenfalls zur Benutzung überlassene (bewegliche) Gegenstände noch vorhanden sind.

Auch der vorübergehende Einsatz von „Leihpersonal“ seitens des Vertragsgebers, dh die Überlassung eigener Arbeitskräfte zwecks vorübergehender (zB die Dauer von Vertragsverhandlungen überbrückender Führung des Betriebes³⁷), bewirkt mE noch keineswegs einen Betriebserwerb des Vertragsgebers. Diesbezüglich kann auf den – auch in der E des EuGH vom 19. 9. 1995³⁸) zum Ausdruck kommenden – Grundsatz verwiesen werden, daß ein Betrieb bzw Betriebsteil nur bei einer auf gewisse Dauer gerichteten, wirtschaftlichen Tätigkeit angenommen werden kann.

4. Kündigungsrechtliche Probleme

4.1. Vorbemerkung

Die – im AVRAG problematischerweise nicht explizit geregelte – Frage des Schicksals von Kündigungen durch den Veräußerer und/oder den Erwerber im zeitlichen Naheverhältnis mit dem Betriebsübergang wurde im österreichischen Schrifttum bereits mehrfach diskutiert³⁹). Auch der OGH nahm jüngst – wenngleich nicht umfassend – zur Frage Stellung und sprach aus, daß die Unwirksamkeit einer „derartigen“ (gemeint offenbar: im zeitlichen Naheverhältnis mit dem Betriebsübergang erfolgenden) Kündigung auch für den österreichischen Rechtsbereich zu bejahen sei, „wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im wesentlichen (Hervorhebung durch den Verf) nur dazu dienen soll, die grundsätzlich nur relativ zwingenden Bestimmungen des AVRAG (§ 8) zu unterlaufen“⁴⁰).

Die bisherige praktische Erfahrung hat gezeigt, daß beim „klassischen“ Betriebs- und Unternehmenskauf, der klar zur Anwendung des AVRAG führt, die sich vor allem wegen der Absenz einer eindeutigen Regelung⁴¹)

^{36a}) Insoweit unzutreffend ist die E der BAG vom 27. 4. 1995 (BB 1995, 1800 f), wobei freilich nicht klar ist, ob die verpachtende Brauerei während der Vertragsverhandlungen mit einem potentiellen neuen Pächter den Arbeitnehmern des kündigenden Verpächters die bevorstehende Neuverpachtung deutlich machte.

³⁷) Eine Arbeitskräfteüberlassung im technischen Sinne wird darin regelmäßig nicht zu erblicken sein, weil kein Beschäftigter vorhanden ist. Der scheidende Vertragsnehmer wird im Regelfall wohl nicht bereit sein, eine entsprechende Vereinbarung mit dem Vertragsgeber zwecks Aufrechterhaltung des Betriebes zu treffen.

³⁸) C-48/94-Ole Rygaard (Übernahme einer Baustelle).

³⁹) Vgl zB *Andexlinger/Spitzl*, RdW 1994, 404 f; *Tinhofer*, WBl 1994, 321 ff; *Holzer*, DRdA 1995, 375 ff; *Lengauer*, *ecolex* 1996, 30 ff.

⁴⁰) OGH RdW 1996, 73.

⁴¹) Wie eine solche nicht aussieht, zeigt der deutsche Gesetzgeber in § 613a Abs 4 BGB. Wahrscheinlich kann diesem An-

und insbesondere auch des Fehlens gesetzlicher Aufgriffsfristen für die Geltendmachung der allfälligen Unwirksamkeit der Kündigung ergebende Rechtsunsicherheit den Beteiligten einiges zu lösen aufgibt. Infolge der Existenz bzw Schaffung vertraglicher Beziehungen zwischen Veräußerer und Erwerber sind die Schwierigkeiten aber zumindest regelbar (im wahrsten Sinn des Wortes).

4.2. Mögliche Fallkonstellationen

Besonders akzentuiert tauchen Fragen nach der Zulässigkeit und den Voraussetzungen „betriebsübergangsnaher“ Kündigungen jedoch in den Fällen der Vertragsnachfolge auf. Das Fehlen eines vertraglichen Bandes zwischen Veräußerer und Erwerber (zB Vorpächter und Nachpächter) steht einer zwischen den beteiligten Unternehmen (unter Einschluß des Vertragsgebers) koordinierten Vorgangsweise nämlich regelmäßig im Wege.

So kann es passieren, daß der ausscheidende Vertragsnehmer – wirtschaftlich an sich konsequent – wegen der bei ihm eintretenden Betriebseinschränkung oder gar des Wegfalls ganzer Betriebe oder Betriebsteile wahllos Arbeitnehmer – im Extremfall sämtliche Arbeitnehmer, die mit der Erbringung der durch den aufgelösten Vertrag geregelten Leistungen befaßt waren – kündigt, während der neue Vertragsnehmer zB das benötigte Personal über den Arbeitsmarkt sucht oder – mangels Vorliegens näherer Informationen über die Daten der beim alten Vertragsnehmer von der Einschränkung betroffenen Arbeitnehmer mehr oder weniger unsystematisch – gekündigte Arbeitnehmer des ausscheidenden Vertragsnehmers zwecks Begründung eines Arbeitsverhältnisses kontaktiert.

Denkbar ist auch, daß der ausscheidende Vertragsnehmer von der Anwendung des AVRAG ausgeht und eine Kündigung überhaupt unterläßt⁴²), den betroffenen Arbeitnehmern mitteilt, daß ab einem bestimmten Zeitpunkt der neue Vertragsnehmer ihr Arbeitgeber sei, wohingegen letzterer das Vorliegen eines Betriebs(teil)überganges bestreitet, die Arbeitnehmer, sofern er rechtlich gut beraten ist, vorsichtshalber dennoch kündigt, im übrigen aber seine Arbeitgeberstellung verneint, was die Arbeitnehmer in die nicht gerade angenehme Situation bringt, nicht zu wissen, wer ihr Arbeitgeber ist und diese Frage möglicherweise in einem langwierigen Gerichtsverfahren klären zu müssen.

Ebenfalls denkbar und, wie die Judikatur zeigt, offenbar gar nicht so ungewöhnlich ist freilich auch das umgekehrte Szenario: Der neue Vertragsnehmer behauptet einen Betriebs(teil)übergang und fordert die Arbeitnehmer zum Arbeitsantritt auf, während diese sich lieber vom alten Vertragsnehmer abfertigen lassen, zumal ihnen damit die Möglichkeit noch immer offen steht, dem neuen Vertragsnehmer – uU auch gegen geringeres Entgelt – ihre Dienste anzubieten⁴³).

liegen durch eine Rechtsnorm auch gar nicht befriedigend Rechnung getragen werden.

⁴²) Ob eine solche Vorgangsweise unternehmerisch klug und in Anbetracht der beim alten Vertragsnehmer eintretenden Betriebseinschränkung dem kaufmännischen Vorsichtsprinzip entspricht, steht auf einem anderen Blatt.

⁴³) So lagen die Dinge zB bei EuGH 7. 3. 1996, C-171, 172/94 – *Ford gg Merckx/Neuhuys*, RdW 1996, 214 ff; auch in einer der beiden bislang ergangenen OGH-E (OGH 12. 10. 1995,

4.3. Betriebsübergangsbedingte Kündigung

Letztlich landet man auch in diesen Fallkonstellationen bei der Frage, unter welchen *konkreten* Voraussetzungen eine Kündigung – um mit dem OGH zu sprechen – „*im wesentlichen nur dazu dienen soll, die ... Bestimmungen des AVRAG ... zu unterlaufen*“⁴⁴⁾ oder – um an die Regelung des § 613a Abs 4 BGB anzuknüpfen – wann eine Kündigung konkret „*aufgrund des Übergangs*“ erfolgt ist. Die Erklärungen im Schrifttum und in der Judikatur geben für die Praxis nicht allzu viel her. So wird gesagt, daß der frühere Inhaber des Betriebes das Arbeitsverhältnis aus betriebsbedingten Gründen nicht allein deshalb kündigen kann, weil der Erwerber die Übernahme einzelner Arbeitnehmer ablehnt⁴⁵⁾. In der BRD ist anerkannt, daß es für die Unwirksamkeit der Kündigung nicht genügt, wenn der Übergang bloß der „äußere Anlaß“ für die Kündigung ist; vielmehr muß es sich um den „tragenden Grund“ handeln⁴⁶⁾.

Unter wirtschaftlich rational handelnden Unternehmern wird es aber kaum vorkommen, daß der Erwerber die Übernahme bestimmter Arbeitnehmer bloß deshalb ablehnt, weil es sich um einen Betriebsübergang handelt. Typischerweise wird der Erwerber eine solche Ablehnung (hinsichtlich eines Teiles oder gar sämtlicher Arbeitnehmer) entweder deshalb erklären, weil er über genügend eigenes Personal in dem von ihm bereits bisher betriebenen Unternehmen verfügt, oder weil der Betrieb nur in eingeschränktem Umfang auf ihn übergeht oder vom Erwerber in eingeschränktem Umfang geführt werden soll, oder – und nur die letztgenannte Konstellation kann mE heikel sein – weil das Personal des Veräußerers dem Erwerber zu teuer ist.

Der praktische Anwendungsbereich des (ungeschriebenen) AVRAG-spezifischen Kündigungsschutzes sollte daher – ungeachtet des enormen und in der Praxis von Arbeitnehmerseite auch schon reichlich eingesetzten „Drohpotentials“ – eher gering bleiben, zumal einige bislang bekanntgewordene Fälle⁴⁷⁾ zeigen, daß die betroffenen Arbeitnehmer ein durchlaufendes Arbeitsverhältnis oft gar nicht anstreben, sondern sich abfertigen lassen wollen. Das durch das Schweigen des österreichischen Gesetzgebers noch verstärkte juristische Vakuum wird freilich – auch dies zeigte bisher die Praxis – von Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsseite (subjektiv verständlich) dazu benützt, bei (tatsächlichen oder vermeintlichen) Betriebsübergängen Zusatzleistungen für ausscheidende Arbeitnehmer (die dann uU beim Erwerber zu schlechteren Konditionen neu beginnen) auzuverhandeln.

RdW 1996, 71 ff) war es interessanterweise so, daß der Masseverwalter (als Vertreter des handlungsunfähigen Gemeinschuldners) die Anwendung des AVRAG behauptete, die klagenden Arbeitnehmer jedoch die getroffene Beendigungsvereinbarung und die sich daran knüpfenden finanziellen Ansprüche (insb Abfertigung), die im konkreten Fall allerdings einen Dritten, den Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds, belasteten, aufrecht erhalten wollten.

⁴⁴⁾ OGH RdW 1996, 73.

⁴⁵⁾ Vgl BAG 26, 301, 307 f = AP Nr 1 zu § 613a BGB mit Anm v Seiter; BAG AP Nr 24 zu § 613a BGB mit Anm v Lüke.

⁴⁶⁾ Vgl BAG AP Nr 39 und 47 zu § 613a BGB; Hillebrecht, Der Bestandschutz des Arbeitsverhältnisses im Zusammenhang mit § 613a BGB, NZA 1989, 10 f.

⁴⁷⁾ Vgl auch OGH RdW 1996, 71 ff.

4.4. Betriebsbedingte Kündigung durch den Veräußerer?

Eine nicht nur, aber doch spezifisch bei der „Vertragsnachfolge“ im hier verwendeten Sinn auftretende Frage im Zusammenhang mit Kündigungen stellt sich in Anbetracht des bereits aufgezeigten Umstandes, daß Veräußerer und Erwerber (erster Vertragsnehmer und zweiter Vertragsnehmer) infolge des Fehlens vertraglicher Beziehungen nur selten koordiniert vorgehen: Kann eine vom Veräußerer (ausscheidenden Vertragsnehmer) knapp vor Betriebsübergang ausgesprochene Kündigung betriebsbedingt – und damit sowohl wirksam als auch anfechtungsfest – sein, wenn sie es – hätte die Kündigung der Erwerber unmittelbar nach Betriebsübergang ausgesprochen – zumindest gemessen an den betrieblichen Verhältnissen des Erwerbers wäre?

Geht man davon aus, daß eine – verpönte und rechtsunwirksame – Kündigung „wegen“ des Betriebsüberganges (dh in Umgehung der Bestimmungen des AVRAG) eine solche ist, die ausschließlich oder überwiegend deshalb erfolgt, weil der Erwerber bestimmte Arbeitsverhältnisse nicht (oder auch nur zu schlechteren Konditionen) übernehmen will (dies ist noch immer die beste Definition), dann folgt daraus automatisch die – auch nach Auffassung des Verfassers, gegebene – Richtigkeit der These Holzers⁴⁸⁾, daß der Erwerber selbst gar nicht mehr „wegen“ des Betriebsüberganges im oben beschriebenen Sinne kündigen kann, die vom Erwerber nach Betriebsübergang als neuem Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigungen deshalb nicht wegen „Umgehung“ des AVRAG unwirksam sein können, sondern bloß der Überprüfung nach § 105 ArbVG unterliegen.

Die oben gestellte Frage von – gemessen an den Verhältnissen des Erwerbers – betriebsbedingten Kündigungen, die noch der Veräußerer ausspricht, stellt sich vor diesem Hintergrund sehr aktuell. Sie ist mE zu bejahen, weil ihre Verneinung bloß bedeuten würde, daß die betroffenen Arbeitnehmer zB einen Kündigungstermin „gewinnen“ und damit einen Monat oder auch drei Monate länger ihr Entgelt bezögen, ohne daß für sie Arbeit vorhanden ist, was aber weder Regelungszweck der Betriebsübergangsrichtlinie noch des AVRAG ist.

Die angesprochene Frage stellt sich allerdings dann nicht, wenn infolge Einschränkung des Vertragsumfanges der neue Vertragsnehmer nur einen Teil des vom alten Vertragsnehmer geführten Betriebes übernimmt⁴⁹⁾ und der alte Vertragsnehmer (Veräußerer) vor Betriebsübergang die im nicht übernommenen Betriebsteil beschäftigten Arbeitnehmer kündigt. In einem solchen Falle geht eben bloß ein Betriebsteil (uU auch ein eigener Betrieb) über, während es hinsichtlich eines anderen Betriebsteiles (oder auch eigenen Betriebes) zur Stilllegung und damit von vornherein nicht zum Übergang der davon betroffenen Arbeitsverhältnisse auf den neuen Vertragsnehmer (Erwerber) kommt.

In jenen Fällen hingegen, wo eine derartige organisatorische Trennung zwischen stillgelegtem Betriebsteil und übernommenem Betriebsteil nicht ausgemacht werden kann, der neue Vertragsnehmer aber dessen ungeachtet

⁴⁸⁾ DRdA 1995, 379 f; dagegen nicht überzeugend Binder, DRdA 1996, 10.

⁴⁹⁾ Beispiel: Eine Tankstelle, die bisher über einen eigenen „Shop“ verfügte, wird vom Neupächter ohne diesen fortgeführt.

den Betrieb (deutlich) eingeschränkt fortführt, wäre es ein durch den Zweck des AVRAG nicht verlangter Formalismus, vom Veräußerer schon vor Betriebsübergang ausgesprochene Kündigungen als unwirksam zu betrachten, dem Erwerber aber unmittelbar nach Betriebsübergang die Kündigung aus betrieblichen Gründen zu gestatten.

Freilich wird es Fälle geben, wo dem Erwerber kaum etwas anderes übrig bleibt, als – zumindest vorsichtshalber – bereits vom Veräußerer gekündigte Arbeitnehmer nach Betriebsübergang nochmals zu kündigen. Kündigt der Veräußerer (ausscheidende Vertragsnehmer) – insb bei Vorliegen eines einheitlichen und nicht in Teile zerfallenden Betriebes – nämlich wahllos (im Extremfall sämtliche) mit der Erbringung der im Vertrag festgelegten Leistungen befaßte Arbeitnehmer, dann muß der – zB nur die Hälfte der Arbeitnehmer benötigende – Erwerber eine eigene Auswahl- und damit wohl auch Kündigungsentscheidung treffen⁵⁰⁾, damit auch für die Arbeitnehmer nachvollziehbar ist, warum ein Teil übernommen und ein Teil nicht benötigt wird. Andernfalls wäre der – in jedem Fall und daher auch bei Betriebsübergang bestehende – Kündigungsschutz nach § 105 ArbVG verkürzt, weil praktisch so gut wie nicht anwendbar.

4.5. „Konkurrierende“ Belegschaften

Ein weiteres – allerdings nicht allein für die „Vertragsnachfolge“ typisches – Problem kann sich stellen: Jenes des Aufeinandertreffens „konkurrierender“ Belegschaften, wenn der neue Vertragsnehmer (Erwerber) über entsprechendes Personal zur (zumindest teilweisen) Führung des vom altem Vertragsnehmer übernommenen Betriebes verfügt. Dieses Problem kann sich in durchaus extremer Form stellen. Man denke daran, daß der Pächter mehrerer Restaurants damit konfrontiert ist, daß ein Restaurant geschlossen wird (es damit auch nicht zum Übergang der Belegschaft auf einen Nachpächter oder – infolge Eigenbetriebs – auf den Verpächter kommen kann) und daß gleichzeitig diesem Pächter die Pacht eines anderen Restaurants infolge Kündigung des Pachtverhältnisses mit dem Altpächter übertragen wird⁵¹⁾. Wenn man weiters davon ausgeht, daß das neu hinzugekommene Restaurant etwa denselben Personalbedarf aufweist wie das geschlossene, dann steht der Pächter vor der Tatsache, daß er den neuen Pachtvertrag uU zur Gänze mit seinem bereits vorhandenen Personal zu erfüllen vermag, gleichzeitig aber die Belegschaft eines anderen Arbeitgebers gleichsam „an die Türe klopft“ und Einlaß begehrt, dh sich auf das AVRAG beruft und den Übergang der Arbeitsverhältnisse behauptet.

Daß die vom Betriebsübergang betroffene Belegschaft keinen Vorrang vor der eigenen Belegschaft des Erwerbers genießt, erscheint (zumindest dem Verf) recht klar. Bereits eine „kündigungsrechtliche Gleichrangigkeit“ ist jedoch dazu geeignet, in derartigen Fällen ein Chaos auszulösen, weil eine hundertprozentig anfechtungsfeste

Sozialauswahl einfach nicht getroffen werden kann. Ohne die Frage an dieser Stelle weiter vertiefen zu können, sollte darüber nachgedacht werden, ob nicht *Aspekte der Privatautonomie* diesbezüglich einen *Vorrang der bereits vorhandenen Belegschaft* des Erwerbers gebieten (was zur Folge hätte, daß im gewählten Beispiel die Kündigung aller Arbeitnehmer des früheren Pächters betriebsbedingt wäre). Wenn der OGH – unter Berufung auf Stimmen im Schrifttum⁵²⁾ – ausführt, der Arbeitnehmer könne „nicht verhalten sein, für einen Arbeitgeber zu arbeiten, den er nicht frei gewählt hat“⁵³⁾, dann gilt dieser Grundsatz in Anbetracht der Richtlinie und des AVRAG zwar nicht schlechthin vice versa, sollte aber gerade in Fällen des Zusammentreffens bereits vorhandener, mit kraft Betriebsüberganges „aufgedrängten“ Arbeitnehmern Bedeutung entfalten: Wenn ein Arbeitsplatz sowohl durch einen vom Arbeitgeber durch Willensübereinstimmung vertraglich aufgenommenen Arbeitnehmer als auch durch einen qua Betriebs- und damit Vertragsübergang vorhandenen Arbeitnehmer besetzt werden kann, dann erscheint es – selbst bei größerer sozialer Schutzwürdigkeit des übergegangenen Arbeitnehmers – mE sachgerecht, dem bereits in Dienst stehenden Arbeitnehmer den Vorrang einzuräumen.

In Wahrheit ist es in Fällen, wie dem gerade beispielsweise erwähnten bereits unbillig, den mit – im Extremfall – zwei Belegschaften konfrontierten Erwerber zunächst zum Arbeitgeber zu machen, ihn dazu zu zwingen, unmittelbar nach Betriebsübergang zu kündigen⁵⁴⁾ (vgl oben 4.4.) und damit während der Kündigungsfrist eine mehr oder weniger große Gruppe von Arbeitnehmern ohne jegliche Beschäftigungsmöglichkeit finanzieren zu müssen. Diese Folge zu vermeiden, bereitet auf dem Boden des geltenden Rechts allerdings so gut wie unlösbare Schwierigkeiten, würde eine solche Vermeidung doch voraussetzen, im Beispielsfall die neue Verpachtung des Restaurants wie eine Betriebsstillegung zu behandeln, obwohl von einer solchen – entsprechende Ähnlichkeit des vom Neupächter geführten Restaurantbetriebes vorausgesetzt – nicht gesprochen werden kann.

5. Insolvenz des Vertragsnehmers

In einer seiner beiden Entscheidungen zum Betriebsübergang⁵⁵⁾ sprach der OGH aus, daß das „Konkursprivileg“, dh die Vorschrift des § 3 Abs 2 AVRAG, dann nicht gelte, wenn ein einheitlicher Betrieb von zwei Unternehmen geführt werde und gerade jenes Unternehmen, das die materiellen Betriebsmittel zur Verfügung stelle (Besitzgesellschaft), nicht in Konkurs verfallen sei, sondern bloß – die als Arbeitgeber fungierende – Betriebsgesellschaft. Beide Gesellschaften seien in diesem Falle als „Veräußerer“ iSd § 3 Abs 2 AVRAG anzusehen.

⁵²⁾ Schrank, *ecollex* 1993, 542; *Gahleitner*, DRdA 1994, 383.

⁵³⁾ OGH RdW 1996, 74.

⁵⁴⁾ Sollte bereits der ausscheidende Pächter die Belegschaft gekündigt haben, dann können diese Kündigungen nach der oben vertretenen Ansicht zumindest als betriebsbedingt aufrecht bleiben, was aber in Anbetracht der im AVRAG niedergelegten Grundsätze den Übergang auf den Erwerber im gekündigten Stadium nicht verhindert.

⁵⁵⁾ OGH 12. 10. 1995, RdW 1996, 71 ff.

⁵⁰⁾ Eine bloße Erklärung an die vom Veräußerer gekündigten Arbeitnehmer, wessen Kündigung aufrecht bleibt und hinsichtlich welcher Arbeitsverhältnisse der Erwerber die Übernahme in ungekündigtem Zustand akzeptiert, wird nicht ausreichen.

⁵¹⁾ Dieser Fall ist zB auch auf Tankstellen durchaus übertragbar.

In Anbetracht der Tatsache, daß Vertragsverhältnisse der hier betrachteten Art (zB Tankstellen- und Restaurantpachtverträge etc) nicht selten dadurch gekennzeichnet sind, daß ein wesentlicher Teil der Anlagen (oft auch Grund- und Boden) im Eigentum des Vertragsgebers steht, wohingegen der Vertragsnehmer bloß Eigentümer des beweglichen Vermögens (insbesondere Umlaufvermögens) ist, kann sich die Frage stellen, ob die skizzierte Auffassung des OGH dazu führt, daß bei Konkurs des – wirtschaftlich nicht selten schwachen – Vertragsnehmers eine Neuvergabe des Vertrages unter die Ausnahmebestimmungen des § 3 Abs 2 AVRAG fällt.

Betrachtet man die Entscheidung des OGH, deren Ergebnis im Anlaßfall vertretbar – wenn auch mE keineswegs als generelle Richtschnur für Fälle der Betriebsaufspaltung geeignet – erscheint⁵⁶⁾, gleichzeitig aber auch Ausdruck der Tendenz des Höchstgerichtes sein dürfte, den ebenfalls fast insolventen Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds vor Mißbräuchen zu schützen, näher, erkennt man, daß die dort geäußerten Erwägungen auf die hier betrachteten Fälle keinesfalls übertragen werden können.

Maßgebend für den OGH war offenkundig, daß er vom Betriebsbegriff des § 34 ArbVG ausging und bei gemeinsamer Führung eines Betriebes durch zwei Gesellschaften daher – nicht ganz inkonsequenterweise – zur gemeinsamen Veräußerereigenschaft der beiden Gesellschaften gelangte⁵⁷⁾.

Vertragsgeber und Vertragsnehmer führen in den hier betrachteten Fällen aber so gut wie nie gemeinsam einen Betrieb im Sinne des § 34 ArbVG, weil es in der Regel an jeglicher beteiligungsmäßiger, arbeitsorganisatorischer oder leitungsmäßiger Verflechtung fehlt. Der Umstand, daß Vertriebs- (Handelsvertreter-, Vertragshändler- und Franchiseverträge) und Pachtverträge dem Absatzmittler bzw Pächter oft sehr weitgehende Beschränkungen auferlegen und sich bis zur „Knebelung“ steigern können, ändert daran nichts.

Daß der gegenteilige Fall zumindest theoretisch denkbar ist, wenn zB der Vertragsgeber wesentlich am Unternehmen des Vertragsnehmers beteiligt ist und per Gesellschafterweisung auf die Geschäftsführung des Vertragsnehmers zugreift sowie sonstige organisatorische Verschränkungen vorgenommen werden, sei der Vollständigkeit halber nur angemerkt.

⁵⁶⁾ Üblicherweise verfügt die Betriebsgesellschaft sehr wohl auch über eigene Sachmittel (Umlaufvermögen, bewegliche Geschäftsausstattung etc), sodaß sich die Frage der „notwendigen Mindestausstattung eines potentiellen Veräußerers (oder auch Erwerbers) vor dem Hintergrund der Meinung des OGH stellt. Soll etwa beim „Sale and lease back-Geschäft“ auch die das Betriebsgrundstück erwerbende – oft im Eigentum einer Bank stehende – Leasinggesellschaft in Konkurs verfallen müssen, damit § 3 Abs 2 AVRAG anwendbar ist?

⁵⁷⁾ Daß das Höchstgericht offenbar für den umgekehrten Fall des Konkurses der Besitzgesellschaft zumindest erwog, § 3 Abs 2 AVRAG anzuwenden, könnte in der Überlegung begründet sein, daß dann, wenn sich die wirtschaftlichen Aktivitäten der Betriebsgesellschaft (atypischerweise!) im wesentlichen darauf beschränken, Arbeitgeber der Belegschaft zu sein, ein Erwerber bei Konkurs der Besitzgesellschaft von der Betriebsgesellschaft eigentlich nichts „übernimmt“ und die Übernahme der Arbeitnehmer eben die Rechtsfolge des Betriebsüberganges und nicht dessen Voraussetzung darstellt.

6. Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß die Abwesenheit vertraglicher Beziehungen zwischen Veräußerer und Erwerber im Falle der „Vertragsnachfolge“ die durch das AVRAG geschaffenen, ohnehin nicht leicht zu bewältigenden Probleme für alle Beteiligten noch gravierend verschärft. Eine Bedachtnahme auf den später möglicherweise eintretenden Fall des Betriebsüberganges in dem zwischen Vertragsgeber und (erstem) Vertragsnehmer bestehenden Vertragsverhältnis erscheint daher dringend geboten.

6.1. Gesetzliche Handhaben für einen Risikoausgleich

Freilich bedeutet das – in den derzeit laufenden Vertriebs- und Pachtverträgen durchwegs zu konstatierende – Fehlen einer solchen vertraglichen Absicherung nicht schlechthin, daß manch auftauchenden Problem nicht mit den Mitteln des Zivilrechts oder auch der Haftungsbestimmungen des AVRAG beizukommen ist. So könnte etwa § 1042 ABGB, dessen Anwendung zumindest nach einem Teil der Lehre und Judikatur⁵⁸⁾ das Fehlen vertraglicher Beziehungen zwischen Anspruchsberechtigtem und Verpflichtetem sogar voraussetzt, im Verhältnis zwischen altem und neuem Vertragsnehmer gute Dienste leisten.

Weiters können sich aus dem – aufgelösten – Vertrag zwischen Vertragsgeber und ausscheidendem Vertragsnehmer vertragliche Nebenpflichten, Treuepflichten etc ergeben, die es zB dem Vertragsnehmer verbieten, seinem Nachfolger die Übernahme des Betriebes (zB durch Verweigerung der Bekanntgabe von Arbeitnehmerdaten, durch Drohung mit Entlassung gegenüber „übertrittswilligen“ Arbeitnehmern etc) deshalb zu erschweren, um auf den Vertragsgeber in den Auflösungsverhandlungen Druck ausüben zu können.

Schließlich sei auf § 6 Abs 1 und 2 AVRAG verwiesen. Diese Vorschrift ermöglicht es nämlich dem neuen Vertragsnehmer ohne weiteres, sowohl hinsichtlich der entweder noch vom alten Vertragsnehmer (Veräußerer) knapp vor Betriebsübergang gekündigten, aber dennoch in gekündigtem Zustand auf den Erwerber übergegangenen als auch hinsichtlich der knapp nach Betriebsübergang vom Erwerber gekündigten Arbeitnehmer vom Veräußerer den Großteil oder im Regelfall sogar 100 % der bezahlten Abfertigungen zurückzuverlangen. § 6 Abs 1 und 2 AVRAG nomiert eine gesamtschuldnerische Haftung des Veräußerers und Erwerbers, wobei nach § 6 Abs 2 AVRAG der Veräußerer „nur“ mit jenem Betrag haftet, der dem fiktiven Abfertigungsanspruch im Zeitpunkt des Betriebsüberganges entspricht. Über das Regreßverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber sagt die Vorschrift nichts. Diesbezüglich ist § 896 ABGB einschlägig, der primär auf das „besondere Verhältnis“ zwischen den Gesamtschuldnern verweist und nur bei Fehlen eines solchen den Regreß nach Kopfteilen vorschreibt. Das „besondere Verhältnis“ muß unbestrittenermaßen kein vertragliches sein, sondern kann sich zB aus dem unterschiedlichen Grad des Verschuldens zweier deliktischer Schädiger ergeben⁵⁹⁾.

Übertragen auf die hier interessierende Problematik bedeutet dies, daß der von knapp vor oder knapp nach

⁵⁸⁾ Vgl Rummel in Rummel, ABGB² I Rz 1 zu § 1042 mwN.

⁵⁹⁾ Vgl Gamerith in Rummel, ABGB² I Rz 6 zu § 896 mwN.

Betriebsübergang (betriebsbedingt) gekündigten Arbeitnehmern auf die Zahlung der Abfertigung in Anspruch genommene Erwerber (neue Vertragsnehmer) vom alten Vertragsnehmer (Veräußerer) die im Betriebsübergangszeitpunkt zustehende Abfertigung verlangen kann, was dann 100 % der Abfertigung entspricht, wenn nach Betriebsübergang kein „Dienstalterssprung“ eingetreten ist. Nur diese Lösung entspricht § 896 ABGB, weil der Erwerber in den Fällen der Kündigung knapp vor oder knapp nach Betriebsübergang aus der Dienstleistung des gekündigten Arbeitnehmers keinen ins Gewicht fallenden Nutzen zieht, was sich oft sinnfällig in der Vornahme einer Dienstfreistellung ausdrückt⁶⁰⁾.

6.2. Vertraglicher Handlungsbedarf

In Unternehmenskaufverträgen pflegt all dies näher geregelt zu werden; bei der „Vertragsnachfolge“ im hier erörterten Sinne ist derartige im Verhältnis zwischen altem und neuem Vertragsnehmer aber nicht möglich.

Dringend ratsam erscheint es daher, in Hinkunft bei Vertriebsverträgen, Pachtverträgen und verwandten Rechtsverhältnissen der Frage eines späteren Betriebsüberganges auf einen neuen Vertragsnehmer Aufmerksamkeit zu widmen. Empfehlenswert ist es zB, den Vertragsnehmer dazu zu verpflichten, bei Auflösung des Vertragsverhältnisses und Neuvergabe desselben an einen neuen Vertragsnehmer diesen hinsichtlich der betroffenen Arbeitnehmer umfassend zu informieren⁶¹⁾ und mit dem neuen Vertragsnehmer in näher geregelter Weise zu kooperieren.

Eine aus der Sicht des Vertragsgebers allzu „verlockende“ Möglichkeit könnte darin bestehen, den Vertragsnehmer im Wege des Vertriebs-, Pacht- oder sonstigen Dauerschuldverhältnisses vertraglich dazu zu verpflichten, Arbeitsverträge mit seinen Arbeitnehmern befristet auf Vertragsdauer (und allenfalls kombiniert mit einer beiderseitigen Kündigungsmöglichkeit) abzuschließen. Denkbar

⁶⁰⁾ Zu überlegen wäre allenfalls, in jenen Fällen, in denen der Erwerber einen auf ihn übergegangenen Arbeitnehmer des Veräußerers (alten Vertragsnehmers) längere Zeit weiter beschäftigt, innerhalb der Weiterbeschäftigungszeit jedoch kein neuer Dienstalterssprung erfolgt (Beispiel: Ein Arbeitnehmer mit 16 Dienstjahren ist von einem Betriebsübergang betroffen und wird nach weiteren dreieinhalb Dienstjahren vom Erwerber gekündigt), § 896 ABGB in der Weise anzuwenden, daß die Gesamtdienstzeit zueinander ins Verhältnis gesetzt und die Regreßquoten nach dem Anteil des jeweiligen Arbeitgebers an der Gesamtdienstzeit bestimmt werden. Das Ausmaß der unmittelbaren Haftung des Veräußerers gegenüber den Arbeitnehmern gemäß § 6 Abs 2 AVRAG würde sich dann von der Regreßhaftung des Veräußerers gegenüber dem von den Arbeitnehmern tatsächlich in Anspruch genommenen Erwerber unterscheiden. Daß beide Haftungen deckungsgleich sein müssen, ist aber kein Dogma, weil § 896 ABGB es diesbezüglich durchaus erlaubt, verschiedene Erwägungen zu berücksichtigen. Das „besondere Verhältnis“ zwischen Veräußerer und Erwerber in bezug auf die Haftung für Abfertigungs- und Pensionsansprüche muß sich mE maßgeblich an dem Nutzen orientieren, den der betroffene Arbeitgeber aus dem Arbeitnehmer gezogen hat. Der Grad dieses Nutzens wird vereinfachend mit dem Anteil an der Dienstdauer gleichgesetzt werden können, sofern nicht – wie oben erörtert – der Erwerber den Arbeitnehmer nur ganz kurzzeitig (insbesondere während der Kündigungsfrist) beschäftigt.

⁶¹⁾ Sonst kann nämlich der Vertragsnehmer vor dem ganz banal klingenden Problem stehen, die Identität seiner künftigen Mitarbeiter unmittelbar vor Betriebsübergang nicht zu kennen.

ist eine solche Vorgangsweise von vornherein allerdings nur, wenn der zwischen Vertragsgeber und Vertragsnehmer bestehende Vertrag befristet ist, weil andernfalls die Arbeitsverhältnisse unzulässigerweise an eine auflösende Bedingung geknüpft wären. Selbst bei Befristung des Vertrages erscheint allerdings große Vorsicht geboten, weil nicht nur Kündigungen, sondern auch andere Gestaltungen des Arbeitsvertrages mit dem AVRAG in Konflikt geraten können. Erfolgt eine erst- und einmalige Befristung auf Dauer des Pachtvertrages (Vertragshändlervertrages etc) und läuft dieser mit Fristablauf tatsächlich aus, dann erscheint der Vorgang mE zulässig. Erfolgt aber eine – uU mehrmalige – befristete Verlängerung des Pachtvertrages (Vertriebsvertrages), dann wird eine damit synchron gestaltete befristete (mehrmalige) Verlängerung der Arbeitsverhältnisse des Vertragsnehmers wohl nicht aus im Sinne der „Kettenvertragsjudikatur“ sachlich gerechtfertigten Gründen erfolgen, weil insoweit die Wertungen des AVRAG durchschlagen⁶²⁾.

Einer Regelung bedürfen insbesondere auch die vom Vertragsnehmer für die eigene Belegschaft gebildeten Abfertigungsrückstellungen, deren Übertragung auf den Erwerber hinsichtlich der übernommenen Arbeitnehmer herkömmlicher Bestandteil eines Unternehmenskaufvertrages ist. Sonst könnte der scheidende Vertragsnehmer der Versuchung erliegen, die Rückstellungen selbst zu behalten (und in der Folge allenfalls gewinnerhöhend aufzulösen), wohingegen der neue Vertragsnehmer hohe Abfertigungsanswartschaften zu übernehmen hat, Rückstellungen aber zur Gänze erst neu bilden muß⁶³⁾.

Aus der Sicht des mit Arbeitsrecht regelmäßig befaßten Praktikers könnte man dem durchaus Positives abgewinnen und konstatieren, daß ein bislang mit dem Arbeitsrecht wenig in Berührung gekommener Rechtsbereich (zB die Gestaltung von Pachtverträgen) plötzlich einer subtilen arbeitsrechtlichen Aufbereitung bedarf. Ob die Praxis dafür allzuviel Verständnis aufbringen wird, muß aber fraglich erscheinen.

⁶²⁾ Der Fragenkomplex bedürfte einer gesonderten Erörterung. Grundsätzlich wird nämlich die – auch mehrmalige – Befristung eines Arbeitsverhältnisses nach Maßgabe eines vom Arbeitgeber mit einem Dritten abgeschlossenen Dauerschuldverhältnisses sehr wohl „sachlich gerechtfertigt“ sein und nicht zu einem Kettenvertrag führen, wenn feststeht, daß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nur beschäftigen kann, wenn der Vertrag mit dem Dritten jeweils verlängert wird. Dieses Argument ist bei der erstmaligen Befristung jedoch ebenso tauglich wie bei jeder folgenden, sodaß eine unterschiedliche Behandlung – unter diesem Blickwinkel – problematisch erscheint. Andererseits ist es juristisch doch etwas gewagt, den Abschluß eines befristeten Arbeitsvertrages als „Umgehung des AVRAG“ zu behandeln, wenn sich – bei entsprechend langer Befristung – das Problem überhaupt erst in Jahren stellen kann und darüber hinaus (dies ist der wesentlichere Gesichtspunkt) gar nicht feststeht, ob es bei Beendigung des Pachtvertrages (Vertriebsvertrages etc) überhaupt zu einem Betriebsübergang kommt oder ob nicht der Betrieb zB eingestellt wird.

⁶³⁾ Hinsichtlich jener Arbeitnehmer, die entweder knapp vor oder knapp nach Betriebsübergang – wirksam – gekündigt werden, steht dem neuen Vertragsnehmer immerhin (siehe oben) der Regreß gegen den alten Vertragsnehmer zu. Je später der Zeitpunkt des Regresses liegt (bei erst Jahre nach Betriebsübergang ausscheidenden Arbeitnehmern), desto größer wird freilich das Risiko einer Insolvenz des ausgeschiedenen Vertragsnehmers und damit der Wertlosigkeit des Regreßanspruches.