

I. Der Betriebsübergang im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht

1. Rechtsquellen

1.1. Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz (AVRAG)

Nach der Betriebsübergangsrichtlinie 1977/187/EWG (nunmehr RL 2001/23/EG) haben die Mitgliedstaaten die Übernehmer eines Betriebes zur Fortsetzung der Arbeitsverhältnisse zu verpflichten. Demnach tritt der Übernehmer in die zum Zeitpunkt des Übergangs (siehe 6.) bestehenden Arbeitsverhältnisse automatisch ein (siehe auch 8.2). In Umsetzung dieser Richtlinie ist in Österreich mit dem 1.7.1993 das AVRAG in Kraft getreten. Mittlerweile regelt dieses Gesetz in unsystematischer Weise unterschiedlichste Materien (Pflicht zur Ausstellung eines Dienstzettels, Konkurrenzklausel, Ausbildungskostenrückerstattung, Bildungskarenz, Wiedereingliederungsteilzeit, Sterbegleitung, Pflegekarenz etc.). Kernstück des Gesetzes sind jedoch die Regelungen zum Betriebsübergang bzw. Übergang von Betriebsteilen (§§ 3 ff. AVRAG). Diese bezwecken den Schutz von Arbeitnehmern, die von einem Betriebsübergang betroffen sind (siehe 4.).

1.2. Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG)

Dieses Gesetz enthält Bestimmungen zu den Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs für den Betriebsrat, zum Übergang von Betriebsvereinbarungen (worunter nur schriftliche Vereinbarungen zwischen dem Betriebsrat und der Geschäftsleitung nach § 29 ArbVG zu verstehen sind)¹ und zu den Auswirkungen des Übergangs auf den Betriebsratsfonds.

1.3. Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG)

Das ASVG regelt die Haftung des Erwerbers für Beitragsrückstände in der Sozialversicherung (§ 67 ASVG).

2. Rechtslage vor dem Inkrafttreten des AVRAG

Bis 30.6.1993 bzw. bis zum Inkrafttreten des AVRAG war eine Übernahme des Arbeitsvertrages nur mit Zustimmung des Veräußerers, des Erwerbers und des Arbeitnehmers möglich.² Die Eintrittsautomatik kam nur im Fall der Gesamtrechtsnachfolge (Erbfall, Fusion) zur Anwendung. Diese Rechtslage ist weiterhin für alle Übergänge anzuwenden, die vor dem 1.7.1993 stattgefunden haben, da von einer Rückwirkung der §§ 3 ff. AVRAG nicht ausgegangen werden kann.³

3. Anwendungsbereich

3.1. Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen

Das AVRAG und damit die arbeitsrechtlichen Regelungen über den Betriebsübergang nach den §§ 3 ff. gelten für alle Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen. Ausgenommen sind Arbeitsverhältnisse

¹ ZB. OGH 23.1.2003, 8 ObA 170/02m, 16.12.2005, 9 ObA 68/05y.

² *Rebhahn*, Individualarbeitsverträge bei Unternehmensveräußerung, *ecolex* 1990, 167 ff.

³ OGH 12.10.1995, 8 Ob 33/95.

- zu Ländern, Gemeindeverbänden und Gemeinden (gliedert ein Gemeindeverband Behinderteneinrichtungen aus, indem er sie an Gesellschaften überträgt, deren Alleingesellschafter er ist, sind die Bestimmungen des AVRAG sowohl hinsichtlich des Veräußerers als auch hinsichtlich des Übernehmers nicht anzuwenden). Vielmehr ist für diese als staatliche Einrichtungen zu wertende Rechtsträger die Betriebsübergangs-RL 2001/23/EG unmittelbar anzuwenden. Gegenüber dem Einzelnen kann sich der Veräußerer jedoch auf die RL nicht berufen, sodass er seinen Arbeitnehmern die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zum Erwerber nicht zur Pflicht machen kann,⁴
- der land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter im Sinne des Landarbeitsgesetzes,
- zum Bund, auf die dienstrechtliche Vorschriften anzuwenden sind, welche den Inhalt der Arbeitsverhältnisse zwingend regeln und
- zu Stiftungen, Anstalten oder Fonds, auf die das Vertragsbedienstetengesetz (VBG) gemäß § 1 Abs 2 VBG sinngemäß anzuwenden ist.

Auf Arbeitsverhältnisse, für die das Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz gilt, finden die §§ 2, 2c, 2d, 11 bis 14b, für Hausgehilfen und Hausangestellte von physischen Personen finden auch die §§ 3 bis 6 keine Anwendung (§ 1 Abs 4 AVRAG).

Weiters sind Beschäftigungsverhältnisse ausgenommen, auf die das Heimarbeitsgesetz zur Anwendung kommt.

3.2. Keine Anwendung bei fehlender Arbeitnehmereigenschaft

3.2.1. Allgemeines

Die Anwendung des AVRAG setzt somit voraus, dass ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis vorliegt, welches zwischen einem Arbeitgeber und einer Person abgeschlossen wird, welcher die Arbeitnehmereigenschaft zukommt. Nach § 1151 Abs. 1 ABGB liegt ein Arbeitsvertrag vor, wenn sich jemand auf gewisse Zeit zur Arbeitsleistung für einen anderen verpflichtet. Der Arbeitsvertrag setzt daher voraus, dass der Arbeitnehmer insbesondere

- eine persönliche Arbeitspflicht unter Leitung und Führung des Arbeitgebers mit dessen Arbeitsmitteln hat,⁵
- der wirtschaftliche Erfolg der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber zu Gute kommt,⁶
- der Arbeitnehmer eine mit dem Arbeitgeber vereinbarte Arbeitszeit an einem bestimmten Ort einhalten muss und
- persönlich und wirtschaftlich in den Organismus des Betriebes des Arbeitgebers eingeordnet ist.⁷

Die Tätigkeit eines ehrenamtlichen Zeugwartes eines Sportvereins, der weder an eine Arbeitszeit noch an Weisungen gebunden ist und keiner Kontrolle unterliegt, ist daher kein Arbeitsverhältnis.⁸

3.2.2. Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder

Keine Arbeitnehmereigenschaft kommt einem Geschäftsführer zu, bei dem keine persönliche Abhängigkeit gegeben ist. Das Fehlen der (für einen Arbeitnehmer typi-

⁴ EuGH 26.5.2003, Rs C – 297/03 Sozialhilfverband Rohrbach.

⁵ OGH 28.3.2001, 9 ObA 25/01v.

⁶ OGH 20.9.1983, 4 Ob 102/83, ZAS 1985, 18, OGH 18.2.2010, 8 ObA 48/09f, *Rauch*, Arbeitsrecht 2011, 49.

⁷ OGH 17.11.1981, 4 Ob 51/81, Arb 10.060, OGH 29.9.2014, 8 ObA 58/14h.

⁸ OLG Wien 30.7.2014, 7 Ra 66/14y, ARD 6419/9/2014, *Rauch*, Arbeitsrecht 2015, 52, bestätigt durch OGH 25.9.2014, 9 ObA 103/14h.

I. Der Betriebsübergang im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht

schen) persönlichen Abhängigkeit ist anzunehmen, wenn der Geschäftsführer Gesellschaftsanteile in einem Ausmaß von 50 % oder mehr besitzt oder eine geringere Beteiligung gegeben ist und dem Geschäftsführer auf Grund des Gesellschaftsvertrages eine Sperrminorität zusteht, die ihn befähigt, Beschlüsse der Generalversammlung in den für seine persönliche Abhängigkeit wesentlichen Angelegenheiten zu verhindern.

Ein beherrschender Einfluss eines Gesellschafter-Geschäftsführers auf die Gesellschaft schließt somit seine Qualifikation als Arbeitnehmer aus. In diesem Fall sind auch die Bestimmungen des AVRAG auf den Gesellschafter-Geschäftsführer nicht anzuwenden und geht sein Beschäftigungsverhältnis bei einem Betriebsübergang nicht auf den Erwerber über.⁹

3.2.3. Scheinarbeitsverhältnisse

Arbeitnehmerstatus liegt auch dann nicht vor, wenn von einem Scheinarbeitsverhältnis auszugehen ist. Ein Scheinarbeitsverhältnis ist anzunehmen, wenn ein Arbeitsverhältnis bei der zuständigen Gebietskrankenkasse angemeldet wird und die angemeldete Person auf Grund einer Absprache der Vertragspartner keine Arbeitsleistungen erbringt. Wird also das Beschäftigungsverhältnis nur vorgetäuscht, so können daraus auch keine arbeitsrechtlichen Ansprüche abgeleitet werden. Scheinarbeitsverhältnisse treten beispielsweise

- im Familienkreis bzw. im Rahmen einer Lebensgemeinschaft¹⁰ und
- bei gewerberechtlichen Geschäftsführern¹¹

auf.

Wird der Geschäftsführer, wie in der Gewerbeordnung (GewO §§ 9, 16 Abs. 1 und 39) vorgesehen, mit der halben wöchentlichen Normalarbeitszeit als Arbeitnehmer angemeldet und erbringt vereinbarungsgemäß keine Arbeitsleistungen, so ist von einem Scheinarbeitsverhältnis auszugehen. Führt der gewerberechtliche Geschäftsführer lediglich eigenverantwortlich und mit freier Zeiteinteilung Kontrollen durch, so liegt ebenfalls kein Arbeitsverhältnis vor.¹²

3.3. Freie Arbeitnehmer

Auf einen freien Arbeitsvertrag sind nur jene arbeitsrechtlichen Normen analog anwendbar, die nicht vom persönlichen Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers ausgehen und den sozial Schwächeren schützen sollen. Daher können die nur bei Arbeitnehmer-eigenschaft zustehenden Ansprüche, wie etwa Urlaubsgeld und -ersatzleistung, Krankengeld, Überstundenvergütung sowie kollektivvertragliche Ansprüche (wie insbesondere Sonderzahlungen) dem freien Arbeitnehmer nicht zuerkannt werden. Das AVRAG geht von persönlich abhängigen Arbeitnehmern aus¹³ und soll diesen sozialen Schutz vor den Folgen eines Betriebsübergangs bieten. Daher kommt es auf freie Arbeitnehmer nicht zur Anwendung.

⁹ OGH 17.10.2002, 8 ObA 68/02m – siehe auch VwGH 26.5.2014, 2013/08/0194, 1.10.2015, Ro. 2015/08/0020.

¹⁰ OGH 5.9.2000, 9 ObA 161/00t, 28.3.2001, 9 ObA 25/01v – im Zweifel ist bei Tätigkeiten im Rahmen der Familie bzw. im Rahmen einer Lebensgemeinschaft von Unentgeltlichkeit auszugehen, es sei denn, es wurde ausdrücklich ein Arbeitsverhältnis vereinbart – OGH 31.5.1983, 4 Ob 53/83, Arb 10.269.

¹¹ Z.B. OGH 28.4.2005, 8 ObS 8/05t, *Gerhartl*, Charakteristika des Arbeitsvertrages, ASoK 2005, 332.

¹² OGH 28.4.2005, 8 ObS 8/05t, weitere Fälle von Scheinarbeitsverhältnissen siehe *Rauch*, Arbeitsrecht für Arbeitgeber¹⁷, 159 ff.

¹³ OGH 17.10.2002, 8 ObA 68/02m, ARD 5378/2/2003, OGH 1.4.2009, 9 ObA 79/08w.

3.4. Lehrlinge

Nach der Auffassung des OGH ist der Lehrvertrag im Sinne des § 12 Berufsausbildungsgesetz (BAG) ein privatrechtlicher Vertrag, der ein Arbeitsverhältnis begründet, in dessen Rahmen das Erlernen eines in die Lehrberufsliste eingetragenen Lehrberufes vorgesehen ist. Da Lehrverhältnisse somit als privatrechtliche Arbeitsverträge anzusehen sind, ist das AVRAG auf Lehrlinge uneingeschränkt anzuwenden.¹⁴ Falls der Erwerber eines Betriebes bzw. Betriebsteiles keine Ausbildungsberechtigung hat, so kann eine geeignete und im Betrieb tätige Person (selbst wenn diese die Ausbilderprüfung nicht abgelegt hat)¹⁵ mit der weiteren Ausbildung betraut werden.¹⁶

Legt der Betriebserwerber in der Folge die Gewerbeberechtigung für die Tätigkeit, in deren Rahmen der Lehrling ausgebildet wird, zurück, so endet das Lehrverhältnis mit der Zurücklegung (§ 14 Abs. 2 lit. d BAG), wenn der Lehrling vom Lehrberechtigten vom Eintritt des Endigungsgrundes unverzüglich informiert wird (§ 14 Abs. 4 BAG). Bleibt das Lehrverhältnis aufrecht und kommt es zu groben Ausbildungsmängeln, so kann der Lehrling vorzeitig austreten (§ 15 Abs. 4 lit. b BAG).

3.5. Ausnahme bei Konkurs des Veräußerers

Das AVRAG hat den Übergang im Konkurs oder im Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung von seiner Anwendbarkeit ausdrücklich ausgeschlossen (§ 3 Abs. 2).

Daher kann der Erwerb aus der Konkursmasse bzw. eines im Konkurs befindlichen Unternehmens nicht zum automatischen Eintritt des Erwerbers in die Arbeitsverträge führen.

Nach Auffassung der Rechtsprechung ist diese Bestimmung eng auszulegen, sodass insbesondere Umgehungen ausgeschlossen werden.¹⁷ So ist etwa der Ausnahmetatbestand des § 3 Abs. 2 AVRAG nicht erfüllt, wenn die Rückübergabe eines gemieteten Hotels zeitlich knapp vor der Eröffnung des Konkurses liegt, weil ein zeitlicher Zusammenhang zum bevorstehenden Konkursantrag nicht ausreicht, sondern das Konkursverfahren bereits eröffnet sein muss.¹⁸

Im Fall der Abweisung des Konkursantrags mangels kostendeckenden Vermögens kommt der Ausnahmetatbestand ebenfalls nicht zur Anwendung und muss der Betriebserwerber daher alle aufrechten Arbeitsverhältnisse übernehmen.¹⁹

Die Einbeziehung der Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung mit dem Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 wird damit erklärt, dass beim Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung (§§ 166 ff. IO) der Zweck des Verfahrens nicht eindeutig feststellbar ist. Es könne zur Verwertung oder zur Zerschlagung des Unternehmens kommen, der Unternehmensträger könne aber auch saniert werden. Die Stellung des Insolvenzverwalters im Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung entspreche jener des Masseverwalters im Konkursverfahren, da dieselbe öffentliche Aufsicht gegeben sei.²⁰

Wird ein Arbeitsverhältnis einvernehmlich gelöst und über das Vermögen des Arbeitgebers der Konkurs eröffnet, so werden vom Arbeitnehmer die beendigungsabhängigen Ansprüche beim Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds geltend gemacht. Falls der Arbeit-

¹⁴ OGH 7.10.1998, 9 ObA 193/98t.

¹⁵ Erforderlich wären jedoch die Voraussetzungen nach § 29c BAG für die Zulassung zur Ausbilderprüfung.

¹⁶ OGH 7.10.1998, 9 ObA 193/98t, 25.4.2001, 9 ObA 272/00s, *Sundl*, Betriebsübergang und Lehrverhältnis, ASoK 1998, 371 ff.

¹⁷ OGH 28.8.1997, 8 ObS 2164/96k.

¹⁸ OLG Wien 29.3.2000, 8 Ra 59/00f, ARD 5165/9/2000.

¹⁹ OGH 27.1.2000, 8 ObS 219/99k.

²⁰ RV 612 BlgNR 24.GP 44; siehe auch *Binder*, AVRAG², § 3, Rz 73.

nehmer unmittelbar anschließend beim Erwerber des Betriebes die Arbeit fortsetzt, so handelt es sich um eine sittenwidrige Umgehung des AVRAG zu Lasten Dritter (bzw. des Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds). Die einvernehmliche Lösung ist daher in diesen Fällen, in denen die einvernehmliche Lösung anlässlich des Konkurses die Zahlung der beendigungsabhängigen Ansprüche durch den Fonds bezweckt, rechtsunwirksam. Der Erwerber tritt in das Arbeitsverhältnis auf Grund der Rechtsunwirksamkeit der einvernehmlichen Lösung ein. Verschlechterungen im Arbeitsvertrag mit dem Erwerber sind ebenfalls rechtsunwirksam.²¹

4. Schutzfunktion des AVRAG

Im Mittelpunkt arbeitsrechtlicher Normen steht die Schutzfunktion zu Gunsten des wirtschaftlich schwächeren Arbeitnehmers.²² Schutzregelungen sehen Mindestbedingungen vor, die nicht rechtswirksam unterboten bzw. umgangen werden können. Daher normiert § 16 AVRAG, dass die Schutzrechte, die dem Arbeitnehmer beim Betriebsübergang eingeräumt werden, weder durch arbeitsvertragliche noch durch kollektivvertragliche Normen aufgehoben werden können. Der Arbeitnehmer wird insbesondere durch die Rechtsunwirksamkeit betriebsübergangsbedingter Kündigungen, die einjährige Verschlechterungssperre (§ 4 AVRAG), das Widerspruchsrecht (§ 3 Abs. 4 AVRAG) und die begünstigte Selbstkündigung (§ 3 Abs. 5 AVRAG) geschützt. Diese Regelungen bezwecken primär, dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei Wahrung der bisherigen Arbeitsbedingungen oder eine begünstigte Auflösung des Arbeitsverhältnisses (etwa bei wesentlichen Verschlechterungen durch einen Wechsel des Kollektivvertrages) zu ermöglichen (zu den Details siehe im Folgenden).

5. Zum Begriff des Betriebsübergangs

5.1. Kein Eigentumsübergang erforderlich

In den Anwendungsbereich der im Punkt 1. erwähnten Betriebsübergangs-RL 1977/187/EWG fallen „vertragliche Übertragungen und Verschmelzungen“. Der Betriebsübergang in diesem Sinne setzt nach der Rechtsprechung des EuGH nicht den Übergang des Eigentums an den Erwerber voraus. Es wird auf das Faktum des Überganges und nicht auf einen rechtlichen Anhaltspunkt abgestellt.²³ Eine Vertragsbeziehung zwischen Übergeber und Übernehmer ist daher nicht erforderlich.²⁴ Ebenso ist ein Betriebsübergang ohne eine Gegenleistung denkbar (etwa im Zuge von Subventionen und Zuteilung dieser Mittel an eine andere Stiftung).²⁵ Ein Betriebsübergang kann auch auf richterlichen, gesetzlichen und verwaltungsrechtlichen Übertragungsakten beruhen, wie beispielsweise einer Zwangsversteigerung.²⁶

Folgende Vorgänge sind daher nach der Rechtsprechung als Betriebsübergänge anzusehen:

- Verpachtung eines Betriebes, Rückgabe an Verpächter oder Weiterverpachtung durch den Eigentümer,²⁷
- Übergabe einer Betriebsküche eines Ministeriums an einen neuen Pächter, auch wenn die Frequenz auf Grund der höheren Qualität des Essens erheblich (20 bis

²¹ OGH 26.8.2004, 8 ObA 43/04p.

²² Dementsprechend bezwecken die §§ 3 ff. AVRAG den Schutz der von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer.

²³ OGH 17.11.1999, 9 ObA 213/99k, EuGH 11.3.1997, Rs C – 13/95, Eyse Stüzen.

²⁴ OGH 13.6.1996, 8 ObA 2100/96y, EuGH 24.1.2002, Rs C – 51/00, Temco Service Industries, ARD 5315/6/2002.

²⁵ EuGH 19.5.1992, Rs C – 29/91, Redmond Stichting.

²⁶ OGH 30.6.2005, 8 ObS 6/05y, ARD 5619/4/2005.

²⁷ EuGH 17.12.1987, Rs 287/86, Ny Mölle Kro, OGH 23.1.2004, 8 ObA 122/03d, ARD 5491/4/2004.

- 30 %) gesteigert wird. Da die Kunden (im Wesentlichen Bedienstete des Ministeriums) die Räumlichkeiten und das Angebot weitgehend ident waren, war vom Übergang einer wirtschaftlichen Einheit auszugehen, die ihre Identität wahrt.²⁸
- Übertragung einer Vertriebsberechtigung für ein bestimmtes Gebiet von einem Unternehmen auf ein anderes (bei gleichzeitiger Einstellung des bisher berechtigten Unternehmens),²⁹
 - Übernahme des größten Teils der Kundschaft eines anderen (kurz vor dem Konkurs stehenden) Unternehmens sowie der überwiegenden Zahl der Arbeitnehmer und Fortführung von zwei Großprojekten mit den Betriebsmitteln des anderen Unternehmens unter Weiterbenützung von dessen betrieblicher Infrastruktur,³⁰
 - Kauf einer Trafik ohne Übernahme der Belegschaft, aber mit im Wesentlichen unveränderter Einrichtung und dem bisherigen Angebot an den bisherigen Kundenstock (trotz kurzfristiger Unterbrechung der Verkaufstätigkeit),³¹
 - Übernahme des Adressenmaterials bzw. des aufbereiteten Kundenstocks und der meisten freien Mitarbeiter (auf die freien Mitarbeiter kommt das AVRAG zwar nicht zur Anwendung, jedoch sind diese für den Wert des Betriebes und daher bei den Übergangskriterien zu beachten),³²
 - Übernahme eines Betriebsareals durch den neuen Pächter sowie von Arbeitnehmern, Kundenlisten, Know-how und Goodwill,
 - Entstehung einer Wohnungseigentümergeinschaft (der Wohnungseigentümergeinschaft kommt eine eigene Rechtspersönlichkeit in Angelegenheiten der Verwaltung der Liegenschaft zu. Sie tritt mit ihrer Entstehung in das bisher zur Gesamtheit der Miteigentümer bestehende Hausbesorgerarbeitsverhältnis ein.),³³
 - Veräußerung eines Mietshauses, da auch dieses als eine organisatorische und wirtschaftliche Einheit anzusehen ist. Der Käufer tritt daher in das Arbeitsverhältnis des Hausbesorgers ein.³⁴
 - Der Wechsel des Betreibers von zwei Lounges auf einem Flughafen, auch wenn das Speisenangebot und die Öffnungszeiten in beschränktem Umfang erweitert wurden, ist ein Betriebsübergang.³⁵

5.2. Übertragung einer wirtschaftlichen Einheit als Untergrenze für den Übergang eines Betriebsteils

Die Annahme des Übergangs eines Betriebsteils auf einen neuen Inhaber nach § 3 Abs. 1 AVRAG setzt voraus, dass gerade noch von der Übertragung einer wirtschaftlichen Einheit ausgegangen werden kann. Demnach ergibt sich aus den bisherigen Ausführungen, dass einerseits ein bloß faktischer Übergang (ohne Vertragsbeziehung zwischen dem Übergeber und dem Übernehmer) einen Betriebsübergang darstellen kann, wobei jedoch andererseits zumindest eine wirtschaftliche Einheit übergehen muss.

Die Betriebsübergangs-RL bezweckt, die Kontinuität der im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse unabhängig von einem Inhaberwechsel zu gewährleisten. Daher ist das entscheidende Kriterium, ob die übergehende Einheit

²⁸ OGH 23.2.2006, 8 ObA 2/06m, ARD 5702/4/2006.

²⁹ EuGH 7.3.1996, Rs C – 171, 172/94, Merckx & Neuhuys.

³⁰ ASG Wien 10.12.2001, 19 Cga 102/01k, ARD 5315/8/2002.

³¹ OGH 13.11.2002, 9 ObA 232/02m.

³² OGH 21.10.1999, 8 ObA 143/98g, ARD 5085/3/99.

³³ OGH 7.5.2003, 9 ObA 45/03p, ARD 5431/6/2003, Arbeitgeber eines Hausbesorgers im Sinne des Hausbesorgergesetzes ist der Eigentümer des Hauses – OGH 27.3.1996, 9 ObA 15/96, 29.11.2001, 8 ObS 114/01z.

³⁴ OGH 30.3.2006, 8 ObA 40/05y, ARD 5702/3/2006.

³⁵ OGH 27.11.2014, 9 ObA 119/14m, Rauch, Arbeitsrecht 2016, 56.

I. Der Betriebsübergang im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht

ihre Identität bewahrt. Deshalb muss die übergebende Einheit mit den sachlichen und organisatorischen Mitteln im Wesentlichen so erhalten bleiben, wie sie beim früheren Betriebsinhaber vorhanden war.

Es muss sich weiters um den Übergang einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit handeln, deren Tätigkeit nicht auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt ist. Der Begriff der „wirtschaftlichen Einheit“ bezieht sich dabei auf eine organisierte Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung.³⁶

Bei der Prüfung der entscheidenden Frage, ob eine ihre Identität während wirtschaftliche Einheit übergegangen ist, müssen alle den gegenständlichen Vorgang betreffenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören in der Regel folgende Umstände:

- Fortsetzung der bisherigen oder einer gleichartigen Geschäftstätigkeit,
- Aufrechterhaltung der übergebenen wirtschaftlichen Einheit,
- Übergang materieller Betriebsmittel wie etwa von Gebäuden und beweglichen Gütern,
- etwaige Übernahme des nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils der Belegschaft durch den Inhaber,³⁷
- der etwaige Übergang der Kundschaft und
- der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung der Tätigkeit.

Diese Merkmale sind im Rahmen eines beweglichen Systems zu prüfen. Daher sind die einzelnen Umstände nur Teilaspekte einer Gesamtbewertung und können nicht isoliert betrachtet werden. Es kann demnach etwa auch dann ein Betriebsübergang vorliegen, wenn Betriebsmittel nicht übergehen, aber andere gewichtige Kriterien gegeben sind.³⁸

Die Identität der erbrachten Dienstleistungen allein lässt nicht den Schluss zu, dass eine wirtschaftliche Einheit übergeht, weil diese nicht nur durch Tätigkeiten definiert wird.³⁹

5.3. Zur Abgrenzung zwischen dem Funktions- und dem Betriebsübergang

Kein Betriebsübergang liegt nach der aktuellen Judikatur des EuGH vor, wenn lediglich eine ident bleibende Tätigkeit übergeht (Funktionsübergang).⁴⁰ Dementsprechend hat der OGH die Auffassung vertreten, dass kein Betriebsübergang vorliegt, wenn lediglich Arbeitnehmer von einem Betrieb zum anderen wechseln, ohne dass gleichzeitig die organisatorische und wirtschaftliche Einheit, in die sie arbeitsmäßig eingebunden waren, mit übergeht. Der neue Inhaber muss mit den übernommenen sachlichen und immateriellen Betriebsmitteln und mit Hilfe der Arbeitnehmer bestimmte arbeitstechnische Ziele erreichen können. Es kommt daher auch darauf an, dass immaterielle Betriebsmittel, wie Marktstellung, Kundenkontakte und Auftragsbestand, übernommen werden.⁴¹

³⁶ EuGH 2.12.1999, Rs C – 234/98, Allen u.a., OGH 7.10.1998, 9 ObA 193/98t, ARD 4984/12/98.

³⁷ OGH 1.9.1999, 9 ObA 192/99x, ARD 5085/2/99, OGH 19.12.2016, 9 ObA 136/16i, *Rauch*, Arbeitsrecht 2018, 71.

³⁸ OGH 29.9.1999, 8 ObA 143/98g, 25.6.2014, 9 ObA 49/14t, EuGH 20.11.2003, Rs C – 340/01, *Abler*.

³⁹ OGH 22.2.2011, 8 ObA 41/10b.

⁴⁰ EuGH 11.3.1997, Rs C – 13/95, *Ayse Sützen*; die gegenteilige Auffassung wurde in der älteren Judikatur im Fall *Christel Schmidt* (EuGH 14.4.1994, Rs C – 392/92) vertreten.

⁴¹ OGH 12.10.1995, 8 Ob 15/95, ARD 4743/35/96.

Der Übergang eines Betriebsteiles setzt weiters voraus, dass die übernommenen Betriebsmittel bereits beim früheren Betriebsinhaber die Qualität eines Betriebsteils hatten, wobei dies vom Arbeitnehmer zu beweisen ist.⁴²

In folgenden Fällen wurde ein Übergang eines Betriebsteils angenommen:

- Falls eine Gesellschaft einen Auftrag an eine andere Gesellschaft des gemeinsamen Konzerns weitergibt, sofern eine wirtschaftliche Einheit mit dem Auftrag übergeht⁴³ (wobei der bloße Umstand, dass die nacheinander von dem alten und dem neuen Auftragnehmer erbrachten Leistungen einander ähnlich sind, nicht auf den Übergang einer solchen Einheit schließen lässt).⁴⁴
- Falls eine Kundenkartei, ein PC, 50 % der bisher verwendeten Gefriertruhen und ein ortskundiger als einziger in dieser Funktion tätiger Chauffeur der Pizzavertriebsorganisation übernommen wurden, obwohl ein Klein-Lkw und eine Lagerhalle nicht übergegangen sind.⁴⁵

In folgenden Fällen wurde kein Übergang eines Betriebsteils angenommen:

- Schließt eine Kaufhauskette in ihren Verkaufsstätten ihre technischen Kundendienst-Abteilungen und lässt sie die Kundendienste zentral von einem Fremdunternehmen ausführen, welches weder Arbeitsmittel noch Personal übernimmt, so liegt kein Betriebsübergang vor.⁴⁶
- Die Möglichkeit, einen Betrieb zu übernehmen, ist der Betriebsübernahme nicht gleichzusetzen. Die Betriebsübernahme setzt vielmehr die tatsächliche Wahrung der Identität voraus. Der Betrieb einer Grundstücksverwaltung geht nicht allein deshalb über, weil es einem Grundstückserwerber möglich wäre, die Tätigkeit der Grundstücksverwaltung an sich zu ziehen und die Herausgabe der hierfür maßgeblichen Unterlagen zu verlangen.⁴⁷
- Der bloße Wechsel von Gesellschaftern (selbst der Gesamtwechsel) der Inhabergesellschaft ist mangels eines Inhaberwechsels kein Betriebsübergang. Selbst wenn ein Gesamtgesellschafterwechsel einer Umgehung der Kündigungsbeschränkungen bei Betriebsübergang dient, kann dieser Vorgang nicht generell dem Inhaberwechsel gleichgesetzt werden.⁴⁸
- Die Herausgabe einer neugestalteten Gratiszeitung, sei es auch unter ähnlicher Zeitungs-marke wie bisher, bewirkt mangels Übergangs wesentlicher Elemente, wie redaktioneller Zeitungsgestaltung, Anzeigenaquisition und Zeitungsvertrieb sowie der Betriebsmittel, noch keinen Betriebsübergang nach § 3 AVRAG.⁴⁹

5.3.1. Übernahme eines Auftrags

Aus den Ausführungen zum Punkt 5.3 ergibt sich, dass auch die Übernahme eines Auftrags einen Übergang eines Betriebsteils darstellen kann, falls eine wirtschaftliche Einheit auf den neuen Auftragnehmer übergeht.⁵⁰ Bei Übernahme von Aufträgen wird daher der vorsichtige Auftraggeber vom Vorgänger allenfalls einen Teil des Personals und im Übrigen möglichst keine Geräte bzw. sonstigen Güter übernehmen.

Ist der übergegangene Auftrag auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt, so liegt kein Betriebsübergang vor, weil nur eine auf Dauer angelegte wirtschaft-

⁴² Bundesarbeitsgericht/BRD 26.8.1999, 8 AZR 718/98, ARD 5111/5/2000.

⁴³ EuGH 2.12.1999, Rs C – 234/98 Allen u.a., ARD 5085/1/99.

⁴⁴ EuGH 10.12.1998, Rs C – 173/96 und Rs C – 247/96 Sánchez Hidalgo u.a., ARD 4992/19/98.

⁴⁵ OGH 29.9.1999, 9 ObA 140/99z.

⁴⁶ Bundesarbeitsgericht/BRD 22.1.1998, 8 AZR 243/95, ARD 4943/8/98.

⁴⁷ Bundesarbeitsgericht/BRD 18.3.1999, 8 AZR 196/98, ARD 5085/4/99.

⁴⁸ OGH 2.3.2007, 9 ObA 78/06w, ASoK 2008, 31.

⁴⁹ OGH 29.4.2009, 9 ObA 22/09i.

⁵⁰ OGH 19.12.2016, 9 ObA 136/16i, *Rauch*, Arbeitsrecht 2018, 71 ff.

I. Der Betriebsübergang im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht

liche Einheit Gegenstand eines Betriebsübergangs sein kann. Dies ist bei der Übertragung einer Baustelle zwecks Fertigstellung nicht der Fall.⁵¹

Wird ein Auftrag neu übernommen, so spricht die Übernahme von Betriebsmitteln auch dann für einen Betriebsübergang, wenn diese Betriebsmittel nicht vom Vorgänger stammen, sondern vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden.⁵²

- **Beispiel:**

Die Fa. A verliert einen Großauftrag (Bewachung eines Bürogebäudes). Der neue Auftragnehmer Fa. B übernimmt von Fa. A 70 % des Personals einschließlich des Objektmanagers, mehrere Dienst-PKW und technische Einrichtungen für die zeitliche Kontrolle von Rundgängen. Die restlichen 30 % der für dieses Objekt tätigen Arbeitnehmer werden gekündigt. Daraufhin erklären die gekündigten Arbeitnehmer, dass ein Betriebsübergang vorliege und die aus Anlass des Betriebsüberganges ausgesprochenen Kündigungen rechtsunwirksam seien. Hätte der Übernehmer des Auftrags lediglich einen unwesentlichen Teil des Personals und keinerlei technische Einrichtungen übernommen, so hätte diese Behauptung von Anfang an keine Substanz gehabt.

5.4. Betriebsstilllegung und Betriebsübergang

Unter einer Betriebsstilllegung wird im Arbeitsrecht eine „endgültige Stilllegung“⁵³ verstanden. Darunter ist die Beendigung aller Kundenkontakte und Räumungstätigkeiten sowie sonstiger abschließender Tätigkeiten zu verstehen. Werden noch letzte Aufträge vollendet oder Abschluss- und Räumungsarbeiten durchgeführt, so kann die Betriebsstilllegung noch nicht angenommen werden. Die Auflösung des Mietvertrages für das Geschäftslokal, die Zurücklegung des Gewerbescheines, die Verständigung der Kunden und Geschäftspartner von der Stilllegung sind Belege für eine Betriebsstilllegung. Es ist allein auf eine faktische Betriebsstilllegung abzustellen, die meistens nach Beginn des Liquidierungsprozesses, jedoch unter Umständen vor dessen Ende liegen kann.⁵⁴

Im Fall der bereits erfolgten Stilllegung verliert der besondere Bestandschutz für Schwangere und Mütter bzw. Väter in Karenz bzw. geschützter Elternteilzeit (§ 10 Abs. 3 MSchG, § 6 Abs. 3 VKG), Präsenz- und Zivildienstler (§ 12 Abs. 3 APStG) sowie Mitglieder des Betriebsrates (§ 121 Z 1 ArbVG) seine Wirksamkeit. Nach erfolgter Betriebsstilllegung können diese Arbeitnehmer daher ohne gerichtliche Zustimmung gekündigt (bzw. bei Vorliegen gesetzlicher Gründe entlassen) werden. Die Formvorschriften für die einvernehmliche Lösung nach dem APStG bzw. MSchG und VKG sind ab der Stilllegung nicht mehr anwendbar. Der Kündigungsschutz eines begünstigten Behinderten wird durch die Stilllegung des Betriebes jedoch nicht beendet. Bei endgültiger Betriebsstilllegung ist aber die nachträgliche Zustimmung des Behindertenausschusses zur Kündigung möglich.⁵⁵

Lehrverhältnisse enden mit der Zurücklegung des Gewerbescheines (§ 14 Abs. 2 lit. d BAG), wenn der Lehrling vom Lehrberechtigten über die Auflösung des Lehrverhältnisses unverzüglich informiert wird (§ 14 Abs. 4 BAG). Befindet sich der bisherige Lehrling zum Zeitpunkt der Betriebsstilllegung in der Behaltezeit, so ist ein Antrag nach § 18 Abs. 3 BAG zu stellen.⁵⁶

Der den vorgenannten Bestandschutzbestimmungen gemeinsame Begriff der Betriebsstilllegung hat durch das AVRAG einen (teilweisen) Funktionswandel bzw. eine Ergänzung dahingehend erfahren, dass eine Betriebsstilllegung nur dann vorliegt, wenn

⁵¹ OGH 7.6.2006, 9 ObA 62/06t.

⁵² EuGH 15.12.2005, Rs C – 232/04, Rs C – 233/04, Güneş Görres, Demir, ARD 5657/8/2006.

⁵³ OGH 11.2.1998, 9 ObA 408/97h, *Rauch*, Arbeitsrecht für Arbeitgeber¹⁶, 616.

⁵⁴ OGH 12.9.1996, 9 ObA 2309/96s, ARD 4880/6/97, OGH 4.8.2009, 9 ObA 83/08h.

⁵⁵ ASG Wien 10.12.2001, 19 Cga 102/01k, ARD 5315/8/2002.

⁵⁶ *Rauch*, Arbeitsrecht für Arbeitgeber¹⁷, 813.

auch ein Betriebsübergang nicht gegeben ist.⁵⁷ Wird also eine wirtschaftliche Einheit von einem anderen Inhaber fortgeführt, so kann keine Stilllegung vorliegen. Erfolgt hingegen die Veräußerung der Betriebsmittel, der immateriellen Wirtschaftsgüter etc., etwa in gestreuter Form oder zur Fortsetzung einer nicht identen Tätigkeit, so liegt eine Betriebsstilllegung vor. Arbeitgeber, welche die Beendigung der Arbeitsverhältnisse, die Vermeidung einer Haftung nach § 6 AVRAG etc. bewirken wollen, müssen daher darauf achten, dass im Zuge der Betriebsstilllegung keine wirtschaftliche Einheit übergeht.

Eine Betriebsunterbrechung bzw. vorübergehende Betriebsstilllegung verhindert nicht die Anwendbarkeit der Übergangsbestimmungen (§§ 3 ff. AVRAG), sofern nach dem Gesamtbild von der Fortführung einer wirtschaftlichen Einheit auszugehen ist.

- **Beispiel 1:**

Wenn ein Arbeitgeber wegen Verlusten im Export seinen Betrieb schließt und in der Folge in einem unter der Firma seiner Tochter gegründeten Unternehmen im Wesentlichen gleichartige Geschäfte abwickelt, so liegt ein Betriebsübergang auch dann vor, wenn das Geschäftslokal gewechselt wurde. Dies ergibt sich daraus, dass der Übergang der Kunden, Bezugsquellen und inneren Betriebsordnung als Übergang einer wirtschaftlichen Einheit anzusehen ist.⁵⁸

- **Beispiel 2:**

Ein Arbeitgeber legt den Betrieb still. Alle Arbeitnehmer werden gekündigt. Es gibt keinerlei Absprachen, dass alle Arbeitnehmer oder ein wesentlicher Teil der Arbeitnehmer von einem bestimmten anderen Unternehmen übernommen wird. Insbesondere gehen auch keine Aufträge mit hierfür zuständigen Arbeitnehmern über. Die Betriebsmittel werden an verschiedene Interessenten veräußert. In diesem Fall liegt kein Betriebsübergang vor.

5.5. Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsübergang

In den Regelungen des AVRAG zum Betriebsübergang werden Arbeitskräfteüberlassungsbetriebe im Sinne des § 1 AÜG nicht erwähnt. Die Bestimmungen zum Betriebsübergang gelten aber auch für diese Betriebe. Die Betriebsübergangs-RL nimmt spezifisch insofern auf Leiharbeitsverhältnisse Bezug, als sie ausdrücklich festlegt, dass diese von ihrer Anwendung nicht nur deshalb ausgeschlossen werden dürfen, weil es sich beim übertragenen Betrieb – oder Betriebsteil – um ein Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen handelt (Art II Abs. 2 lit. c RL 2001/23/EG).

Die Besonderheit bei Arbeitskräfteüberlassern ergibt sich daraus, dass diese kaum Arbeitnehmer in ihren eigenen Betrieb im Sinne einer organisatorischen Einheit beschäftigen, sondern die Arbeitnehmer an einen anderen Arbeitgeber als Beschäftigter überlassen. Der Beschäftigter integriert die ihm überlassenen Arbeitnehmer nach seinen Vorstellungen in seinen Betrieb. Die Mehrzahl der Arbeitnehmer eines Überlassungsbetriebes ist somit in anderen Betrieben integriert. Der Übergang von Arbeitnehmern eines Überlassers auf einen anderen Betrieb kann daher nicht als Übergang einer wirtschaftlichen Einheit betrachtet werden.⁵⁹

Denkbar wäre es (nach der Auffassung des OGH), den strukturellen Unterschieden bei Arbeitskräfteüberlassern mangels einer überwiegenden Bedeutung einer eigenen Betriebsorganisation dadurch Rechnung zu tragen, dass stärker auf die wesentlichen Be-

⁵⁷ OGH 13.6.1996, 8 ObA 2100/96y, 16.10.2003, 8 ObS 7/03t, 24.3.2017, 9 ObA 123/16b.

⁵⁸ OLG Wien 21.1.1998, 7 Ra 331/97s, ARD 4920/4/98.

⁵⁹ OGH 26.4.2011, 8 ObA 25/11a.