

ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR
WIRTSCHAFTSRECHT
OKTOBER 2002

10

7 1 3 - 7 8 8

Gaswirtschaft / Ökostrom / Energie-Control-GmbH

Energierrecht

E-Commerce-Gesetz

Haftungsfreistellungen

Eigenkapitalersatz

Regelungsvorbild USA

Der Fall „Blaue Lagune“

Betriebsübergangsrecht in der Anwendung

Kommunalsteuer

Neueste Rechtsprechung

Verfassungswidrig

ESt-Sondervorauszahlung

Nicht nur Betriebsanlagen

Gewerberechtsnovelle 2002

OGH 20. 6. 2002, 6 Ob 184/01 d	• Zur Frage, ob der Anspruch des Notgeschäftsführers auf Entlohnung und Ersatz der Barauslagen Konkurs- oder Masseforderung ist	751
OGH 12. 3. 2002, 5 Ob 35/02 m	• Anhebungsrecht nach § 12a Abs 3 MRG bei Ausscheiden einer zu 50% an der Komplementär-GmbH beteiligten Person?	751
OGH 25. 6. 2002, 5 Ob 138/02 h	• Präsentationsrecht des Mieters schließt Mietzinsanhebung nach § 12a MRG nicht aus	752

WETTBEWERBS- UND IMMATERIALGÜTERRECHT ■

Berichtigung zu OGH 4 Ob 17/02 g – EDV-Firmenbuch (ecolex 2002, 675)		753
EuGH 23. 4. 2002, C-443/99 Merck, Sharp & Dohme GmbH / Paranova Pharmazeutika Handels GmbH und C-143/00 Boehringer Ingelheim KG ua / Swingward Ltd ua	• Zur Erforderlichkeit des Umpackens von Arzneimitteln (<i>Martin Reinisch</i> und <i>Reinhard Schanda</i>)	753
OGH 29. 1. 2002, 4 Ob 284/01 w	• Vorabentscheidungsverfahren zu § 30 UWG (<i>Bernhard Tonninger</i>)	754
OGH 16. 7. 2002, 4 Ob 156/02 y	• Keine Markenverletzung durch Domain-kinder.at (<i>Reinhard Schanda</i>)	755

ARBEITSRECHT ■

Betriebsübergang als Anwendungsproblem Dieter G. Kindel		756
OGH 18. 4. 25. 9. 2002 8 ObA 136/01 k	• Vertrauensschutz gegen Änderungskündigung (<i>Wolfgang Mazal</i>)	760
OGH 8. 8. 2002, 8 ObA 277/01 w	• Atypische Dienstleistungsverhältnisse: Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens	761

STEUERRECHT ■

Aktuelle abgabenrechtliche Judikatur der Höchstgerichte zum KommStG Roman Leitner / Helmut Käferböck		763
VfGH: ESt-Sondervorauszahlung verfassungswidrig Stephan Frotz / Lukas Repa		766
VwGH 22. 5. 2002, 99/15/0059	• Unangemessenheit einer Pensionszusage wegen Nichtanrechnung der gesetzlichen Pension (<i>Helmut Käferböck</i>)	768
VwGH 19. 6. 2002, 98/15/0142	• Lohnsteuerpflicht für Prämien zu Pensionsrückdeckungsversicherung	769
VwGH 19. 3. 2002, 97/14/0133	• Unechte Mitgliedsbeiträge an eine Wassergenossenschaft (<i>Georg Kofler</i>)	770
VwGH 19. 6. 2002, 2000/15/0053	• Umsatzsteuerliche Behandlung einer Dialysestation	772
VwGH 26. 6. 2002, 2000/13/0013	• Entgelte an Subunternehmer als versteckte Schwarzarbeiterlöhne	773
VwGH 2. 7. 2002, 96/14/0074	• Sachliche Unbilligkeit bei Nachsichtsbegehren betreffend Umsatzsteuer (<i>Robert Bachl</i>)	774
VwGH 28. 5. 2002, 96/14/0040	• Lohnsteuerfreiheit für Zukunftssicherungsmaßnahmen (<i>Robert Bachl</i>)	775

ÖFFENTLICHES WIRTSCHAFTSRECHT ■

Die Gewerbeordnungsnovelle 2002 im Überblick Siegfried Lachmair		777
VwGH 3. 4. 2002, 2001/04/0205	• KEG als Bescheidadressat (<i>Walter Schwartz</i>)	780
VwGH 18. 3. 2002, 99/17/0136	• Auswirkungen einer Verschmelzung auf öffentlich-rechtliche Pflichten und Rechte (<i>Walter Schwartz</i>)	781
UVS Kärnten 26. 6. 2002, KUVS-K1-696/8/2002	• Erbringen von Wertpapierdienstleistungen im Inland; Ort der Beratung und Portfolioverwaltung (<i>Rainer Wolfbauer</i>)	781

EUROPA ■

Vorentwurf für Rom II Christian Handig		783
Rechtsprechungsübersicht Europäische Gerichte Sebastian Bohr / Brigitta Jud		785

Betriebsübergang als Anwendungsproblem

Betriebsübergangsrecht zählt zum täglichen Brot jedes mit dem Arbeitszeitrecht befassten Juristen.

Hier leben wir – mittlerweile grenzüberschreitend – mit Kasuistik in Reinstform, wobei die Zahl der einschlägigen Entscheidungen ins uferlose gewachsen ist. Dies stellt vor allem auch die Beratung ex ante vor Anwendungsprobleme, die im folgenden Beitrag anhand einer exemplarischen Entscheidung – Blaue Lagune – abgehandelt werden sollen.

DIETER G. KINDEL

1. DER AUSGANGSFALL

Wieder einmal wurde die Rsp zum Betriebsübergang nach dem AVRAG mit dem Urteil des OGH vom 16. 2. 2000 erweitert.¹⁾

Klagende Partei war eine seit dem 4. 3. 1996 bei der Fa. F. als Angestellte beschäftigte Sekretärin. Die Fa. F. stellt Fertigteilhäuser her, und hat ihre Verkaufsstellen an mehreren Orten Österreichs, ua in Wien, welche dort als sog. „Blaue Lagune“ bezeichnet wird.

Am 20. 6. 1997 wurde zwischen der Bekl, die Fa. P., und der Fa. F. eine Kooperationsvereinbarung geschlossen. Danach wurde von der Fa. P. ab dem 1. 7. 1997 der Verkauf von Fertigteilhäusern, auf Provisionsbasis vermittelt. Zuvor war P., bis zur Gründung der Fa. P., deren Gf er wurde, als Verkaufsleiter der Fa. F. in einem Musterhaus in der „Blauen Lagune“, – einer der Verkaufsstellen der Firma F. – tätig. Die Kooperationsvereinbarung enthielt folgende, für die Entscheidung wesentliche Paragraphen:

§ 1 Die selbständige Verkaufstätigkeit wird vorläufig beiderseitig für ein Jahr vereinbart. Die Vertragsteile verlängern einvernehmlich diese Vereinbarung auf ein weiteres Jahr, wenn nicht bis zum 31. 03. 1998 die Kündigung zum 01. 07. 1998 mittels eingeschriebenen Briefes ausgesprochen wird. Sollte daher dieser Umsatz nicht erreicht werden, so ist die Fa. F. zur jederzeitigen Kündigung berechtigt.

§ 11 Die Fa. P. unterwirft sich ausdrücklich dem Konkurrenzverbot und die Fa. F. verpflichtet sich, keine weiteren Verkaufsstellen in Wien, Niederösterreich und Burgenland zu errichten.

§ 12 Zum Zwecke des Vertriebes und des Geschäftssitzes überläßt die Fa. F. der Fa. P., die voll möblierten Ausstellungshäuser auf den Grundstücken Nr 21 und Nr 22 auf der Blauen Lagune.....

Ab dem 1. 7. 1997 beschäftigte die Bekl. ua die Kl. Sie verlegte die Bürotätigkeit in ein anderes der Musterhäuser der „Blauen Lagune“ und kaufte zusätzliches Inventar. Von ihr wurde die Telefonanlage der Fa. F. samt Telefonnummer übernommen. Anfangs verwendete die Bekl. noch das Briefpapier der Fa. F., später eigenes.

Unter Würdigung des Sachverhaltes hatte der OGH die Frage eines Betriebsüberganges iSd § 3 I AVRAG bejaht, und damit der Kl. die aus dem Arbeitsverhältnis resultierenden und in der Klage geltend gemachten Ansprüche zuerkannt. Die Bekl. wurde schuldig gesprochen, an die Kl. Kündigungsentschädigung samt anteiliger Sonderzahlungen, so-

wie die Urlaubsschädigung für 36 Werktage zu zahlen.

Zur Begründung führte das Gericht aus, dass entscheidend für den Übergang eines Betriebes sei, ob die fragliche Einheit ihre Identität bewahre, was namentlich dann zu bejahen sei, wenn der Betrieb tatsächliche weiter geführt oder wieder aufgenommen wird. Dabei sei insb. von Bedeutung, dass es um den Übergang einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit geht, deren Tätigkeit nicht auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt sei. Der Begriff „Einheit“ beziehe sich dabei auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung.²⁾ Ferner war das Gericht der Auffassung, dass es unerheblich sei, ob ein Betrieb mit oder ohne Gegenleistung, also durch Kauf, Tausch oder Schenkung, veräußert werde oder daran bloß ein dingliches oder schuldrechtliches Nutzungsrecht begründet werde. Es reiche insoweit aus, dass der für die Geschicke des Betriebes Verantwortliche („Inhaber“) wechsele. Aufgrund dieser Erwägungen sei es daher bedeutungslos, dass der Geschäftsführer der bekl. Partei, Herr P., seine frühere Tätigkeit für die Übergeberin des Teilbetriebes selbständig oder im Angestelltenverhältnis durchgeführt habe, weil die Administration sowohl vorher wie nachher durch die selbe Organisationseinheit ausgeübt wurde. Demnach sei es unbeachtlich, dass es zwischen der Übergeberin und der Übernehmerin zu einem zeitlich befristeten „Kooperationsvertrag“ gekommen wäre, weil „die auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit“ gerade nicht davon abhängig sei, auf welcher vertraglichen Grundlage der Übernehmer den (Teil-)Betrieb weiterführe, wenn dieser, was hier der Fall sei, faktisch erhalten bleibe.

2. ZUR JUDIKATUR

Mit einem Blick auf die bisherige österreichische Rsp zeigt sich, dass, unter Beachtung der vom EuGH herausgearbeiteten Kriterien, sich eine Vielzahl von

DDDr. Dieter G. Kindel ist RA und Univ.-Lekt. in Wien und hat den Beitrag in Zusammenarbeit mit Herrn RA J. Wengeler (RAK Hamm/ Deutschland) verfasst.

1) Vgl. OGH 16. 02. 2000 Rs 9 ObA 5/00 a.

2) EuGH 2. 12. 1999 Rs C-234/98 (G. C. Allen ua/ACC) = ARD 5085 v. 21. 12. 1999.

Nuancen zur Beantwortung der Frage nach einem Betriebsübergang herausgebildet haben.

So bestätigte gerade die neuere Judikatur die erwähnten Kriterien zur Bejahung einer wirtschaftlichen Einheit iSd AVRAG. Auch wurden den oben genannten Kriterien zur Bejahung des Überganges eines Betriebes (bzw Betriebsteils) zumindest Indizwirkung zugestanden.³⁾ Es wird von der österreichischen Judikatur, entsprechend des EuGH bei Auslegung der RL 77/187, bei der Auslegung des Begriffes Betriebs- (Teil-) Übergang iSd AVRAG das bewegliche System angewendet. So zeigt beispielsweise die Entscheidung des OGH in der Rechtssache 8 ObA 143/98 g v. 21. 10. 1999,⁴⁾ dass es für die Bejahung des Betriebsübergangs nicht wesentlich sein kann, ob sachliche Betriebsmittel übergehen. Dies entspricht insoweit der neuesten Rsp des EuGH im Fall *Allen*,⁵⁾ wonach je nach ausgeübter Branche für einen Betriebsübergang nicht entscheidend sein kann, ob materielle oder immaterielle Betriebsmittel übergehen, da die jeweilige Branche mehr oder minder mit diesen arbeitet. Es gleicht insoweit aber auch den bereits oben gemachten Erwägungen hinsichtlich des beweglichen Systems.

Interessant ist ferner die Entscheidung des OGH vom 1. 9. 1999,⁶⁾ wonach der Betriebsübergang unabhängig von Eigentumsverhältnissen ist, was heißen soll, dass weder der Veräußerer noch der Erwerber Eigentümer des Betriebes zu sein brauchen, sondern lediglich eine rechtlich gesicherte Leistungsmacht haben müssen.

Oder aber die Entscheidung des OGH, wonach die Betriebsübergangsrichtlinie auch für Gebietskörperschaften gilt, obschon sie nicht die Rechte gegen den Staat, sondern Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien zum Gegenstand hat.⁷⁾

Zusammenfassend lässt auch die neue Judikatur den Schluss zu, dass die Beurteilung, ob ein Betriebsübergang vorliegt oder nicht, nur unter Abwägung aller Aspekte des Einzelfalles möglich, eine Gesamtschau der Einzelaspekte dementsprechend unentbehrlich ist.

3. ZUR FALLLÖSUNG

In diese Liste von Entscheidungen reiht sich nun das Urteil vom 16. 2. 2000 ein. Auch hier führte das angewandte „bewegliche System“ zur Bejahung des Betriebsüberganges.

a) SUBSUMTION

aa) Subsumiert man den hier zugrunde liegenden Fall unter die genannten Kriterien, liegt ein Betriebsübergang vordergründig vor.

So wurde gem § 12 der Kooperationsvereinbarung von der Fa F. an die Fa P. die voll möblierten Ausstellungshäuser zu Nutzung überlassen. Darüber hinaus benutzte die Bekl die Telefonanlage der Fa F. und zeitweise auch ihr Briefpapier. Das indiziert den Übergang von wesentlichen Betriebssubstrat.

Ebenso scheint das Kriterium der Übernahme eines Teils der Belegschaft durch die Weiterbeschäftigung der Kl, wenn auch nur probeweise, erfüllt.

Ferner übernahm die Bekl die Abwicklung von Behördengängen und Kundenkontakten usw, so dass zumindest eine Geschäftstätigkeit durchgeführt wurde die ursprünglich der Fa F. oblag.

bb) Zweifel wirft indes die Frage auf, ob überhaupt die Grundvoraussetzung zum Übergang eines Betriebsteils, nämlich das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit, erfüllt ist. Nach § 1 der Kooperationsvereinbarung, wonach nach Ablauf eines vereinbarten Zeitraumes die Tätigkeit wieder an die ursprüngliche Firma zurückfallen sollte, wurde die Ausübung der Tätigkeit für die Fa P. befristet.

Wie oben bereits angesprochen stellt die Dauerhaftigkeit der wirtschaftlichen Einheit ein wesentliches Kriterium für das Vorliegen einer solchen dar.⁸⁾

Es seien hier noch einmal die Ausführungen des Revisionsgerichts wiederholt:

„Obige Erwägungen lassen aber auch den Umstand unbeachtlich erscheinen, dass es zwischen der Übergeberin und der Übernehmerin zu einem zeitlich befristeten Kooperationsvertrag „gekommen ist, weil“ die auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit „gerade davon nicht abhängt, auf welcher vertraglichen Grundlage der Übernehmer den (Teil-) Betrieb weitergeführt, wenn dieser, was hier der Fall, faktisch erhalten bleibt.“

Diese Erläuterung ist für sich gesehen unverständlich. Nach dem Gesagten ist es tatsächlich unerheblich, in welcher Form die wirtschaftliche Einheit übergeht.⁹⁾ Das Vorliegen eines Kooperationsvertrages beantwortet indes jedoch nicht die Frage nach dem Vorliegen einer dauerhaften wirtschaftlichen Einheit, sondern nur, dass diese Kooperationsvereinbarung nicht hinderlich für die Bejahung einer wirtschaftlichen Einheit ist.

Tatsächlich liegen den Ausführungen die vom EuGH bereits in der Rs *Monta*¹⁰⁾ gemachten Feststellungen zugrunde. Danach lässt sich ein Betriebsübergang nicht grundsätzlich aufgrund einer zeitlichen Limitierung verneinen. Es ist insoweit zu prüfen, ob die Fortsetzung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, auch wenn sie nur für einen bestimmten Zeitraum stattgefunden hat, überhaupt grundsätzlich nach der Vertragsgestaltung eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit ist.

3) OLG Wien 23. 4. 1999 Rs 9 Ra 344/98 = ARD 5067 v 8. 10. 1999; ASG Wien 16. 07. 1999 Rs 25 Cga 129/97a, ebenda.

4) Im genannten Fall ging es um die Ausgliederung einer Anzeigenakquisition, es wurden vom Übernehmer insoweit keine Büroeinrichtung übernommen, zu lesen in ARD, 5085 v 21. 12. 1999.

5) EuGH 2. 12. 1999 Rs C-234/98 = ARD 5085 v 21. 12. 1999.

6) OGH 1. 9. 1999 Rs 9 ObA 192/99 x = ARD 5085 v 21. 12. 1999. Hier wurde ein Gasthaus neu verpachtet, wobei – mit Ausnahme der Lebensmittel – sämtliche Betriebsmittel übernommen, die bisherige Geschäftstätigkeit und die Bezeichnung fortgeführt wurde.

7) OGH 15. 4. 1999 Rs 8 ObA 221/98 b = ARD 5067 v 8. 10. 1999. Im konkreten Fall wurde festgestellt, dass sowohl Bundesländer als auch Gemeinden bei Übernahme einer bestehenden Musikschule verpflichtet sind, sämtliche beschäftigten Musiklehrer zu übernehmen.

8) So auch OGH 22. 10. 1997 Rs 9 ObA 73/97 v; EuGH 11. 3. 1997 Rs C 13/95 (*Ayse Süzen/Zehmacker*) = ARD 4831/97; EuGH 2. 12. 1999 Rs C 234/98 (*Allen*).

9) So schon der EuGH in Rs C 171/94 und C 172/94 (*Merckx und Neuhuyss*) = ARD 4755 v 2. 7. 1996.

10) EuGH Rs C-74/97 (*Monta*).

Kurz gesagt wird bei der Beurteilung die Art des Übergangs, also, ob ein Kaufvertrag usw vorliegt, außer Acht gelassen. Es kommt nur darauf an, dass die übernommene Tätigkeit eine wirtschaftliche Einheit bildet.

b) KRITIK

Die Judikatur setzt sich hier in Widerspruch zu der von ihr selbst herausgearbeiteten Definition der „wirtschaftlichen Einheit“, welche vom EuGH entwickelt und letztlich von der österreichischen Rsp übernommen, und im Rahmen des beweglichen Systems angewandt wurde.

Schon *Gableitner/Leitsmüller*¹¹⁾ bemerkten, dass der Gesetzgeber zur Definition der Begriffe „Unternehmen, Betrieb und Betriebsteil“ an den erläuternden Bemerkungen zunächst auf den Betriebsbegriff des § 34 ArbVG zurückgriff.

Der Betrieb iSd § 34 ArbVG definiert sich dabei durch eine organisatorische Zusammenfassung von Betriebsvorgängen zu einem in sich geschlossenen Arbeitsverfahren, und durch die *auf Dauer berechnete Vereinigung* von Arbeitskräften zur Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse.¹²⁾

Dementsprechend wurde das Kriterium „der dauerhaften wirtschaftlichen Einheit“ eben dieser Definition entnommen.

Ebenso erfordert der Betrieb iSd § 34 ArbVG nach ständiger Judikatur¹³⁾ die „Einheitlichkeit des Betriebszwecks“ und die „Einheitlichkeit der Betriebsorganisation“, wobei sich die Rsp dabei von den Elementen der „Eigenständigkeit“ und „Selbständigkeit“ leiten lässt.¹⁴⁾ Das Element der „Eigenständigkeit“ findet sich entsprechend auch bei der Konkretisierung der „wirtschaftlichen Einheit“ im Sinne eines „Betriebsteils“ nach dem AVRAG wieder.

Auf den Fall bezogen bedeutet das, dass die von der Beklagten übernommene Tätigkeit eine vom Rest des Betriebes eigenständige organisatorische Einheit mit bestimmtem wirtschaftlichen, Zweck bilden muss. Diese Einheit muss demnach unabhängig von der Art ihres Übergangs dauerhaft angelegt sein.

Hier hatte die Fa F. mehrere Verkaufsstellen in ganz Österreich. Diese Verkaufsstellen waren organisatorisch in eine Geschäftsleitung mit Administration, dh Buchhaltung, Finanzplanung usw, zusammengefasst. Zum Zeitpunkt vor dem vermeintlichen Betriebsübergang lagen somit für die einzelnen Verkaufsstellen keine unterschiedlicher Leistungsstrukturen vor, die sie als unterschiedliche organisatorische Einheit vom Rest des organisierten Ganzen erscheinen lassen.

Unter diesen Umständen lässt sich zum Zeitpunkt vor dem vermeintlichen Betriebsteilübergang eine wirtschaftliche Einheit, infolge mangelnder *selbständiger Organisation* der Verkaufsstellen, nicht bejahen.

Indes wurde die Verkaufstätigkeit per Kooperationsvereinbarung für den Raum Wien schließlich der Bekl übertragen. Die Administration der Verkaufsstelle wurde allerdings auch in diesem Zeitpunkt weiter über eine Zentrale geführt. Dementsprechend lag

zunächst bei Übernahme keine selbständige Organisation der Verkaufsstelle vor. Erst einige Zeit später baute die Bekl die gesamte Organisation neu auf. So führte sie einen eigenen Briefkopf, kaufte Büromöbel, schuf eine eigene Administration. Genau genommen handelte sich allerdings bei dieser neuen Organisation nicht um die, die von der Bekl übernommen wurde.

Geht man jedoch mit dem entscheidenden Gericht davon aus, dass die organisatorische Einheit bereits mit Abschluss der Vereinbarung vorlag, so wären entsprechend Ausführungen zur Selbständigkeit der Verkaufsstellen vor und bei dem vermeintlichen Betriebsübergang erforderlich gewesen.

Nach den gemachten Erwägungen wäre es dem OGH schwer gefallen, die Selbständigkeit der organisatorischen Einheit vor dem vermeintlichen Betriebsübergang zu bejahen. Erst mit Übergang der Verkaufsstelle an die Bekl hätte sich ein eigenständiger organisatorischer Rahmen, der einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck, nämlich der Verkauf von Fertighäusern, konstruieren lassen.

Das lässt allerdings fraglich erscheinen, ob die übergehende wirtschaftliche Einheit schon vor Übergang bestehen muss, oder aber auch erst mit Übergang entstehen kann. Es erscheint, unter Beachtung der Definitionen des Betriebes iSd ArbVG und der zur wirtschaftlichen Einheit, nahe liegender, dass eine wirtschaftliche Einheit bereits bei Übergang vorliegen muss.

Aus diesem Blickwinkel hat der OGH es somit für ausreichend zur Bejahung eines Betriebsüberganges erachtet, dass eine selbständige organisatorische Einheit, entgegen der von ihm selbst erarbeiteten Kriterien zur wirtschaftlichen Einheit, erst nach Betriebsübergang besteht bzw entsteht.

Legt man das feststellend zugrunde, so stellt sich die Frage nach der Dauerhaftigkeit dieser neu entstandenen wirtschaftlichen Einheit. Hier wurde laut Kooperationsvereinbarung die Tätigkeit der Bekl auf neun Monate befristet. Der OGH hat jedoch keinerlei Ausführungen hinsichtlich dieses Punktes gemacht. Vielmehr wurden etwaige Ausführungen dadurch umgangen, dass die streitgegenständliche Vereinbarung als unerheblich für die Bejahung eines Betriebsüberganges bezeichnet wurde. Konsequenterweise hätte der OGH allerdings, nach den gemachten Überlegungen, genau auf die Befristung in der Vereinbarung eingehen müssen.

Mit seiner Entscheidung hat der OGH dementsprechend, wahrscheinlich ohne es sich bewusst zu machen, eine auf neun Monate befristete wirtschaftliche Einheit Dauerhaftigkeit zu gesprochen. Er hat somit im Rahmen des beweglichen Systems ua auch dem Begriff der „Dauerhaftigkeit“ Kontur verliehen, was jedoch angesichts der Länge der Befristung äußerst fragwürdig erscheint.

11) *Gableitner/Leitsmüller* aaO 88.

12) *Dittrich/Tades*, ArbR Band 1, § 34, 483.

13) OGH 27. 9. 1999 Rs 9 ObA 143/95.

14) So auch *Runggaldier*, DRdA 1996, 297 (300).

Tatsächlich hatte sich der OGH letztlich auf eine eher oberflächliche Begründung zu Bejahung eines Betriebsüberganges gestützt. Dies lässt den Schluss auf eine andere, auf der Hand liegende, pragmatische Intention zu. Schon die Vorinstanz¹⁵⁾ führte innerhalb eines Nebensatzes in den Entscheidungsgründen aus, dass etwaige befristete Vereinbarungen zwischen Übergeber und Übernehmer zu einer Umgehungsform hinsichtlich der Betriebsrichtlinien führen könnte. Nimmt man das zum Anlass einer Beurteilung, so will die Judikatur letztlich nur einen umfangreichen Schutz des Arbeitnehmers absichern, der gegen alle juristischen Finessen gefeilt ist.

4. GESTALTUNGSÜBERLEGUNGEN

Somit wirft auch die hier gegenständliche Entscheidung die Frage auf, was der Vertragspartei, die die Übernahme eines Betriebsteils, Unternehmens, Betriebes plant, aus anwaltlicher Sicht zu raten ist, damit die aus § 3 I AVRAG resultierenden Konsequenzen den Übernehmer betriebswirtschaftlich nicht zu hart treffen.

Insoweit lassen sich die verschiedenartigsten Möglichkeiten andenken.

1. So könnte der Übernehmer gesetzt den Fall, dass er sich im Zeitpunkt der Übernahme schon darüber im Klaren ist, dass er das Arbeitsverhältnis mit dem jeweiligen Arbeitnehmer nicht fortsetzen will, mittels einer Vereinbarung mit dem Übergeber diesen dazu bewegen, dass er das Arbeitsverhältnis vorzeitig auflöst.

Nach Rsp des OGH steht das verpönte Motiv, die zwingenden Bestimmungen des AVRAG zu unterlaufen, in einem solchen Fall zumeist jedoch *prima facie* fest. Die Kündigung erfolgte aufgrund des Betriebsüberganges. Die Beendigung des Dienstverhältnisses ist daher unwirksam, so dass der Dienstvertrag des Arbeitnehmers *ipso iure* aufgrund des Betriebsübergangs auf den neuen Arbeitgeber, dh den Übernehmer, übergegangen ist.¹⁶⁾ Damit entspricht diese Judikatur letztlich Art 4 I der RL 77/187, welchen der österreichische Gesetzgeber nicht ausdrücklich in das AVRAG übernommen hat, und wonach der Betriebsübergang als solcher für den Übergeber und Übernehmer keinen Grund zur Kündigung darstellt.¹⁷⁾

Allerdings schließt Art 4 I der Richtlinie keine Kündigung aus, die aus wirtschaftlichen, technischen und organisatorischen Gründen erfolgte. Eine Kündigung vor Betriebsübergang ist somit aus den genannten Motiven zulässig. Eine schwer überwindbare Problematik wirft jedoch die dem Arbeitgeber obliegende Beweislast hinsichtlich der Kündigungsgründe auf. Eine solche Beweislastregel ist indes verständlicherweise erforderlich, um das Kündigungsverbot der Richtlinie entsprechend wirksam umzusetzen zu können.¹⁸⁾ Zusammenfassend lässt sich mithin sagen, dass eine Absprache mit dem Übergeber nicht zum gewünschten Erfolg führen wird.

2. Ein entsprechendes Ergebnis dürfte man in dem Fall erzielen, dass der Übernehmer das Dienstverhältnis mit dem Arbeitnehmer nur unter Vorbe-

halt fortführen will, und mit ihm einen neuen Arbeitsvertrag, zB wie im vorliegenden Fall einen befristeten, schließt. Insoweit wollte der Gesetzgeber nämlich soweit wie möglich die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erwerber in unveränderter Form sicherstellen, und verpflichtete den Übernehmer, durch den bereits erwähnten § 11 AVRAG, die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen aufrecht zu erhalten, indem er die §§ 2 bis 7 AVRAG unabdingbar machte. Somit ist dadurch auch diese Möglichkeit der lenkenden Einflussnahme des Übernehmers auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ausgeschlossen.

Zieht man darüber hinaus einen nach § 16 AVRAG vorgesehenen Günstigkeitsvergleich zwischen einem unbefristeten Dienstvertrag mit dem Übergeber und einem befristeten Dienstvertrag mit dem Übernehmer, wird eine aufgrund dieses befristeten Dienstvertrages abgegebene Lösungserklärung des Übernehmers des Betriebsteils zu einer rechtswidrigen, so dass dem Arbeitnehmer Ansprüche wie bei einer fristwidrigen Kündigung zustehen.¹⁹⁾

3. Weiterhin wäre daran zu denken, dass der Übergeber absprachegem das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer einvernehmlich auflöst. So könnte zwischen den Vertragsparteien eine Abschlagszahlung vereinbart werden, die möglicherweise vom Übernehmer zu tragen ist. Betrachtet man den Schutzzweck des § 3 I AVRAG, nämlich das Ziel die Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer zu gewährleisten, so ist dieser gegenstandslos, wenn der Betroffene selbst, aufgrund seiner eigenen, freien Entscheidung das Arbeitsverhältnis nach dem Übergang mit dem neuen Unternehmensinhaber nicht fortsetzen will.²⁰⁾ In einem solchen Fall ist daher davon auszugehen, dass § 3 I AVRAG keine Anwendung findet. Diese Lösung setzt jedoch voraus, dass der Betriebsübernehmer schon im Voraus weiß, dass er das Arbeitsverhältnis nicht fortsetzen will. Steht das jedoch für ihn fest, so wird die Frage aufgeworfen, ob eine etwaige Abschlagszahlung tatsächlich betriebswirtschaftlicher für ihn ist, als die aus einer rechtswidrigen Kündigung resultierenden Ansprüche des Arbeitnehmers nach Betriebsübergang. Das scheint zweifelhaft, da der Arbeitnehmer, sei es aufgrund juristischer Auskunft, sehr wohl um seine Rechte weiß und infolge dessen auch die Höhe seiner Forderungen einschätzen kann, womit die Abschlagszahlung kein Bruchteil der ihm zustehenden Forderung sein wird.

4. Andererseits ist im Falle eines Betriebsübergangs nach § 3 AVRAG der Aufgriff der in einer Kündigung liegenden Gesetzesumgehung nicht unbefristet möglich. Der OGH hat zur Aufgriffsoblie-

15) Vgl OLG Wien 22. 9. 1999 Rs 7 Ra 288/99.

16) OGH 17. 11. 1999 Rs 9 ObA 213/99 K.

17) Vgl *Holzer*, DRdA 1995, 375; *Binder*, DRdA 1996, 10; aA *Lengauer*, *ecolex* 1996, 30.

18) Vgl *Tinbofer*, wbl 1994, 327; *Holzer*, DRdA 1995, 376.

19) Vgl OLG 22. 09. 1999 Rs 7 Ra 288/99 w in der hier zugrunde liegenden Rechtsache.

20) EuGH 11. 7. 1985 Rs 105/84 (*Mikkelsen*).

genheit des Arbeitnehmers im Falle der unwirksamen Beendigung des Dienstverhältnisses im Zuge des Betriebsübergangs noch nicht abschließend Stellung genommen und lediglich ausgeführt, dass die in § 3 IV AVRAG normierte Monatsfrist nicht anwendbar sein soll.²¹⁾ Entscheidend soll jedoch sein, dass der Angriff „ohne unnötigen Aufschub“ erfolgt.²²⁾ Wie nun dieser unbestimmte Rechtsbegriff ausgelegt werden soll, obliegt wohl der weiteren Judikatur, und macht etwaige Prognosen unmöglich.

Darüber hinaus erscheint es natürlich als äußerst unsicher, sich als Betriebsübernehmer in eine defensive Position zu begeben, in der Hoffnung, dass der Arbeitnehmer seine Rechte nicht gebraucht.

5. Ein noch zweifelhafteres Ergebnis ließe sich, nach obigen Erörterungen, mit etwaigen Prognosen über das Vorliegen eines Betriebsteils im Sinne des § 3 I AVRAG, und damit dem Eintritt oder Nicht-eintritt in das Arbeitsverhältnis, erzielen. Die Judikatur legt bei ihrer Auslegung des Begriffs eine wechselhafte, teilweise widersprüchliche Art vor, die zwar ge-

wisse, angesprochene Merkmale festmachen lässt, diesen jedoch gleichzeitig nur Indizwirkung zugeht. Wir befinden uns hier eben in einem beweglichen System zu Gunsten der Arbeitnehmer.

21) Vgl OGH 29. 2. 1996 Rs 8 ObA 211/96 = ARD 4774/26/96.

22) OGH 30. 6. 1999 Rs 9 ObA 160/99s.

*Auch bei zeitlich befristeten (Kooperations-)Ver-
einbarungen ist zu bedenken, dass nach dem
AVRAG „die auf Dauer angelegte wirtschaftliche
Einheit“ gerade nicht davon abhängig ist, auf
welcher vertraglichen Grundlage der Überneh-
mer den (Teil-)Betrieb weiterführt, wenn dieser
faktisch erhalten bleibt. Der Vertragsrichter ist
daher auch bei diesem Sachverhalt genötigt, auf
diese rechtlichen Konsequenzen seinen Klienten
hinzuweisen.*

RECHTSPRECHUNG

Vertrauensschutz gegen Änderungskündigung

§ 1151 ABGB;
§ 20 AngG;
§ 105 ArbVG

OGH 18. 4.
25. 9. 2002
8 ObA 136/01 k
290

Der vertragliche Anspruch, Arbeitnehmern einen Kündigungsschutz im Wege der Ausstellung eines Treuebriefs zu gewähren, kann durch Änderungskündigung nur beseitigt werden, wenn Vertrauensschutz gewährleistet ist.

Aus der Begründung:

Im vorliegenden Fall geht es nicht um die Kündigungsmöglichkeit von Arbeitnehmern, die bereits im Wege eines Treuebriefs einen erweiterten Kündigungsschutz erhalten haben, sondern darum, ob die Bekl zur Vermeidung einer noch größeren Anzahl von Treuebriefinhabern mit Kündigungsschutz, die sie als betriebswirtschaftlich ungünstig ansehen, weil sie dadurch möglicherweise gezwungen wären, anstatt dieser Arbeitnehmer jüngere und damit billigere Arbeitskräfte zu kündigen, nunmehr plötzlich, unerwartet und unangekündigt Arbeitnehmer, die bereits in zeitlicher Hinsicht die Voraussetzungen für die Verleihung des Treuebriefes erfüllen, und gegen die auch keine persönlichen Gründe zur Verweigerung vorliegen, die Ausstellung des Treuebriefes verweigern dürfen. Dies ist zu verneinen.

Die Kl haben aufgrund ihrer langen Betriebszugehörigkeit und ihres Alters bereits die Anwartschaft auf die Ausstellung des Treuebriefes und den darin garantierten erweiterten, über § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG hinausgehenden Kündigungsschutz erworben. Sie durften darauf vertrauen, dass sie bei Wohlverhalten diesen Kündigungsschutz wie auch alle bisherigen Arbeitnehmer verliehen bekommen werden und konnten ihre weitere Lebensplanung darauf einrichten. Aus diesem Grund können sie nicht mehr nur

auf den allgemeinen Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer verwiesen werden. Diese Anwartschaft auf erweiterten Kündigungsschutz kann ihnen ebenso wenig plötzlich, unerwartet, unangekündigt und ohne Übergangsfrist genommen werden, wie Anwartschaften auf eine Betriebspension; auf die in der kürzlich ergangenen Entscheidung des erkennenden Senates vom 28. 3. 2002, 8 Ob 236/01 s, dargelegten umfassenden Erwägungen betreffend die Anwartschaft auf eine Betriebspension wird verwiesen. (Zur unterschiedlichen Interessenslage bezüglich des Kündigungsschutzes zu Beginn des Arbeitsverhältnisses, solange der Arbeitnehmer jung und mobil ist, und zu einem Zeitpunkt, zu dem der Arbeitnehmer nicht mehr so leicht einen anderen Arbeitsplatz findet, siehe B. Schwarz aaO 39.) Die dort als erforderlich angesehenen weiteren Erhebungen betreffend eine Differenzierung der Intensität des Eingriffes nach der Dauer der Zugehörigkeit zum Altersversicherungssystem, weil die Gewährung von Übergangsfristen – die dort kl Partei konnte sich immerhin bereits acht Jahre auf die geplante Änderung (Entfall des fünfzehnten Monatsgehalts aufgrund geänderter Betriebsvereinbarungen) einstellen – die differenzierte Behandlung nach Dauer der erworbenen Betriebszeiten nicht schlechthin ersetzen könne, erübrigen sich vorliegendenfalls schon deshalb, weil alle Kl die allgemeinen Voraussetzungen auf den erweiterten Bestandschutz bereits zu dem Zeitpunkt voll erfüllt hatten, als sich die Bekl im Jahre 2000 plötzlich erstmals gerade bei ihnen weigerten, den Treuebrief, der diesen erhöhten Bestandschutz verleiht, aus nicht bei den Kl liegenden Gründen, sondern aus allgemeinen wirtschaftlichen Überlegungen auszustel-