

Ausgewählte Fragen zum Betriebsübergang¹

Georg Schima

1. Einleitung

Sehr geehrte Damen und Herren,
liebe Kolleginnen und Kollegen,

Ich freue mich sehr über die Einladung von Alexander Schopper und Georg Eckert, im Rahmen der unternehmensrechtlichen Vortragsreihe zu ihnen sprechen zu dürfen. Dies gilt umso mehr, als ich mich besonders gerne im Westen des Landes und in Innsbruck aufhalte und als völlig föhnresistent auch mit dem Klima sehr gut zurecht komme.

Mein heutiges Thema ist „Ausgewählte Fragen zum Betriebsübergang“, worüber man leicht ein Ganztagesseminar mit mehreren Vortragenden abhalten könnte. Heute stehen jedoch nur eineinhalb Stunden zur Verfügung, wobei – wenn ich richtig orientiert bin – rund die Hälfte der Zeit ja auf die Diskussion entfallen sollten. Dies alles bedeutet, dass ich nur einige wenige – mehr oder weniger willkürlich-subjektiv herausgegriffene – Fragen behandeln und dabei auch nicht allzu sehr in die Tiefe gehen kann. Da ich aber – ohne jemandem nahe treten zu wollen – davon ausgehe, dass das anwesende Publikum wohl überwiegend aus nicht spezifisch arbeitsrechtlich Interessierten bzw nicht aus Arbeitsrechtsspezialisten besteht, scheint mir eine eher überblicks- und praxisbezogene Darstellung ohnehin geeigneter zu sein.

Mit folgenden Themenkreisen möchte ich mich beschäftigen: den Anfang werden einige Überlegungen zur wohl grundsätzlichen Anwendungsfrage des AVRAG bzw der Betriebsübergangs-Richtlinie bilden, nämlich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Betrieb oder Betriebsteile beim Übergang seine Identität wahrt oder eben verliert und im letzteren Falle daher nicht im Sinne der Richtlinie und des § 3 Abs 1 AVRAG „auf den Erwerber übergeht“.

Danach möchte ich ein paar Überlegungen beisteuern zum Thema Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang, einem Thema, das – insbesondere wegen nach wie vor nicht klarer EuGH-Judikatur – noch immer nicht zur Ruhe gekommen ist.

Darauf folgen werden Ausführungen zum Kündigungsverbot und insbesondere zur Frage, ob auch der Veräußerer vor Betriebsübergang betriebsbedingte „Vorratskündigungen“ aussprechen darf, ohne mit dem Kündigungsverbot in Konflikt zu kommen.

Schließlich werde ich mich – und dies soll das Herzstück des heutigen Vortrages sein – dem Thema Vertragsnachfolge bzw Auftragsnachfolge widmen, also jenen Fallkonstellationen, in denen zB ein Pacht- oder Betriebsführungsvertrag beendet und neu vergeben wird, wo somit zwischen Veräußerer (Altpächter) und Erwerber (Neupächter) keine vertraglichen Beziehungen bestehen. Meinem Brotberuf als Rechtsanwalt entsprechend möchte ich dabei auch auf das Thema der Gestaltung derartiger Pacht- bzw Betriebsführungsverträge ein- und der Frage nachgehen, ob und in welcher Weise das „AVRAG-Risiko“ zwischen den beteiligten Unternehmen verteilt bzw umverteilt werden kann.

¹ Vortrag, gehalten an der Universität Innsbruck am 18. April 2016

2. Betriebsidentität

Die zentrale Norm des österreichischen AVRAG, nämlich § 3 Abs 1, knüpft an den Übergang eines Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteiles an. Der Unterscheidung zwischen Unternehmen einerseits und Betrieb andererseits, aber auch der zwischen Betrieb und Betriebsteil kommt primär akademische Bedeutung zu. Denn in Wahrheit interessiert nur die „untere Schranke“ der Anwendung des Gesetzes, also vor allem die Abgrenzung des Betriebsteiles von der bloßen Übertragung einzelner Vermögensgegenstände oder auch von einer nach neuerer Rsp sowohl des EuGH als auch des OGH nicht zu einem Betriebs(teil)übergang führenden *Funktionsübertragung*.

Zum Thema der „unteren Schranke“ des Betriebs (teil) begriffes, dh zur Frage, ob überhaupt eine „wirtschaftliche Einheit“ iSd RL und des AVRAG übertragen wird, möchte ich mich hier nicht zu sehr verbreitern, sondern nur auf die zumindest in Arbeitsrechtskreisen schon fast legendäre *Christel Schmidt*-Entscheidung des EuGH² verweisen, wo eine Spar- und Leihkasse in Schleswig-Holstein ihre aus nur einer Mitarbeiterin bestehende „Reinigungsabteilung“ ausgegliedert und an ein anderes Unternehmen übertragen hatte, was der EuGH als Betriebsteilübergang qualifizierte. Die Entscheidung rief nicht nur österreichweit, sondern auch international Kritik hervor. Der OGH distanzierte sich bereits 1996 interessanterweise von der *Christel-Schmidt*-Entscheidung, tat dies aber aus Anlass eines Falles, wo ein Betriebs(teil)übergang mE noch weniger hätte bejaht werden dürfen, weil der „Erwerber“ an den die Hauszustellung eines Zeitungsunternehmens ausgelagert worden war, nur die Abonnentenliste, aber nicht einmal einen einzigen Arbeitnehmer übernommen hatte³.

Eine betriebliche Hilfsaufgabe, die nur durch einen einzigen Dienstnehmer besorgt wird, kann mE im Regelfall kein Betriebsteil sein, weil es an der für das Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit erforderlichen Betriebsorganisation mangelt.

Beschäftigt zB ein Arbeitgeber einen Mitarbeiter damit, die zum stattlichen Fuhrpark des Unternehmens gehörenden Autos regelmäßig in die Waschstraße zu fahren und wieder zurückzubringen, dann kann die Übertragung dieser Aufgabe an ein Tankstellenunternehmen selbst dann keinen Betriebsteilübergang bedeuten, wenn das Tankstellenunternehmen den Mitarbeiter tatsächlich übernimmt⁴.

Hingewiesen muss freilich auch darauf, dass im Fall der *Christel Schmidt*-Entscheidung die einzige Mitarbeiterin der „Reinigungsabteilung“ vom Erwerber tatsächlich übernommen wurde und – worauf *Krejci*⁵ zutreffend hinwies – ohne diese tatsächliche Übernahme auch der EuGH einen Betriebsteilübergang ziemlich sicher nicht bejaht hätte. Denn in den späteren Entscheidungen insbesondere zur Vertragsnachfolge gelangte der EuGH – und ihm folgend der OGH – zu der Sichtweise, dass die Übernahme der „Kernbelegschaft“ nicht nur Rechtsfolge, sondern gleichzeitig Tatbestandsmerkmal des Betriebs(teil)überganges ist – und dies insbesondere in jenen Fällen, in denen (wie bei Dienstleistungsunternehmen) nicht die technisch-maschinelle Ausstattung im Vordergrund steht, sondern das sogenannte „Humankapital“.

Der OGH etablierte im Gefolge der *Ayse Sützen* – Entscheidung des EuGH ein sechsteiliges Fallprüfungsschema, das er im Rahmen eines beweglichen Systems anwendet:

- Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit;

² EuGH 14.4.1994, Slg 1994, 1311 – *Christel-Schmidt* =DRdA 1994, 348 ff (*Kirschbaum*) = RdW 1994, 286, = ZASB 1994, 17, = ZER 1995, 92.

³ OGH 23.5.1996, RdW 1996, 431 ff, = RdW 1996, 426 ff (*Tinhofer*).

⁴ *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht 21.

⁵ Betriebsübergang 38 f.

- Fortführung derselben wirtschaftlichen Einheit (Wahrung der Betriebsidentität)
- Übernahme von materiellen und/oder immateriellen Betriebsmitteln;
- Gleichbleibende oder zumindest ähnliche Geschäftstätigkeit;
- Übernahme des Kundenstammes;
- Übernahme des nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils der Belegschaft („Kernbelegschaft“);

Dieses Schema ist vielleicht nicht der Weisheit letzter Schluss; es eignet sich aber als methodologischer Arbeitsbehelf nicht so schlecht. Klar ist, dass jedes dieser Merkmale – für sich genommen – ein wichtiges Indiz für das Vorliegen eines Betriebs(teil)überganges bildet; die anspruchsvolle Aufgabe ist aber die wertende Gewichtung der Merkmale, wie dies Typusbegriffen wesensimmanent ist.

Nun möchte ich mich aber nach den Ausführungen zur Frage des Bestehens einer wirtschaftlichen Einheit dem Thema „Betriebsidentität“ widmen.

Ohne Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit kann es einen Betriebs(teil)übergang weder im Sinne der Richtlinie noch des AVRAG geben.

Dennoch ist mE das zentrale Kriterium die Wahrung der Betriebsidentität, wenn auch in dem vom OGH verwendeten, oben wieder gegebenen sechsteiligen Fallprüfungsschema die Abgrenzung dieses Merkmales vom Kriterium der gleichbleibenden oder zumindest ähnlichen Geschäftstätigkeit etwas unklar bleibt.

Die vom Veräußerer übernommene wirtschaftliche Einheit muss dazu geeignet sein, beim Erwerber in derselben oder ähnlichen Weise als Betrieb (steil) fortgeführt zu werden und ihre Leistungsfähigkeit zu bewahren.

Ankommen kann es dabei nur auf den Zeitpunkt des Betriebs(teil)überganges. Änderungen, die der Veräußerer vor dem Betriebs(teil) bergang vornimmt, oder Änderungen, die der Erwerber nach Übernahme durchführt, bleiben für die Beurteilung als § 3 Abs 1 AVRAG zu unterstellender Vorgang außer Betracht. Dies hat das deutsche Bundesarbeitsgericht schon 1985 ausgesprochen.⁶

In der Praxis kann sich die Frage der Aufrechterhaltung oder des Verlustes der Betriebsidentität vor allem dann stellen, wenn es das Vorliegen einer Betriebsstilllegung oder einer dauerhaften Betriebsunterbrechung zu beurteilen gilt. Das Vorliegen einer Betriebsstilllegung steht richtigerweise schon dem – im sechsteiligen Fallprüfungsschema des OGH zur Recht an erster Stelle aufscheinender – Merkmal des Bestehens einer wirtschaftlichen Einheit entgegen.

Bei einer Subventionsverlagerung von einem gemeinnützigen Verein an einen anderen durch die dahinterstehende Gebietskörperschaft hat der OGH⁷ in offenkundiger Anlehnung an die *Redmont Stichting* Entscheidung des EuGH⁸ ausgesprochen, dass bei Entzug der Subventionen an einen Verein und Zuteilung an einen anderen Verein mit gleichem Zweck ein Betriebsübergang vorliege, wenn die Sachorganisation mit den sachlichen und organisatorischen Mitteln im Wesentlichen erhalten bleibe, was auch durch die erstmalige Einhebung von Beträgen durch den „Nachfolgeverein“ nicht ausgeschlossen werde. Die Betriebsidentität sei in diesem Falle gewahrt.

Aus einer neueren und viel beachteten E des OGH aus dem Jahr 2011⁹ lassen sich – neben wesentlichen Aussagen insbesondere zum Widerspruchsrecht (dazu unten) – auch relevante Ausführungen zur Problematik der Betriebsidentität gewinnen. Es ging damals um die Ausgliederung eines Servicebereiches eines Versicherungsunter-

⁶ BRG DB 1985, 1135; zutr auch *Krejci*, Betriebsübergang 27 f.

⁷ OGH 13.6.1996, ARD 4781/10/96 = JBl 1997, 58 f = eclex 1996, 943 = DRdA 1997, 51.

⁸ EuGH 19.5.1992, Slg 1992, 3189 –*Redmont Stichting* = ZER 1993, 151 = EuZW 1994, 149 ff.

⁹ OGH 22.2.2011, 8 Ob A41/10b ZAS 2012/49 = DRdA 2012, 42 = ASoK 2012, 39 = eclex 2011/295 = DRdA 2011, 458 = wbl 2011/141.

nehmens in eine eigene Service-GmbH. Dafür gründete das Versicherungsunternehmen eine konzerneigene Service-GmbH, spaltete den Teilbetrieb „Kfz-Begutachtung“ ab und brachte ihn im Wege eines Einbringungsvertrages in die Service-GmbH ein. In dem Bereich waren 33 Kfz-Sachverständige der Ost-Region tätig, und alle wurden von der Service-GmbH (wenn auch manche gegen deren Willen) tatsächlich übernommen. Davor waren diese Sachverständige der Generaldirektion des veräußernden Versicherungsunternehmens zugeordnet gewesen. Sie arbeiteten nach der Übertragung nicht mehr von zu Hause aus, sondern in eigenen Räumlichkeiten der Service-GmbH; ihre Tätigkeit (örtliche und schriftliche Begutachtung von Kfz-Schadensfällen) blieb aber ebenso unverändert wie die von den Sachverständigen verwendeten und auf die Service-GmbH übertragenen Laptops. Darüber hinaus wurde der frühere fachliche Leiter der Sachverständigen Geschäftsführer der Service-GmbH und blieb damit deren Vorgesetzter.

Interessant an der von OGH zu beurteilenden Fallkonstellation war, dass der Betriebsrat den Betriebsübergang bekämpfte – was sich vor allem damit erklärt, dass mit dem Übergang ein Kollektivvertragswechsel von einem für den Arbeitgeber deutlich teureren zu einem günstigeren Kollektivvertrag verbunden war.

Der Betriebsrat argumentierte dabei unter anderem mit dem Fehlen bzw dem Verlust der Betriebsidentität und monierte, dass der übertragene Bereich „Versicherungspool Ost“ nicht als Betriebsteil iSd § 3 Abs 1 AVRAG qualifiziert werden könne, weil er davor in verschiedene – gemeint anscheinend: betriebsverfassungsrechtlich gesehen – Betriebsteile des Veräußerers eingebunden gewesen sei.

Der OGH folgte diesem Argument nicht, weil er offenkundig die wirtschaftliche Einheit nach § 3 Abs 1 AVRAG klar vom betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff abgrenzt. In der Tat ist die wirtschaftliche Einheit iSd Richtlinie und des AVRAG funktional definiert, wie der EuGH im Fall *Jouini*¹⁰ aussprach und es bejahte, dass der Begriff der „wirtschaftlichen Einheit“ auch in einem Leiharbeitsunternehmen erfüllt sein könne, das wegen der Überlassungen der angestellten Arbeitnehmer nicht die übliche Struktur eines „Betriebes“ aufweise, weil die Mehrzahl der Beschäftigten in Betrieben unterschiedlicher Arbeitgeber (Beschäftigter) integriert war.

Dass der OGH den betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff hier für nicht maßgebend erachtete, ist auch deshalb erfreulich, weil das Höchstgericht sich noch in einer Entscheidung aus 1995 geradezu sklavisch an den betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff geklammert hatte.

Im gerade geschilderten „Versicherungsunternehmens-Fall“ konnte die wirtschaftliche Identität des Betriebsteiles nach Einbringung in die Service-GmbH auch nicht dadurch verloren gehen, dass der aus 33 Arbeitnehmern (Kfz-Sachverständigen) Betriebsteil in einer 74 Mitarbeiter zählenden GmbH aufging, die neben neu aufgenommenen Arbeitnehmern auch Sachverständige der ehemaligen Ost-Region beschäftigte.

Der EuGH hat diesbezüglich in der Rechtssache *Klarenberg*¹¹ einiges klargestellt. In dem zugrunde liegenden Fall war ein Mitarbeiter eines Elektrotechnik-Unternehmens (eben Herr Klarenberg) in Deutschland als Abteilungsleiter für ein bestimmtes Produkt verantwortlich. Durch einen asset deal erwarb eine US-amerikanische Gesellschaft (Ferrotron) alle Rechte an der Software, den Patenten, den Patentanmeldungen und den die fraglichen Produkte betreffenden Erfindungen sowie an dem Produktnamen und dem technischen know how. Sie erwarb die Entwicklungs-hardware, das Produktmaterial-Inventar sowie eine darauf bezogene Lieferanten- und Kundenliste. Außerdem übernahm Ferrotron – durch eine deutsche Tochtergesellschaft – vier Mitarbeiter des Elektrotechnik-Unternehmens, davon drei Ingenieure, nicht aber Herrn Klarenberg. Diese Mitarbeiter

¹⁰ EuGH 13.9.2007, C 458/05.

¹¹ EuGH 12.12.2009, C 466/07 *Klarenberg*.

waren nach der Übernahme einerseits weiterhin für das gekaufte Produkt tätig, andererseits aber so in den Betrieb des amerikanischen Unternehmens eingegliedert, dass sie auch andere Aufgaben für dieses verrichteten. Als das Elektrotechnik-Unternehmen wenig später Insolvenz anmelden musste, klagte Herr Klarenberg auf Übergang seines Arbeitsverhältnisses als Abteilungsleiter auf Ferrotron.

Ferrotron wiederum bestritt den Betriebsübergang mit dem Argument, die veräußerte wirtschaftliche Einheit hätte ihre Identität nicht beibehalten, weil sie in Folge der Veräußerung ihre organisatorische Selbständigkeit verloren hätte, indem die erworbenen Ressourcen vom Erwerber in eine vollkommen neue Struktur eingegliedert worden seien. Es gäbe auch die von Herrn Klarenberg angestrebte Abteilungsleiterfunktion in der Organisation von Ferratron nicht.

Dem konnte der EuGH nichts abgewinnen, und dieser meinte, dass eine Änderung der Organisationsstruktur der übertragenen Einheit der Anwendung der Richtlinie nicht entgegenstehe. Denn, so das Höchstgericht in Luxemburg, es gehe um die Beibehaltung der funktionellen Verknüpfung der übertragenen Betriebsmittel bzw Arbeitnehmer, um diese zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen. Es schade daher nicht der „Identität der wirtschaftlichen Einheit“, wenn der Betriebsteil in einer größeren Einheit gleichsam „aufgehe“, solange die übertragenen Einzelteile auch in der neuen Organisation wechselseitig zusammenspielen und derselben Funktion dienen wie vorher.

Dieser Argumentation ist grundsätzlich zuzustimmen und nochmals darauf hinzuweisen, dass sich an solchen Konstellationen eben deutlich zeigt, dass der betriebsverfassungsrechtliche Betriebsbegriff als Vorlage für die Anwendung der Betriebsübergangs-Richtlinie und des AVRAG ganz untauglich ist.

3. Widerspruchsrecht

Kaum ein Thema im Zusammenhang mit dem Betriebs(-teil)-übergang ist – zumindest aus österreichischer Sicht – so spannend wie die Beantwortung der Frage, ob der Arbeitnehmer über die gesetzlich geregelten Anwendungsfälle hinaus das Recht besitzt, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu widersprechen. Auch auf europäischer Ebene ist dieses Thema – entgegen manchen Darstellungen im Schrifttum – noch keineswegs völlig aufgearbeitet.

Die gesetzliche Ausgangslage in Österreich ist an sich klar: Gemäß § 3 Abs 4 AVRAG, kann der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechen, wenn der Erwerber den kollektivvertraglichen Bestandschutz oder die betrieblichen Pensionszusagen nicht übernimmt. Wengleich der Gesetzgeber, weder das Wort „insbesondere“ noch das Wort „nur“, der Aufzählung der beiden Tatbestände voranstellte, ist doch an sich unstrittig, dass es sich dabei um eine taxativ gemeinte Aufzählung handelt. Dennoch ist die Diskussion darüber, ob es über diese in Österreich gesetzlich geregelten beiden Fälle hinaus ein weitergehendes oder gar generelles Widerspruchsrecht gibt, nie abgerissen. In Deutschland ist sie weitgehend erledigt. Dort bejahte das Bundesarbeitsgericht seit jeher ein Widerspruchsrecht, das der EUGH für gemeinschaftsrechtskonform befand. Darüber, dass ein solches Widerspruchsrecht, wenn es in der Rechtsordnung eines Mitgliedstaates angeordnet oder durch die Rechtsprechung hineininterpretiert wird, dem Unionsrecht nicht widerspricht, herrscht zumindest heute wohl weitgehende Übereinstimmung. Früher war dies keineswegs so. Denn nach der *Berg/Besselsen*-Entscheidung des EUGH vom 5.5.1988 nahmen Teile des deutschen Schrifttums an, dass damit die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht zum Widerspruchsrecht erwiesen sei. So bezeichneten namenhafte Kommentatoren in Rezension

der genannten EUGH-Entscheidung die Widerspruchsrechts-Judikatur des Bundesarbeitsgerichtes wörtlich als „*Makulatur*“. Dem erteilte der EUGH freilich in der *Katsikas*-Entscheidung eine klare Abfuhr indem er die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zementierte und aussprach, dass das Widerspruchsrecht keinesfalls gegen die Richtlinie verstoße, sondern vielmehr eine Verpflichtung des Arbeitnehmers, sein Arbeitsverhältnis mit dem (auf ungewollten) Erwerber fortzusetzen, Grundrechte des Arbeitnehmers verletze, der bei der Wahl seines Arbeitgebers frei sein müsse und nicht verpflichtet werden dürfe, für einen Arbeitgeber zu arbeiten, den er nicht frei gewählt habe.¹²

In der *Katsikas*-Entscheidung führte der EuGH darüber hinaus aus:

„Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten folglich nicht, die Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages oder Arbeitsverhältnisses mit dem Veräußerer für den Fall vorzusehen, dass der Arbeitnehmer sich frei dafür entscheidet, den Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis nicht mit dem Erwerber fortzusetzen. Es ist Sache der Mitgliedstaaten, zu bestimmen, was in einem solchen Fall mit dem Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis geschieht (RZ 35).

Die Mitgliedstaaten können insbesondere vorsehen, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis in diesem Fall als entweder vom Arbeitnehmer oder vom Arbeitgeber gekündigt gilt. Sie können auch vorsehen, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis mit dem Veräußerer bestehen bleibt (Rz 36).“

Wirklich schlau wurde man aus diesen Ausführungen nicht. Vor allem das Wörtchen „*insbesondere*“ bei Aufzählung der den Mitgliedstaaten offenstehenden Möglichkeiten hinsichtlich der Behandlung des Arbeitsverhältnisses eines fortsetzungsunwilligen Arbeitnehmers gab Rätsel auf.

So verwundert es auch nicht, dass in Österreich zur Frage eines über die beiden Tatbestände in § 3 Abs 4 AVRAG geregelten Fälle hinaus bestehenden Widerspruchsrechtes fast alles vertreten wird: die Bandbreite reicht von einer genauen Orientierung an § 3 Abs 4 AVRAG (so zB *Grillberger, Köck, Schrank, Binder* und auch meine Wenigkeit in einem sehr frühen Beitrag aus 1993) über eine vorsichtige Erweiterung des Widerspruchsrechtes in Fällen der „Unzumutbarkeit der Fortsetzung“ mit dem Erwerber (so zB *Krejci, W. Schwarz/Löschnigg* und auch das OLG Wien in zwei Entscheidungen Ende der 90 er Jahre) bis zur Anerkennung eines generellen, dh (wie nach der BAG-Rsp) nicht an wichtige oder auch nur sachliche Gründe gebundene Widerspruchsrechtes (so zB *Pircher, Geist* oder *Schrammel*). Daneben gibt es diverse abwägende und unentschlossene Stellungnahmen, die die klare Formulierung und Konzeption des § 3 Abs 4 AVRAG betonen, jedoch bezweifeln ob diese Konzeption unionsrechtskonform sei (so zB *Holzer/Reissner, Gahleitner/Leitsmüller, Schrammel* und *Wachter*).

Auf all diese Stellungnahmen einzugehen und diese zu bewerten, ist heute nicht annähernd genug Zeit. Ich selbst habe mich in einer Monographie aus dem Jahr 2004 damit sehr ausführlich auseinandergesetzt und dabei der in Österreich vor allem von *Schrammel* aufgegriffenen These eines – gar unionsrechtlichen – Grundrechtes auf Freiheit der Arbeitsplatzwahl oder auf Freiheit der Wahl des Arbeitgebers eine klare Absage erteilt. Ein solches Grundrecht gibt es schlichtweg ebenso wenig wie ein „europäisches Grundrecht der Vertragsfreiheit“ (so zB *Schrammel*; gegen diesen zu Recht *Binder*): Die Freiheit der Arbeitsplatzwahl ist ja gerade durch die gesetzlich angeordnete Vertragseintritts-Automatik gewahrt, weil der Arbeitsplatz übergeht. In der in Anbetracht der Kündigungsfreiheit ohnehin im besten Fall *vorübergehenden* Aufdrängung eines ungewollten Arbeitgebers eine Verletzung von Grundrechten zu erblicken, ist mE geradezu abwegig. (ähnlich in Deutschland *Lüke, J. H. Bauer* und in Österreich *Binder*).

¹² EUGH 16.12.1992, Slg 1992, I-6577 Rz 31 bis 33 – *Katsikas* = ZIP 1993, 221 fff = ZER 1993, 53 ff.

Man muss hier auch Maß nehmen an den diversen gesetzlich geregelten Fällen universeller oder partieller Gesamtrechtsnachfolge im Gesellschaftsrecht. In Anbetracht der modernen Umgründungswirklichkeit ist einfach nicht verständlich, dass in der arbeitsrechtlichen Diskussion Argumente bemüht werden, die das Arbeitsverhältnis anscheinend – wie eine Ehe – als wechselseitiges Vertrauensverhältnis zweier physischer Personen mit umfassenden Treue- und Loyalitätspflichten, aber auch -rechten begreifen. Ein solches Verständnis führt schon dann immer in die Irre, wenn Arbeitgeber – wie dies heute eher die Regel als die Ausnahme ist – eine juristische und keine physische Person ist. Auch einer jP kann vom Arbeitnehmer Vertrauen entgegen gebracht werden; ein solches Vertrauen ist aber typischerweise ganz anderer Art als das einer natürlicher Person entgegengebrachte und bezieht sich zB auf Umstände wie Bonität, „Sogwirkung der Marke“, guter Name, Betriebsklima. Es geht um das Vertrauen in ein bestimmtes Unternehmen. Vertrauensverlust-Konstellationen können zudem auch völlig unabhängig von einem Betriebs(teil)übergang auftreten, ohne dass dagegen Arbeitnehmern irgendein – über ihr Kündigungsrecht hinausgehendes – Recht zum Widerspruch erwächst. Dies kann zB dann der Fall sein, wenn ein Vorstandsmitglied/Geschäftsführer oder der „wohlmeinende“ Vorgesetzte ausscheidet.

Deshalb ist es auch nicht nachvollziehbar, „Grundrechte“ des Arbeitnehmers als verletzt anzusehen, wenn ein Unternehmen einen (insbesondere wesentlichen) Teil in ein anderes Unternehmen einbringt, mit einem Unternehmen zusammenschließt oder „austöchert“ und im Konzernverbund behält.

Vor allem ergeben sich bei einem generellen und auf solch konstruierte Grundrechte gestützten Widerspruchsrecht unlösbare Wertungswidersprüche zu den diversen Gesamtrechtsnachfolge-Tatbeständen des Gesellschaftsrechts. Es käme einer durch nichts zu rechtfertigenden Privilegierung einer Gläubiger- bzw Schuldnergruppe gleich, wenn nur Arbeitnehmer dem Übergang der Vertragsverhältnisse bei einer Verschmelzung, Spaltung, Übertragung oder Umwandlung oder mit Gesamtrechtsnachfolgewirkung ausgestatteten Einbringung widersprechen könnten, wo hingegen Leasinggeber, Leasingnehmer, Lieferanten, Architekten, Mieter und Vermieter sowie „freie Dienstnehmer“ den ex lege eintretenden Vertragsübergang zu akzeptieren haben und allenfalls auf Sicherstellungsansprüche angewiesen sind.

Die Vertreter eines umfassenden Widerspruchsrechtes des Arbeitnehmers bei Betriebs (teil)übergang haben bislang nicht deutlich gemacht, ob sie dieses Widerspruchsrecht auch bei jenen unter § 3 Abs 1 AVRAG fallenden Umgründungsmaßnahmen bejahen, die mit (gänzlich oder partieller) Gesamtrechtsnachfolgewirkung ausgestattet sind (wie Verschmelzung, Spaltung, übertragende Umwandlungen, Anwachsung gem § 142 UGB, Einbringung gem § 92 BWG und § 61 a – 61 c VAG); mangels Differenzierung in der Diskussion scheint dies aber der Fall zu sein.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich diesbezüglich durch § 324 dUmwG selbst „einzementiert“ und dort vorgesehen, dass § 613 a Abs 1 und 4 BGB „durch die Wirkung einer Eintragung einer Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung unberührt“ bleibt. Dies wird so verstanden, dass damit auch das vom BAG judizierte Widerspruchsrecht bei allen Umwandlungsformen und ungeachtet der Gesamtrechtsnachfolgewirkung gilt. Diesen sachlich mE nicht begründeten Weg sollte der österreichische Gesetzgeber auf keinen Fall einschlagen.

Es ist mehr als verwegen, aus ein paar kryptisch formulierten Zeilen in drei oder vier EuGH-Entscheidungen zu folgern, dass „Grundrechte“ des Arbeitnehmers verletzt werden, wenn dieser zB mit einer aufnehmenden Verschmelzung einer Bank-Aktiengesellschaft in eine andere Bank-Aktiengesellschaft (durch die naturgemäß ein größeres und typischerweise auch über verbesserter Bonität verfügendes Unternehmen entsteht) „nicht einverstanden“ ist und „bloß“ auf sein ordentliches Kündigungsrecht

verwiesen wird, ohne dass ihm darüber hinaus der Sache nach ein vorzeitiges Austrittsrecht (freilich ohne wichtigen Grund) zugestanden wird.¹³

Auch ein auf Bonitätsverschlechterung des Erwerbers gestütztes Widerspruchsrecht ist mE grundsätzlich abzulehnen. Auszugehen ist davon, dass bei der Umstrukturierung von Unternehmen oder eines Unternehmensverbundes (Konzerns) typischerweise der Umfang und das sachliche Substrat der betroffenen Rechtsträger nicht nur vergrößert (insbesondere bei der Verschmelzung), sondern auch verkleinert werden kann.

Letzteres ist zB eine notwendige Begleiterscheinung der Auf- oder Abspaltung zur Neugründung und bei der Auf- und Abspaltung zur Aufnahme zumindest dann, wenn in eine davor gegründete Mantelgesellschaft gespalten wird.

Als Grundsatz hat mE zu gelten, dass der Arbeitnehmer sich gegen „Bonitätsverschlechterungen“ auf Arbeitgeberseite im Zuge eines Betriebs(teil)überganges jedenfalls dann nicht (in Form eines Widerspruchsrechtes) zur Wehr setzen kann, wenn dasselbe oder ein gleichartiges Ergebnis auch durch eine andere, nicht unter § 3 Abs 1 AVRAG fallende Gestaltung bewirkt werden könnte. Kein Arbeitsvertrag räumt einen Anspruch auf gleichbleibende wirtschaftliche Verhältnisse ein. Der in einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil beschäftigte Arbeitnehmer ist in keiner Weise davor geschützt, dass der Arbeitgeber alle wirtschaftlich prosperierenden Bereiche an ein anderes Unternehmen überträgt (zB im Wege der Abspaltung) und der Arbeitnehmer in einem zur Unkenntlichkeit verkleinerten Unternehmen mit ungewisser wirtschaftlicher Zukunft verbleibt. Trotz gravierender Bonitätsverschlechterung des Arbeitgebers ist für den Arbeitnehmer dagegen von vornherein „kein Kraut gewachsen“, weil es sich bei einer solchen Vorgangsweise – bezogen auf den im Restbetrieb verbleibenden Arbeitnehmer – nicht um einen Anwendungsfall des § 3 Abs 1 AVRAG Tatbestand handelt. Wirtschaftlich betrachtet, ist dieser Fall jedoch der Übertragung bloß des kleinen Betriebsteiles, in dem der betroffene Arbeitnehmer beschäftigt ist, im Wege der Abspaltung zur Aufnahme in eine Mantelgesellschaft gleichzuhalten.

Ein spezielles Widerspruchsrecht wegen Bonitätsverschlechterung des Arbeitgebers im Zuge des Betriebs(teil)überganges gibt es daher mE nicht. Gezielten Versuchen, Arbeitnehmer durch Ausgliederungen in wirtschaftlich nicht lebensfähige rechtliche Einheiten um ihre Ansprüche zu bringen, kann und muss mit dem allgemeinen Instrumentarium des Zivil-, Insolvenz- und nicht zuletzt Strafrechts begegnet werden. Dessen Einsatz ist auch nicht auf Betriebs (teil) übergangsfälle beschränkt.

In der oben bereits erwähnten, vielbeachteten Entscheidung des OGH vom 22.2.2011 betreffend das Versicherungsunternehmen, das die Abteilung „Kfz-Schadensbegutachtung“ in eine eigene Service-GmbH ausgliederte, nahm der OGH auch zum Widerspruchsrecht Stellung und lehnte im Einklang mit der hier vertretenen Auffassung ein allgemeines Widerspruchsrecht ab. Nach Analyse der einschlägigen EuGH-Judikatur, nämlich insbesondere der Entscheidungen *Berg*, *Katsikas*, *Merckx-Neuhuys* gelangte der OGH zum Ergebnis, dass keine europarechtliche Verpflichtung zur Einräumung eines allgemeinen Widerspruchsrechts mit der Wirkung bestehe, dass bei einem Betriebsübergang das Arbeitsverhältnis zum Veräußerer aufrecht bleibe. Auch aus der in der Revision herangezogenen E in der Rechtssache Sozialhilfverband Rohrbach (EuGH 26.5.2005, C-297/03) ergäbe sich nichts anderes, weil es damals im Wesentlichen um die mangelhafte Umsetzung der Richtlinie durch den österreichischen Gesetzgeber gegangen sei.

Die Eintrittsautomatik entspräche auch innerstaatlichem Verfassungsrecht, wenn sie an

¹³ Vgl zu alldem G. Schima, Umgründungen im Arbeitsrecht 82 ff.

den Grundrechten der Eigentumsfreiheit und der Erwerbsfreiheit gemessen werde. Der Verfassungsgerichtshof habe in einem Erkenntnis betreffend mit einem Übergang der öffentlichen Bediensteten auf einen privaten Arbeitgeber verbundene Ausgliederungen zu diesen Frage Stellung bezogen. Als verfassungsrechtlich bedenklich habe er jene Fälle gewertet, in denen jegliche Weiterhaftung des Staates für Ansprüche der übertragenen Arbeitnehmer ausgeschlossen werden solle; hingegen habe er die Haftungsbestimmungen beim Betriebsübergang (§ 6AVRAG) als grundsätzlich ausreichend erachtet.

Der OGH – diesen kleinen eitelkeitsgetriebenen Seitenhieb auf das Höchstgericht möchte ich mir nicht verkneifen - übersah in der Begründung seiner Entscheidung zwar meine Monographie aus 2004, in der in der bis dahin sicher ausführlichsten Weise zum Widerspruchsrecht Stellung bezogen worden war, bemühte aber immerhin der Sache nach wesentliche Argumente, die ich dort vorgetragen hatte, wenn er die Parallelen zu den verschiedenen Formen der gesetzlichen Gesamtrechtsnachfolge zog, bei denen schon im Ansatz ein Widerspruch nicht in Betracht käme, oder die Fälle des Eigentümerwechsels bei juristischen Personen, ebenso wie die bei einem Dauerschuldverhältnis immer mit einzukalkulierenden Veränderungen zB in der Betriebsstruktur, der Bonität etc. Daraus folge, so der OGH, dass allein „*dem formellen Aspekt der Person des Vertragspartners auf Arbeitgeber-Seite meist keine besondere Bedeutung zukommt*“. Dass das Arbeitsverhältnis auf Arbeitgeber-Seite im Regelfall keinen besonderen Personenbezug aufweise, zeige sich schon früher, etwa aus der Bestimmung des § 23 Abs 3 AngG, wonach der Angestellte seine Abfertigung verliert, wenn er ohne Grund nicht zum neuen Arbeitgeber wechselt.

Grundsätzlich könne daher aufgrund der klaren Gesetzeslage nicht von einem allgemeinen Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber ausgegangen werden.

Ein über die vorgesehenen Fälle hinausgehendes Widerspruchsrecht werde hingegen, so der OGH, dort zu bejahen sein, wo ein den Widerspruchsgründen des § 3 Abs 4 AVRAG gleichgewichtiger Grund für den Widerspruch vorhanden sein, darauf aber vom Gesetzgeber offenkundig nicht Bedacht genommen worden wäre.

Darüber hinaus könne sich in besonders gelagerten Einzelfällen ergeben, dass die Person des Arbeitgebers auch als Inhalt des Arbeitsvertrages anzusehen sein, wenn etwa auch zu Ausbildungszwecken ein Arbeitsverhältnis zu einem besonderen Künstler begründet werde. Schließlich könne in besonderen Konstellationen auch Rechtsmissbrauch vorliegen, der im Ergebnis ein Widerspruchsrecht rechtfertige.

Die These vom Widerspruchsrecht bei den gesetzlich angeführten Tatbeständen gleichgewichtigen Gründen wirkt auf den ersten Blick naheliegend, ja sogar überzeugend. Freilich bleibt der OGH nähere Erklärungen und insbesondere auch die Klarstellung schuldig, ob er damit dasselbe meint wie jene Vertreter in der Lehre (nämlich zB *Löschnigg, W. Schwarz und Krejci*, aber auch schon früher das OLG Wien), die ein *Widerspruchsrecht bei Unzumutbarkeit der Vertragsfortführung* mit dem Erwerber vertreten. Freilich trifft der Vorwurf fehlender Klarstellung hier nicht nur das Höchstgericht, denn auch die genannten Vertreter dieser These machten nicht deutlich, welcher Maßstab dabei angelegt werden soll. Der allgemeine Unzumutbarkeitsmaßstab bei der vorzeitigen Auflösung von Dauerschuldverhältnissen im Allgemeinen und Arbeitsverhältnissen im Besonderen scheidet wohl aus, weil das Recht zum vorzeitigen Austritt nach Betriebsübergang gegenüber dem Erwerber ohnehin voll intakt bleibt. Dieses deckt aber wohl die vermeintlich (dem allgemeinen) Widerspruchsrecht unterliegenden und tatsächlich mit einem Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers verbundenen Fälle ohnehin weitestgehend ab und verschafft dem Arbeitnehmer gem § 6 AVRAG überdies zwei (nach Belieben in Anspruch nehmbar) Gesamtschuldner für seine Beendigungsansprüche (selbst wenn der Austritt nur einen Tag nach Betriebsübergang gegenüber dem Erwerber erklärt wird). Bejaht man ein Wi-

derspruchsrecht wegen „Unzumutbarkeit“ (das dann – wenn man konsequent ist – nicht die Einhaltung einer Kündigungsfrist verlangt), dann muss der Maßstab des § 3 Abs 5 AVRAG im Auge behalten werden. Verschlechterungen, die mangels „Wesentlichkeit“ nicht das begünstigte Kündigungsrecht auslösen, können auf keinen Fall einen Widerspruch wegen Unzumutbarkeit iS einer das Arbeitsverhältnis zum Veräußerer beendenden vorzeitigen Auflösung wegen Unzumutbarkeit der Vertragsfortführung rechtfertigen.

Hier kann man nur auf die weitere Diskussion und auf mögliche konkrete Anlassfälle gespannt sein, in denen vielleicht Widerspruchsgründe auftauchen, die den in § 3 Abs AVRAG geregelten Fällen gleichwertig sind.

4. Kündigungsverbot und Vorratskündigungen des Veräußerers

Die Betriebsübergangs-Richtlinie enthält bekanntlich ein Kündigungsverbot, das der österreichische Gesetzgeber so nicht umgesetzt hat, das von der Rsp des OGH aber seit jeher – unionsrechtskonform – in das Gesetz hineininterpretiert wird. Rechtsfolge einer wegen des Betriebsüberganges erfolgten Kündigung ist nicht wie zB bei der Sozialwidrigkeit oder Kündigung aus verpönten Motiv gemäß § 105 ArbVG die Anfechtbarkeit, sondern die Unwirksamkeit der Lösungserklärung mit der Konsequenz, dass der Arbeitnehmer auf Feststellung des aufrechten Bestandes des Arbeitsverhältnisses klagen kann.

Mangels ausreichender Zeit kann hier zum schwierigen Problem der Abgrenzung der betriebsübergangsbedingten und unwirksamen von der betriebsbedingten und zulässigen Kündigung nicht näher Stellung bezogen werden.

Vielmehr möchte ich mich auf einen Teilaspekt des Problems beschränken, nämlich auf die Erörterung der Frage, ob „Vorbereitungskündigungen“ bzw „Vorratskündigungen“ des Veräußerers, die dieser deshalb ausspricht, um einen Betrieb bzw Betriebsteil übergabefähig zu machen oder gar um ein Restrukturierungskonzept eines schon konkret vorhandenen Erwerbers umzusetzen, als betriebsbedingte oder als unzulässige betriebsübergangsbedingte Kündigungen zu werten sind.

Legt ein Arbeitgeber die Produktion in einen Betrieb(teil) rationalisierungsbedingt still, um die Veräußerbarkeit der verbleibenden Teile zu ermöglichen und damit deren Lebensfähigkeit zu steigern, kann an der Betriebsbedingtheit von Kündigungen mE nicht gezweifelt werden, selbst wenn diese nur wenige Tage oder Wochen vor dem Betriebs (teil) übergangsstichtag erfolgen. Dies sprach überzeugend auch das Bundesarbeitsgericht schon in einer E vom 18.7.1996¹⁴ aus.

Schon daran erkennt man, dass die Auffassung des OGH, der Veräußerer dürfe nicht durch Kündigung knapp vor Betriebs(teil)übergang das Rationalisierungskonzept des Erwerbers umsetzen,¹⁵ in dieser Allgemeinheit nicht richtig sein kann. Die Befürchtung, anderenfalls könnte der die Kündigung bekämpfende Arbeitnehmer (bzw das Gericht) die vom Veräußerer ins Treffen geführten betrieblichen Gründe kaum überprüfen (so *Gahleitner/Leitsmüller*), übersieht, dass erstens eine Kündigung zeitnah vor Betriebs(teil)übergang zu Lasten des Arbeitgebers eine von diesem zu entkräftende Vermutung begründet, dass die Kündigung wegen des Betriebsüberganges erfolgte und zweitens (dies ist ein Einwand aus praktischer Sicht) die auch bei Kündigungsschutzverfahren unvermeidliche Dauer von zumindest mehreren Monaten in erster Instanz das von *Gahleitner* als Beispiel befürchtete Problem gar nicht entstehen lässt, dass bei mehreren an einer Verschmelzung beteiligten Unternehmen jedes den letztlich insgesamt gegebenen

¹⁴ BAG 18.7.1996, APNR 147 zu § 613 a BGB.

¹⁵ So OGH 28.8.1997, DRdA 1998, 1284 ff (*Wagnest*) = RdW 1997, 739 = ZAS 1998, 143 ff (*G. Winkler*).

personellen Rationalisierungsbedarf als Rechtfertigung für Kündigungen im eigenen Bereich (erfolgreich) heranzieht. Vielmehr kann im Laufe eines Gerichtsverfahrens einer solchen Argumentation der beteiligten Arbeitgeber idR erfolgreich entgegengetreten werden.

Die Meinung des OGH bewirkt vielmehr eine – durch Art 4 RL gerade explizit nicht gewollte – Verschleppung nötiger Rationalisierungsmaßnahmen dadurch, dass wirtschaftlich nicht aufrecht zu erhaltende Arbeitsverhältnisse noch auf den Erwerber übergeleitet und dann beendet werden. Auch die dadurch bewirkte Verbesserung der Haftungssituation des „pro forma“ übergeleiteten Arbeitnehmers gem § 6 AVRAG ist nicht zu rechtfertigen.

In Deutschland ist die hier vertretene Auffassung, eine Kündigung des Veräußerers aufgrund eines Sanierungskonzeptes des Erwerbers verstoße nicht gegen das Verbot betriebsübergangsbedingter Kündigungen (§ 613 a Abs 4 BGB), seit längerem anerkannt.

Das BAG sprach schon 2003¹⁶ in Bekräftigung dieser Position aus, dass eine derartige Kündigung zulässig sei, wenn das Konzept des Erwerbers im Zeitpunkt des Zuganges der Kündigung bereits greifbare Formen angenommen habe. § 613 a Abs 4 BGB bezwecke „keine künstliche Verlängerung des Arbeitsverhältnisses“ bei einer vorhersehbar fehlenden Beschäftigungsmöglichkeit. Es komme – so das BAG – zumindest in der Insolvenz des Veräußerers auch nicht darauf an, ob der Veräußerer das Sanierungskonzept des Erwerbers bei Weiterführung des Betriebes selbst hätte umsetzen können. Diesbezüglich hatte ein anderer Senat des BAG in einer E vom 26.5.1983 gegenteilig judiziert, was der 8. Senat des BAG zu Recht „sanierungsfremd“ ablehnte.

Dies hinderte den OGH freilich nicht, genau diese „sanierungsfremde“ Ansicht aufzugreifen und in einem Erkenntnis von 1997¹⁷ die Meinung zu vertreten, dass der Veräußerer sich auf wirtschaftliche Gründe nur dann berufen dürfe, wenn er ein Konzept des Erwerbers zur Anwendung bringe, das er bei eigener Fortführung des Betriebes selbst hätte aufgreifen können. Mittlerweile hat das BAG diese Ansicht, wie schon erwähnt, 2003 explizit abgelehnt.

Der OGH ließ sich davon bis in die jüngste Zeit offenbar nicht sehr beeindrucken, wenn er sich auf die Formel versteift, dass „vorsorgliche Rationalisierungskündigungen, um dem Erwerber Neustrukturierungen oder Einsparungen zu ermöglichen“, unzulässig seien. In solchen Fällen könne vielmehr erst der Erwerber in den Grenzen des § 105 ArbVG die Kündigung aussprechen, weil nur er die Erfordernisse in seinem Betrieb verlässlich abschätzen und in Prozessen unter Beweis stellen könne. In einem Erkenntnis aus 2002 erteilte der OGH¹⁸ der von mir vertretenen Auffassung eine Absage, wonach vom Erwerber ausgesprochene Kündigungen grundsätzlich nur an § 105 ArbVG zu messen seien, aber wegen des Umstandes, dass das Arbeitsverhältnis ja bereits auf den Erwerber übergeleitet worden sei, nicht als betriebsübergangsbedingt unwirksam sein könnten.

Ein leichtes Aufbrechen dieser starren Linie des OGH betreffend Vorbereitungskündigungen des Veräußerers könnte man aus der E 9 Ob A16/6b folgern, wo das Höchstgericht aussprach, dass bei Vorliegen eines anderen Beweises den Veräußerer (!) bzw den Erwerber die Behauptungs-Beweislast dafür träfe, dass die Kündigung nicht allein aufgrund des Übergangs erfolgte.

¹⁶ BRG 20.3.2003, NZA 2003, 1027 ff.

¹⁷ OGH 28.8.1997, 8 Ob A91/97h.

¹⁸ OGH 5.6.2002, 9 Ob A97/02h DRdA 2003/28 (Binder) = ZAS 2003/46.

5. Betriebsübergang durch Vertragsnachfolge

a) Beispiele und Rechtsprechung

Es ist seit längerem gesicherte Erkenntnis in Lehre und Rechtsprechung nicht nur des österreichischen Obersten Gerichtshofes, sondern auch des letztlich maßgebenden Europäischen Gerichtshofes, dass ein Betriebsübergang auch dadurch stattfinden kann, dass ein Unternehmer (Vertragsgeber) einen bestimmten Vertrag – hier kommen insbesondere Pachtverträge iwS in Betracht – mit dem bisherigen Vertragsinhaber auflöst, und einen neuen Vertrag mit einem anderen Unternehmen abschließt. Man spricht in diesen Fällen von „Auftragsnachfolge“ oder „Vertragsnachfolge“¹⁹.

„Veräußerer“ ist in diesem Fall der alte Vertragsinhaber (ausscheidende Pächter) und „Erwerber“ iSd AVRAG der neue Vertragsinhaber (neuer Pächter).²⁰

Erstmals hatte sich der EuGH mit Vertragsnachfolge-Konstellationen in der Entscheidung vom 7.3.1996 in der Rechtssache *Merckx/Neuhuys*²¹ zu befassen²².

Die Ford Motors Company Belgium SA löste einen Vertriebsvertrag (Eigenhändlervertrag) mit einer Konzerngesellschaft auf, liquidierte diese und übertrug die vertraglichen Rechte an eine andere, 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 jedoch 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 jedoch das Vorliegen eines Betriebsüberganges und sprach aus, dass in Anbetracht der Art der ausgeübten Tätigkeit die „Übertragung von Aktiva“ für die Beantwortung der Frage, ob die betroffene Einheit ihre wirtschaftliche Identität bewahrt habe, nicht ausschlaggebend sei.

Besonders bemerkenswert war der Umstand, dass der EuGH den Umstand, dass der neue Vertragshändler einen (und man kann sich denken: wohl den qualifiziertesten) Teil der Belegschaft übernahm, als Indiz für das Vorliegen eines Betriebsüberganges wertete. Dies war deshalb interessant, weil die Übernahme der Arbeitnehmer ja grundsätzlich nicht Tatbestandsmerkmal, sondern Rechtsfolge des Betriebsüberganges ist.²³

Erklärbar war diese Argumentation damit, dass der EuGH zum Ausdruck bringen wollte, bei Dienstleistungsbetrieben bilde das in der Belegschaft (bzw in der „Kern-Belegschaft“) verkörperte Know-How ein wesentliches Betriebsmittel, weshalb die faktische Nicht-Übernahme von Mitarbeitern ein gegen einen Betriebsübergang sprechendes Indiz sein könne.²⁴

¹⁹ Vgl dazu zB *G. Schima*, Betriebsübergang durch „Vertragsnachfolge“ RdW 1996, 319ff mwN.

²⁰ Vgl zu solchen „Dreiecksverhältnissen“ unter Auftragsneuvergabe (Vertragsnachfolge) im besonderen *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht (2004) 40ff, 42ff mwN.

²¹ EUGH 7.3.1996, Slg 1996, 1253 = RdW 1996, 2014ff mit Anm *Tinhofer* in RdW 1996, 211ff = ARD 4755/24/96 = infas 1996, E 13 = wbl 1996, 204f = EuZW 1996, 212ff mit Anm *Waes*.

²² Vgl zu dieser Entscheidung auch *G. Schima*, RdW 1996, 319ff, 322.

²³ Vgl näher *G. Schima*, RdW 1996, 319ff, 322.

²⁴ Vgl *G. Schima*, RdW 1996, 319ff, 322.

Knapp danach vertiefte der EuGH diese Sichtweise in der Entscheidung „Ayse Sützen“ vom 11. März 1997²⁵, in der es um einen Reinigungsauftrag eines Schulinstituts in Bonn ging. Dieses Schulinstitut hatte den Vertrag mit dem bisherigen Gebäudereinigungsunternehmen beendet und danach in ähnlicher Weise einen Vertrag mit einer anderen Gesellschaft abgeschlossen.

Der EuGH verneinte in dieser Entscheidung einen Betriebsübergang und meinte, dass die Betriebsübergangs-RL keine Anwendung auf einen Sachverhalt finde, „in welchem ein Auftraggeber, der die Reinigung seiner Räumlichkeiten an einen Unternehmer übertragen hatte, diesen Vertrag auflöst, zum Zweck der Durchführung ähnlicher Arbeiten einen neuen Vertrag mit einem anderen Unternehmer abschließt, wenn bei diesem Vorgang weder bedeutende körperliche oder unkörperliche Güter übertragen werden, noch der neue Unternehmer einen in Bezug auf Zahl und Kompetenz wesentlichen Teil des Personals wieder aufnimmt, das der Vorgänger für die Erfüllung seiner Aufgabe eingesetzt hatte.“

Die Entscheidung wurde in Österreich und Deutschland überwiegend zustimmend kommentiert.²⁶ Das Unterbleiben der Übernahme der Belegschaft (das das AVRAG und die Betriebsübergangs-RL gerade verhindern soll) wurde sohin als Fehlen eines wesentlichen Tatbestandsmerkmals des Betriebsüberganges beurteilt.

Umso erstaunlicher war es, dass der EuGH in der Rs *Abler* mit Erkenntnis vom 20.11.2003²⁷ in Erledigung eines vom österreichischen OGH gestellten Vorabentscheidungsersuchens das Vorliegen eines Betriebsübergangs trotz völligen Unterbleibens der Übernahme der Belegschaft im Wesentlichen mit dem Argument bejahte, dass – anders als in der Rs *Ayse Sützen* – bei der Besorgung der Verpflegung in einem Krankenhaus nicht die menschliche Arbeitskraft im Vordergrund stünde, sondern der Weiterverwendung der Räumlichkeiten und der Betriebsküche des Krankenhauses samt dem nötigen unbeweglichen Inventar und den Spülmaschinen erhebliche Bedeutung und die Qualifikation als „wesentliche Betriebsmittel“ zukomme.

Außerdem – so der EuGH – sei klar ersichtlich, dass der neue Auftragnehmer zwangsläufig die Kunden seines Vorgängers übernommen habe, weil diese „gebunden“ seien. Die Nicht-Übernahme der Belegschaft (ja nicht einmal eines Teils derselben) durch den neuen Unternehmer reiche daher nicht aus, „um in einem Bereich wie dem der Verpflegung, bei der es im Wesentlichen auf das Inventar ankommt“, den Übergang einer ihre Identität bewahrenden Einheit iSd RL auszuschließen.²⁸

Die Entscheidung des EuGH in der Rs *Abler* warf mehr Fragen auf, als sie beantwortete. Denn die Aussage, bei der Verpflegung stehe die menschliche Arbeitskraft weniger im Vordergrund (gemeint: als bei Reinigungstätigkeiten, wie sie in der Rs *Ayse Sützen* zu beurteilen waren) lässt sich zumindest als generalisierende These nicht aufrechterhalten, in etwas anders gelagerten Fallkonstellationen kann genau das Gegenteil richtig sein. Vergleicht man nämlich ein Restaurant in der Spitzengastronomie mit der Reinigung eines Wolkenkratzers, dann verhält es sich so, dass der menschlichen Arbeitskraft im ersten Fall die viel höhere Bedeutung für die Betriebsidentität zukommt als im zweiten (weil die Glasfassade von Wolkenkratzern bekanntlich mit relativ aufwendigen Maschinen gereinigt zu werden pflegt).²⁹

²⁵ EuGH 11.3.1997, Slg 1997, 1259 - *Ayse Sützen* = AnwBl 1997, 314 = ASoK 1997, 118ff = DRdA 1997, 305ff mit Anm *Kirschbaum* = RdW 1997, 216f = ARD 4831/29/97 = ZAS 1997, 32 = wbl 1997, 162ff = infas 1997 E 7, ZER 1997 123ff = ecolex 1997, 379f.

²⁶ Vgl die Nachweise bei *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht (2004) 34, Fn 156.

²⁷ EuGH 20.11.2003, Rs C-340/01 – *Abler* = DRdA 2004, 189 = ASoK 2004, 52 = ARD 5491/4/2004 = ecolex 2004/27 = ZESAR 2004, 135 ff mit Anm *Reissner*.

²⁸ Vgl dazu näher *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht (2004) 25ff.

²⁹ Das Beispiel stammt von *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht (2004) 27.

Die Weiterbenutzung der Betriebsküche und der ortsfesten Einrichtungen ergab sich aufgrund der Standortgebundenheit geradezu zwangsläufig. Ihr stand neben der Nicht-Übernahme von Beschäftigten des früheren Pächters die Nicht-Übernahme von Bezugsverträgen, von beweglichem Inventar, Rezepturen, Menüplänen, etc gegenüber. Letztere geben einem Restaurantbetrieb viel stärker das typische Gepräge als die verwendeten Küchenmaschinen.³⁰

b) Keine vertraglichen Beziehungen zwischen Veräußerer und Erwerber

Eine Besonderheit der „Vertragsnachfolge“ ist der Umstand, dass es zwischen Veräußerer (Alt-Pächter) und Erwerber (Neu-Pächter) keine vertraglichen Beziehungen gibt. Dies ist nach dem österreichischen AVRAG schon deshalb kein Hindernis für einen Betriebsübergang, weil das österreichische Gesetz überhaupt vom Erfordernis der Existenz vertraglicher Beziehungen absieht, sodass zB auch auf Gesetz bestehende Übertragungen unter § 3 Abs 1 AVRAG fallen.³¹

Das Fehlen vertraglicher Beziehungen zwischen Veräußerer und Erwerber bei der „Auftragsnachfolge“ ist für die beteiligten Unternehmen deshalb misslich, weil aufgrund dieses Umstands Veräußerer und Erwerber des möglichen Betriebsübergangs die sich daraus zwischen ihnen ergebenden rechtlichen Probleme und Haftungsfragen nicht durch vertragliche Regelung lösen können.

Vielmehr liegt es am „Vertragsgeber“ (Verpächter), bei der Gestaltung des Pachtvertrages darauf zu achten, dass bei einer Neuverpachtung (i) seine eigenen Interessen bestmöglich gewahrt bleiben und (ii) Rechtstreitigkeiten mit dem alten und/oder dem neuen Pächter oder zwischen den Pächtern tunlichst hintan gehalten werden.³²

c) Kein Zwischenerwerb durch den Verpächter in einer „logischen Sekunde“

Heute so gut wie unstrittig ist, dass im Falle von „Dreiecksverhältnissen“ wie der Auftragsneuvergabe ein Betriebsübergang nur einstufig und nicht zweistufig erfolgen kann, dh nicht zunächst der Betrieb für eine „juristische Sekunde“ vom Alt-Pächter auf den Vertragsgeber (Verpächter) übergeht und sodann von letzterem auf den Neu-Pächter.³³

Dies ist jedenfalls für die lückenlose Vertragsnachfolge gesichert. Probleme bereiten kann freilich jene Konstellation, dass der Vertragsgeber (Verpächter) den Vertrag mit dem bisherigen Vertragsinhaber (zB auch aus wichtigem Grund wegen dessen Fehlverhaltens) auflöst, und nicht sofort einen neuen Vertragsinhaber findet, sodass in der Zwischenzeit der Betrieb durch den Vertragsgeber (Verpächter) vorübergehend selbst bewirtschaftet wird. In solchen Fällen überzeugt es zumindest dann, keinen Betriebsübergang auf den Vertragsgeber (Verpächter) anzunehmen, wenn dieser in einer für die Arbeitnehmer erkennbaren Weise den Betrieb nur vorübergehend, für einen überschaubaren Zeitraum

³⁰ Vgl *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht (2004) 27.

³¹ So schon die Gesetzesmaterialien 1077 BlgNR XVIII GP 110; vgl auch OGH 23.12.1998, ARD 5006/9/99; *Gahleitner/Leitmüller*, Umstrukturierung und AVRAG 105; *G. Schima*, RdW 1996, 323. Anders dagegen § 613a Abs 1 BGB, der eine „vertragliche Übertragung“ verlangt, ohne dass aber gemäß der in Deutschland hM die vertraglichen Beziehungen zwischen Veräußerer und Erwerber bestehen müssten (vgl BAG 24.2.1981, AP Nr 24 zu § 613a BGB).

³² Ausführliche Hinweise zum vertraglichen Handlungsbedarf bei *G. Schima*, RdW 1996, 319ff, 329 und *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht (2004) 200ff, 204ff.

³³ Vgl *Krejci*, Betriebsübergang 67; *Holzer/Reissner*, AVRAG 73; *G. Schima*, RdW 1996, 319ff, 323; *Grießer*, ZAS 2001, 22 implizit auch OGH 7.10.1998, ecolex 1999, 276ff = DRdA 200, 200; *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht (2004) 41.

führt, bis ein neuer Vertragsnehmer gefunden ist. Es wird also erforderlich sein, den betroffenen Arbeitnehmern das „Provisorium“ zu kommunizieren, um einen Betriebsübergang auf den Vertragsgeber (Verpächter) zu verhindern.³⁴

d) Probleme der vertraglichen Gestaltung zwischen den beteiligten Unternehmen

aa) Nun möchte ich mich abschließend der Frage der Gestaltung von Pacht- oder Betriebsführungsverträgen etc und der Frage widmen, in welcher Weise das „AVRAG-Risiko“ dort zwischen den beteiligten Unternehmen verteilt bzw umverteilt werden kann. Dazu möchte ich einen Fall aus der Praxis bemühen.

Es ging um die Neuverpachtung eines Restaurants in einem Museum. In Pkt XVI („Sonstige Bestimmungen“) 6. des Vertrages mit dem scheidenden Altpächter („Alt-Pachtvertrages“) war Folgendes geregelt:

„Festgehalten wird, dass das Bestandobjekt dem Pächter von der Verpächterin ohne jegliche Dienst-, Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnisse übergeben wird. Auch im Fall einer Beendigung des Bestandsverhältnisses gehen daher keine Dienst-, Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnisse vom Pächter auf die Verpächterin über. Der Pächter erklärt bereits jetzt, die Verpächterin hinsichtlich allfälliger Ansprüche aus Dienst-, Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnissen aus der Unternehmensführung des Pächters (insbesondere nach den Bestimmungen des AVRAG) im Falle der Beendigung des Bestandsverhältnisses schade- und klaglos zu halten.“

bb) Die Alt-Pächterin betreibt bzw betrieb in den vom Museum zur Verfügung gestellten Räumlichen ein Gourmet-Restaurant. Dessen Betrieb gab in den letzten Monaten und Jahren zunehmend Anlass zu Unzufriedenheit. Kundenbeschwerden über schlechtes Service und der Art des Restaurants nicht angemessene Qualität der dargebotenen Produkte häuften sich, sodass die Leitung des Museums beschloss, den befristeten Pachtvertrag nicht mehr zu verlängern und einen neuen Pachtvertrag mit einem anderen Unternehmen („Neu-Pächter“) abzuschließen.

cc) Pkt XVI („Sonstige Bestimmungen“) 6. Des Neu-Pachtvertrages lautet:

„Festgehalten wird, dass das Bestandobjekt dem Pächter von der Verpächterin ohne jegliches Dienst-, Arbeits- oder sonstiges Beschäftigungsverhältnis übergeben wird. Auch im Fall einer Beendigung des Pachtverhältnisses gehen daher keine Dienst-, Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnisse vom Pächter auf die Verpächterin über. Der Pächter erklärt bereits jetzt, die Verpächterin hinsichtlich allfälliger Ansprüche aus Dienst-, Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnissen aus der Unternehmensführung des Pächters (insbesondere nach den Bestimmungen des AVRAG) im Falle der Beendigung des Pachtverhältnisses schad- und klaglos zu halten.“

dd) Der scheidende Alt-Pächter interpretierte die oben im Sachverhalt wörtlich wiedergegebene Klausel in Pkt XVI.6. des Alt-Pachtvertrags so, dass der Alt-Pächter dadurch *nicht* verpflichtet werde, gegenüber dem Verpächter auch sicherzustellen, dass kein Betriebsübergang auf den Neu-Pächter vorliegt, also auf den Neu-Pächter keine Arbeitsverhältnisse des Alt-Pächters übergehen.

³⁴ Dazu näher G. Schima, RdW 1996, 319ff, 323f.

Dieses Verständnis leitet der Alt-Pächter aus dem zweiten Satz von Pkt XVI.6. ab, wonach „auch im Fall einer Beendigung des Bestandsverhältnisses daher keine Dienst-, Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnisse vom Pächter **auf die Verpächterin über(gehen)**“.

Da ein solcher Dienstvertragsübergang auf den Verpächter ja (unstrittig) nicht eintrete, verletze der Alt-Pächter – so offenbar dessen Argumentation – keine Verpflichtungen gegenüber dem Verpächter, wenn Arbeitsverhältnisse vom Alt-Pächter auf den Neu-Pächter übergehen.

ee) Dieses Verständnis der Vertragsbestimmung überzeugt indes mE nicht.

Eingeräumt werden muss zunächst, dass die Formulierung nicht besonders geglückt ist. Denn die Vertragspartner haben das Problem zwar offenbar erkannt und angesprochen, aber nicht in einer so detaillierten und klaren Weise geregelt, dass alle Auslegungsschwierigkeiten beseitigt wären. Hätten sie dies, wäre das nun aufgetretene Problem gar nicht existent, weil seine Rechtsfolgen klar zutage lägen.

Ausgegangen werden muss davon, dass auch im Jahr 2005 aufgrund der damals vorliegenden Rsp feststand, dass bei „Vertragsnachfolge“ grs nur der Alt-Pächter als Veräußerer und der Neu-Pächter als Erwerber in Betracht kommt, ein „Zwischenerwerb“ auf den Verpächter innerhalb einer „juristischen Sekunde“ hingegen ausscheidet (siehe oben).

Es konnte daher (den hier zu vernachlässigenden Fall der Weiterbewirtschaftung des Restaurants durch den Verpächter einmal ausgeklammert) von vornherein nur um den möglichen Übergang von Arbeitsverhältnissen vom Alt-Pächter auf den Neu-Pächter gehen.

Wenn nun der Alt-Pächter meinte, aus dem zweiten Satz von Pkt XVI.6. schließen zu können, er habe sich nur verpflichtet, den Verpächter von der Übernahme von Arbeitsverhältnissen betreffend das Restaurant freizuhalten, dann wird einerseits diese Ausgangslage, andererseits der offensichtliche Zweck der Bestimmung und drittens der dritte Satz von Pkt XVI.6. außer Acht gelassen.

In diesem dritten Satz erklärt nämlich der Alt-Pächter ausdrücklich und „bereits jetzt, die Verpächterin hinsichtlich allfälliger Ansprüche aus Dienst-, Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnissen aus der Unternehmensführung des Pächters (insbesondere nach den Bestimmungen des AVRAG) im Falle der Beendigung des Bestandsverhältnisses *schad- und klaglos zu halten*.“

ff) Eine solches Schad- und Klagloshaltungs-Verpflichtung kann sich aber *ex definitione* nur auf Ansprüche *Dritter* und nicht auf solche des Alt-Pächters selbst beziehen. Würde es sich nämlich um Ansprüche des Alt-Pächters gegen den Verpächter handeln, bedürfte es keiner „Schad- und Klagloshaltungs-Erklärung“ sondern bloß eines gegenüber dem Verpächter erklärten *Verzichtes*.

Gegenstand der Schad- und Klagloshaltungs-Verpflichtung können daher nur Ansprüche *Dritter* sein, die an den Verpächter iZm der Anwendung des AVRAG herangetragen werden.

Dass idZ nur ganz bestimmte Dritte, zB Arbeitnehmer, gemeint sind, lässt sich der Bestimmung nicht entnehmen und folgt auch nicht aus der Formulierung, dass es sich um Ansprüche „aus“ Dienstverhältnissen handeln muss. Ein solches Verständnis wäre vor dem gerade beleuchteten Hintergrund auch eher widersinnig, dass der Verpächter als neuer Arbeitgeber der übergegangenen Arbeitnehmer aus rechtlichen Gründen gar nicht in Betracht kommt, Arbeitnehmer daher nur entweder Ansprüche gegen ihren alten Arbeitgeber (eben den Alt-Pächter) oder den kraft Betriebsübergangs zum Arbeitgeber gewordenen Neu-Pächter erheben könnten.

Auch der Neu-Pächter kann mE daher ein solcher „anspruchserhebender Dritter“ sein, gegen dessen Ansprüche der Verpächter sich durch Pkt XVI.6. sichern wollte.

gg) Pkt XVI.6. kann meinem Verständnis nach daher nur so interpretiert werden, dass der Alt-Pächter sich darin verpflichtet, die Arbeitnehmer bei Übergabe des Pachtgegenstandes „zurückzunehmen“, dh deren Dienstverhältnisse wirksam zu beenden oder diese in anderen Betriebsstätten des Alt-Pächters einzusetzen. Die Verpflichtung besteht also nicht nur darin, den Verpächter vom Übergang von Arbeitsverhältnissen freizuhalten, denn bei derartiger Auslegung wäre die Bestimmung mangels Anwendungsbereichs inhaltsleer. Auch Vertragsnormen dürfen im Zweifel (wie Gesetze) nicht so ausgelegt werden, dass sie keinen Sinn ergeben.

hh) Für den Alt-Pächter ist eine derartige Verpflichtung nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis zumindest in der damals zu beurteilenden Fallkonstellation auch keineswegs zu beschwerlich (und daher auch nicht im Entferntesten sittenwidrig), und dies aus zumindest zwei Gründen: Erstens gehörte der Alt-Pächter zu einer größeren Unternehmensgruppe, die über viele Betriebsstätten verfügt und daher auch rein betriebswirtschaftlich die Möglichkeit hat, eine vergleichsweise überschaubare Gruppe von rund 15 Arbeitnehmern in anderen Betriebsstätten einzusetzen.

ii) Zweitens hätte der Alt-Pächter ohne weiteres die Möglichkeit gehabt, die Arbeitsverträge auf Vertragsdauer (in concreto: 10 Jahre und 7 Monate) zu befristen und diese gleichzeitig mit einer beiderseitigen Kündigungsmöglichkeit zu versehen. Der Pachtvertrag zwischen dem Alt-Pächter und dem Verpächter wurde bislang kein einziges Mal verlängert; die Problematik möglicher „Kettendienstverträge“ wäre daher gar nicht aufgetreten.

Mit der wirksamen Befristung der Arbeitsverhältnisse würde der Alt-Pächter gar nicht vor der Notwendigkeit von Kündigungen und dem Problem stehen, dass diese als „betriebsübergangsbedingt“ mit beträchtlicher Wahrscheinlichkeit rechtsunwirksam wären.

jj) Die hier vertretene Auslegung des Pkt XVI.6. des Alt-Pachtvertrags scheitert auch nicht daran, dass dessen ungeachtet Konstellationen denkbar sind, in denen der Alt-Pächter seiner Verpflichtung, den Pachtgegenstand ohne jegliche Arbeitsverhältnisse zu übergeben, aus rechtlichen Gründen nicht nachzukommen vermag. In so einem Fall liegt bloß (nachträgliche) schlichte Unmöglichkeit (siehe dazu auch unten) vor und wäre der Alt-Pächter nach den Grundsätzen des Zivilrechts verpflichtet, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu leisten, müsste also zB erhöhte Trennungskosten (soweit sie zunächst den Neu-Pächter als Betriebserwerber treffen sollten) begleichen oder für Gehaltsdifferenzen aufkommen, die dadurch entstehen, dass die Belegschaft des Alt-Pächters teurer ist als jene, die der Neu-Pächter einsetzen möchte und einsetzt.

e) Ansprüche des Neu-Pächters gegen den Verpächter

Das Museum als Verpächter hat mit dem Neu-Pächter in Pkt XVI.6. die gleichlautende Vereinbarung getroffen, wie die vorhin erwähnte mit dem Alt-Pächter.

Dies bedeutet, dass der Verpächter sich verpflichtet hat, den Pachtgegenstand dem Neu-Pächter „ohne jegliches Dienst-, Arbeits- oder sonstiges Beschäftigungsverhältnis“ zu übergeben.

Für diese Verpflichtung gilt das gerade zur aus Pkt XVI.6. des Alt-Pachtvertrages abgeleiteten Verpflichtung des Alt-Pächters gegenüber dem Verpächter Gesagte: Wenn das Museum als Verpächter aus rechtlichen Gründen nicht in der Lage sein sollte, diese Zusage zu erfüllen, dann liegt bloß (nachträgliche) schlichte Unmöglichkeit vor, und wäre der Verpächter verpflichtet, Schadenersatz wegen Nicht-Erfüllung zu leisten.

Die Berechnung des Schadens kann in dieser Konstellation schwierige Fragen aufwerfen, denen ich mich schon aus Zeitgründen hier vorerst nicht vertieft widmen kann.

Eine ganz zentrale Frage lautet zB, ob der Neu-Pächter, wenn aufgrund eines angenom-

menen Betriebsübergangs Arbeitsverhältnisse des Alt-Pächters auf ihn übergehen, die derzeit auch nicht rechtswirksam bzw anfechtungsfest gekündigt werden können, einfach seine eigenen Leute beschäftigen und das Entgelt für die trotz Nichtarbeit weiter zu entlohnenden (§ 1155 ABGB), übergegangenen Arbeitnehmer den Verpächter als ersatzfähigen Schaden in Rechnung stellen kann, oder ob es die den Neu-Pächter wie jeden Geschädigten treffende Schadenminderungspflicht gebietet, dass der Neu-Pächter die von ihm nicht gewollte, aber aufgrund des § 3 Abs 1 AVRAG auf ihn übergegangene Belegschaft, soweit zumutbar, beschäftigt und dem Verpächter als ersatzfähigen Schaden nur die Differenz zwischen einer allfälligen höheren Entlohnung und der niedrigeren in Rechnung stellt, die der Neu-Pächter bei Beschäftigung eigener Leute hätte entrichten müssen.

Gegen den ersten Weg scheint zu sprechen, dass damit uU gewaltige Schadensbeträge zusammenkommen, denen der Neu-Pächter mit überwiegend wohl zumutbaren Mitteln zumindest zum Großteil entgehen könnte.

Für die zweite Variante kann aber ins Treffen geführt werden, dass dem Neu-Pächter vom Verpächter im Pachtvertrag eben vertraglich zugesichert wurde, dass er keine Mitarbeiter „umgehängt“ bekommt, sondern sein spezielles Unternehmens-Konzept mit von ihm selbst ausgesuchten Leuten verwirklichen kann. Dieser Umstand dürfte für einen neu antretenden Restaurant-Pächter, der sich an einem ziemlich prominenten Standort erst einen Ruf erarbeiten muss, von eminenter Bedeutung sein. Dem im Schadenersatzrecht grundsätzlich vorherrschenden Primat der „Naturalrestitution“ entspräche daher die zweite Variante – Anstellung eigenen Personals durch den Neu-Pächter und Weiterzahlung des übergegangenen Personals ohne Verwendung samt Geltendmachung der damit verbundenen Kosten als Schaden – besser als die erste Variante.

f) Ansprüche des Neu-Pächters gegen den Verpächter als Basis für Regressansprüche des Verpächters gegen den Alt-Pächter

Dieses Thema wurde oben bereits angerissen. Es geht um die Frage, ob mit der Anwendung des AVRAG und dem Betriebsübergang zusammenhängende Ansprüche des Neu-Pächters gegen den Verpächter (weil dieser seine Zusage, dem Neu-Pächter einen Pachtgegenstand ohne Mitarbeiter zu übergeben, nicht einhalten kann) in den Anwendungsbereich der in Pkt XVI.6. des Alt-Pachtvertrages geregelten Schad- und Klagloshaltungs-Verpflichtung des Alt-Pächters gegenüber dem Verpächter fällt. Diese Frage ist mE zu bejahen. Oben wurde bereits dargelegt, dass die Schad- und Klagloshaltungs-Verpflichtung sich ihrer Natur gemäß nur auf Ansprüche Dritter beziehen kann, die an den Verpächter gerichtet werden und dass der vertraglichen Regelung keine Eingrenzung auf bestimmte Dritte (also zB nur Arbeitnehmer, nicht aber den Neu-Pächter) nicht entnommen werden kann. Gefragt werden könnte unter diesem Blickwinkel noch, ob eine Subsumierung der vom Neu-Pächter gegen den Verpächter gerichteten Ansprüche aus der Verletzung der Zusage der „Arbeitnehmerlosigkeit“ des Pachtgegenstandes unter die Schad- und Klagloshaltungs-Verpflichtung des Alt-Pächters nach Pkt XVI.6. des Alt-Pachtvertrages zu einer uferlosen Ausweitung der Verpflichtung des Alt-Pächters führen würde. Davon kann indes nicht die Rede sein. Denn die Ansprüche des Neu-Pächters wegen Verletzung der ihm gegenüber eingegangenen Verpflichtung, den Pachtgegenstand ohne Mitarbeiter zu übergeben, um dem Neupächter die Möglichkeit zu geben, eigenes Personal einzusetzen, liegt geradezu im Kernanwendungsbereich einer „AVRAG- Schad- und Klagloshaltungs-Verpflichtung“. Hier geht es ja nicht um untypische, nur aufgrund einer Verkettung selten zusammentreffender Umstände entstehende Ersatzansprüche, sondern um jene, die völlig naheliegend aus der Verletzung der Zusage resultieren, den Pachtgegenstand ohne Arbeitnehmer zu übergeben, der der Alt-Pächter durch „Rücknah-

me“ der Arbeitnehmer, ordnungsgemäße Beendigung oder Einsatz an anderen Betriebsstätten nachkommen müsste und könnte.

Nun noch ein ganz wesentlicher Hinweis: Das hier vertretene Verständnis der vertraglichen Abmachungen und die volle rechtliche Anerkennung einer pachtvertraglichen Bestimmung, die selbst im Falle eines klaren Betriebsübergangs den scheidenden Pächter verpflichtet, für die „Arbeitnehmerlosigkeit“ des Pachtgegenstandes zu sorgen, gerät richtiger Weise nicht selbst mit den Bestimmungen des AVRAG in Konflikt und bedeutet auch keine Umgehung von dessen Vorschriften.

Denn die Bestandskraft der Vorschriften des AVRAG – insbesondere des § 3 Abs 1 – und deren einseitig zugunsten der Arbeitnehmer zwingende Wirkung wird durch die Anerkennung solcher pachtvertraglicher Klauseln in keiner Weise beeinträchtigt. Zum einen sollen solche Vertragsklauseln ja auch den Fall erfassen, dass ein Betriebsübergang tatsächlich nicht gegeben ist. Dies weiß man gerade bei der Vertragsnachfolge im Vorhinein meist nicht, weil bei der Auftragsneuvergabe eine so weitreichende Änderung der ausgeübten Tätigkeit erfolgen kann, dass die Betriebsidentität nicht mehr gewahrt ist. So hat ja auch das deutsche BAG schon vor längerem zu Recht ausgesprochen, dass die Umwandlung eines gutbürgerlichen Restaurants mit deutscher Küche in ein arabisches Spezialitätenrestaurant im Zuge der Neuverpachtung einem Betriebsübergang mangels Bewahrung der Betriebsidentität im Wege stehe.

Außerdem steht die Durchsetzung der pachtvertraglichen Verpflichtung, den Pachtgegenstand ohne Arbeitnehmer zu übergeben, immer unter dem Vorbehalt der rechtlichen Umsetzbarkeit in Anbetracht der Bestimmungen des AVRAG. Dass eine solche pachtvertragliche Verpflichtung als „geradezu unmöglich“ iSd § 878 1. Satz ABGB zu verstehen ist, kann nicht ernsthaft behauptet werden.

Auch rechtliche Unmöglichkeit³⁵ liegt in diesem Fall nicht vor. Denn der Fall ist nicht anders zu behandeln als die Erfüllung des Vertrages über die Erbringung einer mit einem Veräußerungs- und Belastungsverbot belegten Liegenschaft als Sacheinlage in eine GmbH. Auch diese ist nicht unmöglich, kann doch keineswegs ausgeschlossen werden, dass der Verbotsberechtigte der Löschung des Verbots zustimmt.³⁶

Im vorliegenden Fall kann der Alt-Pächter die Zusage gegenüber dem Verpächter dadurch erfüllen, dass er entweder mit den Arbeitnehmern vereinbart (oder aufgrund eines einseitigen Versetzungsrechtes dies im Anordnungswege durchführt), an anderen Betriebsstätten zu arbeiten, oder Vereinbarungen über die einvernehmliche Auflösung der Dienstverhältnisse abschließt. Es kann nicht bezweifelt werden, dass bei Aufwendung entsprechender Geldmittel jeder Arbeitnehmer ab einem bestimmten Punkt letztlich bereit sein wird, der einvernehmlichen Auflösung zuzustimmen.

g) Regressansprüche des Neu-Pächters gegen den Alt-Pächter

Auch direkte Ansprüche des Neu-Pächters gegen den Alt-Pächter sind denkbar, selbst wenn zwischen den beiden Unternehmen kein Vertragsverhältnis besteht.

Dies folgt aus § 6 Abs 2 AVRAG, der die Veräußerer-Haftung für sich nach der Dienstdauer richtende Ansprüche regelt.

So haftet der Veräußerer zB für Abfertigungsansprüche, die nach dem Betriebsübergang entstehen, fünf Jahre nach dem Betriebsübergang mit jenem Betrag, der dem fiktiven Abfertigungsanspruch im Zeitpunkt des Betriebsübergangs entspricht. Eine nähere Regelung enthält das Gesetz auch für Ansprüche auf Betriebspension.

³⁵ Vgl dazu zB *Graf in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON (2010) § 878 Rz 5ff.

³⁶ Zutreffend *Graf in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON (2010) § 878 Rz 8 gegen OGH 5 Ob 1602/92, RdW 1993, 178; wie hier auch *Apathy/Riedler in Schwimann*, ABGB³ § 878 Rz 2; vgl auch *Rummel in Rummel*, ABGB³ § 878, Rz 2

Details können hier aus Zeitgründen nicht beleuchtet werden.³⁷ Als Grundsatz hat zu gelten, dass der – von einem direkten Vertragsverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber nicht abhängige – Regress zwischen Erwerber und Veräußerer sich in Anwendung des § 896 ABGB und unter Berücksichtigung bereicherungsrechtlicher Erwägungen nach dem Ausmaß des Nutzens bestimmt, den der betroffene Arbeitgeber aus dem Arbeitnehmer gezogen hat, wobei der Grad dieses Nutzens vereinfacht mit dem Anteil an der Dienstdauer gleichgesetzt werden kann.³⁸

Nur bei der Abfertigung korrigierte der OGH dieses Aliquotierungsprinzip dahingehend, dass er den Regressanspruch des Erwerbers gegen den Veräußerer für die anteilige Abfertigung mit der den Veräußerer gegenüber dem Arbeitnehmer gemäß § 6 Abs 2 AVRAG treffenden Haftung gleichsetzt und in Höhe des bei Anwendung des § 23 AngG und Berücksichtigung der darin geregelten Abfertigungssprünge gegen den Veräußerer im Betriebsübergangszeitpunkt (unter der Annahme einer fiktiven Arbeitsvertragsbeendigung) bestehenden Abfertigungsanspruches definiert.³⁹

Dies bedeutet also, dass dann, wenn ein auf den Erwerber übergegangener Arbeitnehmer zwischen dem Betriebsübergangszeitpunkt und dem Zeitpunkt des späteren Ausscheidens beim Erwerber keinen weiteren Abfertigungssprung mehr macht (oder wegen Vollendung von 25 Dienstjahren schon im Betriebsübergangszeitpunkt nicht mehr machen kann), der Erwerber für die volle Abfertigung Regress nehmen kann und es nicht zu einer Aliquotierung nach Dienstdauer kommt.

Geht man von der – freilich kritikwürdigen und von mir auch schon abgelehnten⁴⁰ - Auffassung des OGH aus, dann haftet der Veräußerer dem Erwerber aliquot auch für die Urlaubersatzleistung und für von der Dienstdauer abhängige „Remunerationen“.⁴¹

Diese Auffassung könnte im vorliegenden Fall für den Neu-Pächter günstig sein, auch wenn sie nicht überzeugt, weil ein Regressanspruch des Erwerbers gegenüber dem Veräußerer ja dessen eigene Haftung voraussetzt.⁴² Eine solche ordnet das Gesetz aber für Urlaubersatzleistungen und Remunerationen weder in § 6 Abs 2 noch in § 6 Abs 1 AVRAG an.

Die Ansicht des OGH ist zwar wohl „gerecht“, entbehrt aber einer ausreichenden Stütze im Gesetz.⁴³

Damit beschließe ich meine Ausführungen, danke Ihnen für Ihre Geduld und freue mich auf eine spannende Diskussion.

³⁷ Vgl ausführlich dazu *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht (2004), 192ff.

³⁸ So *G. Schima*, RdW 1996, 319ff, 328 und 329 FN 60; sich diesem anschließend OGH 16.12.2003, ARD 5478/2/2004 = *ecolex* 2004, 205f; dazu *Wratzfeld*, Betriebsübergang und Rückgriff auf den Vorpächter, *ecolex* 2004, 195ff; *Rauch*, Regress bei Betriebsübergang an einen neuen Pächter, *ASoK* 2004, 119ff; *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht (2004), 193f.

³⁹ Vgl dazu kritisch *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht (2004), 194f.

⁴⁰ Vgl *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht (2004), 195f.

⁴¹ OGH 16.12.2003, ARD 5478/2/2004 = *ecolex* 2004, 205f.

⁴² Vgl *Rebhahn*, *JB1* 1999, 717; *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht (2004), 195.

⁴³ Vgl *G. Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht (2004), 197.