

Automatischer Übergang von Arbeitsverträgen bei Betriebsinhaberwechsel

Neue Rechtslage — Vorsicht beim Unternehmenskauf

Von RA Dr. Georg Schima, Wien

1. Einleitung

Das monatelange Tauziehen um das „AVRAG“ (Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz) hat sein Ende gefunden. Nachdem der frühere Entwurf¹⁾ in den Sozialpartnerverhandlungen nochmals gründlich überarbeitet worden war, wobei ein Gutteil der Anregungen von *Runggaldier* aufgegriffen wurde, passierte der geänderte Entwurf am 18. 5. 1993 den Ministerrat²⁾, wurde am 8. 6. 1993 in einer Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales noch mit ein paar kleinen Änderungen versehen, am 17. 6. 1993 vom Parlament beschlossen und — zusammen mit einem ArbVG-Änderungsgesetz — in seinen wesentlichen Teilen³⁾ mit 1. 7. 1993 in Kraft gesetzt.

Im folgenden sollen insbesondere die neuen gesetzlichen Vorschriften im Zusammenhang mit dem automatischen Übergang von Arbeitsverhältnissen bei der Übertragung von Betrieben und Betriebsteilen dargestellt werden, wobei aber auch auf die im zusammen mit dem AVRAG beschlossenen ArbVG-Änderungsgesetz vorgesehenen Regelungen betreffend die Geltung von Betriebsvereinbarungen bei Umstrukturierungen Bezug genommen wird. Die Problematik der Geltung von Kollektivverträgen bei Betriebsübergang soll nur gestreift werden, weil diese (auch unter Berücksichtigung der neuen Rechtslage) in einem jüngst erschienenen Beitrag⁴⁾ ohnehin sehr ausführlich dargestellt wurde.

2. Automatischer Übergang von Arbeitsverhältnissen

Herzstück des AVRAG ist zweifellos die Bestimmung des § 3 Abs 1, wonach derjenige, auf den ein *Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil übergeht*, „als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Überganges bestehenden Arbeitsverhältnisse eintritt“.

Es handelt sich um einen *ex lege* an den Tatbestand des Überganges von Unternehmen, Betrieben oder Betriebs-

teilen geknüpften Arbeitgeberwechsel; die bislang wegen des Charakters einer rechtsgeschäftlichen Vertragsübernahme notwendige Dreiparteieneinigung ist nach der neuen Rechtslage daher nicht mehr erforderlich.

In § 3 Abs 2 AVRAG wurde klargestellt⁵⁾, daß § 3 Abs 1 „*nicht im Fall des Konkurses des Veräußerers*“, gilt, womit wohl gemeint ist, daß der Erwerb aus der Konkursmasse bzw von einem konkursverfangenen Unternehmen nicht zum automatischen Übergang der Arbeitsverträge führt. Dies entspricht der Judikatur des EuGH⁶⁾, wobei mE wohl auch eine Bereichsausnahme für andere Insolvenzformen durch die EuGH-Rsp gedeckt und überlegenswert gewesen wäre⁷⁾. Die Auslegung des Begriffes „Betriebsteil“ kann und wird vermutlich gewisse Schwierigkeiten bereiten, zumal dabei sicher nicht schlechthin auf den gleichstellungsfähigen Betriebsteil des § 35 ArbVG zurückgegriffen werden kann, sondern zumindest die Auslegung des EuGH eine wesentlich extensivere ist⁸⁾. Auch für den Betriebsteil wird eine bestimmte organisatorische „Mindestqualität“ zu fordern sein sowie ein konkreter arbeitstechnischer Zweck, weshalb ein bloßer Übergang von Maschinen oder Geräten nicht in den Anwendungsbereich des § 3 Abs 1 AVRAG fällt⁹⁾.

Zumindest theoretisch sind daher auch „Atomisierungslösungen“ denkbar, bei denen die einzelnen Teile diese organisatorische „Mindestqualität“ nicht mehr aufweisen und damit das Konzept des AVRAG, den Arbeitsvertragsübergang als gesetzlich zwingende und automatisch eintretende *Rechtsfolge* an den Tatbestand der Übertragung von Unternehmen, Betrieben und Betriebsteilen zu knüpfen, leerläuft. Insbesondere bei der künftigen Spaltung von Kapitalgesellschaften könnte dies — wenn auch nur in seltenen Extremfällen — Bedeutung erlangen, weil der derzeitige Entwurf des Spaltungsg eine Zerteilung der Gesellschaft in beliebig kleine Einheiten, ja selbst die Zuordnung einzelner Schuldverhältnisse in eine Nachfolgegesellschaft, erlaubt.

¹⁾ Vgl dazu *Runggaldier*, Betriebsübergang und Übergang der Arbeitsverhältnisse, RdW 1992, 375 ff.

²⁾ Vgl auch *meine* Ausführungen in dem in RdW 6/93 erschienenen Beitrag „Kollektivvertragsgeltung und Betriebsübergang“.

³⁾ Erst mit dem Inkrafttreten des EWR-Abkommens sollen die Bestimmungen im AVRAG über den „erweiterten Dienstzettel“ gelten und im ArbVG-Änderungsgesetz die Vorschriften über die Erweiterung des passiven Wahlrechtes bei Betriebsratswahlen auf Angehörige von EWR-Vertragsstaaten, sowie die Anpassungen an die EG-Massentlassungsrichtlinie durch Normierung entsprechender Informations- und Beratungsrechte (Verständigung des Betriebsrates durch den Betriebsinhaber von der schriftlichen Anzeige gem § 45 a AMFG sowie Einführung eines neuen Betriebsänderungstatbestandes in § 109 Abs 1 Z 1 a in Form der nach § 45 a AMFG meldepflichtigen Auflösung von Arbeitsverhältnissen).

⁴⁾ Vgl *G. Schima*, Kollektivvertragsgeltung und Betriebsübergang, RdW 1993, 184 ff.

⁵⁾ Der frühere Entwurf enthielt diese Klarstellung noch nicht; vgl dazu die Ausführungen von *Runggaldier*, RdW 1992, 377.

⁶⁾ Vgl *E. Bydlinski*, Zur Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang nach dem Recht der EG, in *Runggaldier* (Hrsg), Österreichisches Arbeitsrecht und das Recht der EG (1990) 242 mwN; *Gahleitner*, Individualarbeitsrechtliche Aspekte des Betriebsübergangs (Betriebsübergangsrichtlinie), in *Doralt/Nowotny* (Hrsg), Der EG-rechtliche Anpassungsbedarf im österreichischen Gesellschaftsrecht (1993) 302.

⁷⁾ Rechtspolitisch dafür *Runggaldier*, RdW 1992, 377; dagegen *Gahleitner* in *Doralt/Nowotny* 302.

⁸⁾ Vgl dazu *Gahleitner* in *Doralt/Nowotny* 299 ff mit Hinweis auf den exemplarischen Fall *Redmond gg Bartol* (EuGH 19. 5. 1992, RS 29/91-Übergang von Subventionen); vgl auch *Runggaldier*, RdW 1992, 377.

⁹⁾ Zutreffend *Runggaldier*, RdW 1992, 377.

Beim Betriebsübergang iSd § 3 Abs 1 bleiben die Arbeitsbedingungen aufrecht, es sei denn, aus den Bestimmungen über den Wechsel der Kollektivvertragsangehörigkeit iSd § 4 AVRAG, die betrieblichen Pensionszusagen (§ 5 AVRAG) und die Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen gem den §§ 31 und 32 ArbVG ergibt sich anderes¹⁰⁾.

Weitgehend gelöst wurde das — im letzten AVRAG-Entwurf noch offen gebliebene¹¹⁾ — Problem, ob der AN dem „automatischen“ Vertragsübergang, der ja seinem Schutz dienen soll, widersprechen kann. § 3 Abs 4 AVRAG räumt einen solchen *Widerspruch* (nur) ein, wenn der Erwerber den kollektivvertraglichen Bestandschutz oder die betrieblichen Pensionszusagen nicht übernimmt¹²⁾. Der — offensichtlich nicht formgebundene — Widerspruch hat gem § 3 Abs 4 AVRAG innerhalb eines Monats ab Ablehnung der Übernahme oder bei Nichtäußerung des Erwerbers zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges innerhalb eines Monats nach Ablauf einer vom AN gesetzten angemessenen Frist zur Äußerung zu erfolgen. Widerspricht der AN, „so bleibt sein Arbeitsverhältnis zum Veräußerer unverändert aufrecht“ (§ 3 Abs 4, letzter Satz AVRAG).

Vor allem die zuletzt zitierte Regelung wirft einige dogmatische Fragen auf. Betrachtet werden muß sie insbesondere im Zusammenhang mit § 5 AVRAG¹²⁾, die dem Erwerber die Möglichkeit gibt, eine *auf Einzelvereinbarung beruhende betriebliche Pensionszusage abzulehnen*¹³⁾. Diese Ablehnung kann der Erwerber „durch rechtzeitigen Vorbehalt“ gem § 5 Abs 1, letzter Satz AVRAG bewirken. Was unter „rechtzeitig“ zu verstehen ist, sagt das Gesetz jedoch nicht. Aus dem Zusammenhang mit § 3 Abs 4, letzter Satz AVRAG, wonach im Falle eines — die Reaktion auf die Ablehnung der Pensionszusage darstellenden — Widerspruchs des Arbeitnehmers, dessen Arbeitsverhältnis zum Veräußerer „*unverändert aufrecht bleibt*“, scheint sich zu ergeben, daß der „rechtzeitige Vorbehalt“ durch den Erwerber vor dem Erwerb zu geschehen hat und offensichtlich auch der binnen eines Monats ab dem Vorbehalt zu erhebende Widerspruch den Arbeitsvertragsübergang auf den Erwerber hindert und nicht einen bereits erfolgten Übergang des Arbeitsvertrages (zB mit rückwirkender Kraft) wieder rückgängig macht¹⁴⁾.

Eindeutig ist dies freilich nicht, weil es möglich erscheint, daß der Erwerber zwar vor Betriebsübergang die Übernahme der Pensionszusage ablehnt, in der Folge jedoch das den Übergang bewirkende Rechtsgeschäft abschließt, damit den ex lege-Vertragsübergang bewirkt

¹⁰⁾ Zu diesen Ausnahmen siehe unten.

¹¹⁾ Vgl Runggaldier, RdW 1992, 378 und Fn 24; E. Bydlinski in Runggaldier 243f.

^{12a)} Merkwürdigerweise wurde § 23 Abs 3 AngG nicht formell aufgehoben, obwohl dieser Bestimmung wohl kein Anwendungsbereich verbleibt.

¹²⁾ Zur Vorschrift des § 4 Abs 2, letzter Satz AVRAG betreffend den kollektivvertraglichen Bestandschutz siehe unten.

¹³⁾ Die Bestimmung des § 5 Abs 1, erster Satz AVRAG, wonach dies nicht geht, wenn der Erwerber Gesamtrechtsnachfolger ist, braucht wegen ihres tautologischen Charakters nicht erörtert zu werden.

¹⁴⁾ Die Materialien sprechen von einem Zustand „*schwebender Wirksamkeit*“.

und der AN von seinem Widerspruchsrecht gem § 3 Abs 4 AVRAG (noch innerhalb der Monatsfrist) erst nach Betriebs- und damit Arbeitsvertragsübergang Gebrauch macht. Außerdem normiert § 3 Abs 4, 2. Satz AVRAG, daß der Widerspruch entweder innerhalb eines Monats ab Ablehnung der Übernahme (durch den Erwerber) „oder bei Nichtäußerung des Erwerbers zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges“ innerhalb eines Monats nach Ablauf einer vom AN gesetzten Frist zu erfolgen hat. Fraglich ist daher, ob dem Gesetzgeber auch der Fall vorgeschwebt ist, daß ein „rechtzeitiger Vorbehalt“ iSd § 5 Abs 1 AVRAG nach Betriebsübergang erfolgt oder ob sich die zuletzt zitierte Regelung in § 3 Abs 4 AVRAG nur auf die den Erhalt des kollektivvertraglichen Bestandschutzes bezweckende Regelung des § 4 Abs 2, letzter Satz AVRAG bezieht.

Zumindest im letztgenannten Fall erscheint es daher denkbar, daß ein Arbeitsverhältnis zunächst (ex lege) übergeht und in der Folge aufgrund eines vom AN erhobenen Widerspruchs im Verhältnis „zum Veräußerer unverändert aufrecht“ bleibt, dh (rückwirkend?) an den Veräußerer zurückfällt. Vor allem im Zusammenhang mit der Haftungsregelung des § 6 AVRAG könnte dies problematisch sein. Grundsätzlich muß mE davon ausgegangen werden, daß ein solcher „Kurzzeit-Erwerber“ die Erwerberhaftung vollinhaltlich (und rückwirkend) wieder los wird, wenn aufgrund des Widerspruchs des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis wieder an den Veräußerer „zurückfällt“. Schwierige Fragen könnten sich aber stellen, wenn gerade in diesem kurzen Zeitraum bestimmte Ansprüche fällig werden.

Wenn der Betriebsübergang den „Wegfall der betrieblichen Pensionszusage zur Folge“ hat¹⁵⁾ und der AN dem Übergang des Arbeitsverhältnisses im Falle der Ablehnung einer einzelvertraglichen Pensionszusage durch den Erwerber nicht widersprochen hat, endet mit dem Zeitpunkt des Betriebsüberganges der Erwerb neuer Pensionsanswartschaften. Gem § 5 Abs 2 AVRAG hat der AN in einem solchen Fall „gegen den Veräußerer Anspruch auf Abfindung der bisher erworbenen Anwartschaften als Unverfallbarkeitsbetrag iSd Betriebspensionsgesetzes (BPG), Art I des BGBl Nr 282/1990“. Bei beitragsorientierten Zusagen errechnet sich dieser Betrag nach dem BPG, bei direkten Leistungszusagen, leistungsorientierten Pensionskassenzusagen oder leistungsorientierten Versicherungsverträgen nach dem Teilwertverfahren und den bei der Bildung der Rückstellung anzuwendenden versicherungsmathematischen Grundsätzen. Für die Berechnung ist einerseits das Alter zum Zeitpunkt der Erteilung der Zusage, andererseits das Anfallsalter heranzuziehen. Der Rechnungszinssatz beträgt grundsätzlich 6,5%, doch ist bei Pensionszusagen, die eine „rechtsverbindliche Valorisierung“ vorsehen, der Barwert der künftigen Pensionsleistungen unter Zugrundelegung eines Rechnungszinssatzes von 3% zu berechnen¹⁶⁾. Den Abfindungsbetrag kann der AN iSd

¹⁵⁾ Diese Textierung in § 5 Abs 2, 1. Satz AVRAG bezieht sich offensichtlich nicht bloß auf den Fall der Ablehnung einer einzelvertraglichen Pensionszusage durch den Erwerber, sondern auch auf den Wegfall in kollektivrechtlichen Rechtsgrundlagen enthaltener Pensionsordnungen.

BPG verwenden, außerdem aber unabhängig von seiner Höhe die *Auszahlung verlangen*.

Gedacht war offensichtlich an eine Art „*Strafzuschlag*“ auf die Pensionsabfindung für den Veräußerer, wenn der Erwerber sie nicht übernimmt bzw wenn die Pensionsordnung — zB infolge Kollektivvertragswechsels — wegfällt. Ob der Gesetzestext allerdings die Absichten der Verfasser — zumindest jene der Arbeitnehmerseite — wirklich umgesetzt hat, darf bezweifelt werden. Mit dem Verweis auf den „*Unverfallbarkeitsbetrag iSd BPG, Art I*“ sollte bewirkt werden, daß auch vor Inkrafttreten des BPG (1. 7. 1990) erworbene Anwartschaften abzugelten sind, weil jene Vorschrift, die bestimmt, daß das BPG nur hinsichtlich der *nach* seinem Inkrafttreten erworbenen Anwartschaften anzuwenden ist, sich nicht in *Art I*, sondern vielmehr in *Art V Abs 3* findet. Übersehen wurde dabei aber zumindest, daß gem § 7 Abs 1 Z 2 BPG¹⁷⁾ die Unverfallbarkeit von Anwartschaften und damit auch das Entstehen eines „*Unverfallbarkeitsbetrages*“ voraussetzt, daß seit Erteilung der Leistungszusage fünf Jahre vergangen sind und § 7 Abs 1 Z 3 BPG dies noch dahingehend ergänzt, daß auch eine fünf Jahre übersteigende Wartezeit abgelaufen sein muß, wenn diese zulässig vereinbart wurde. Nimmt man daher den gesetzlichen Verweis in § 5 Abs 2 AVRAG ernst¹⁸⁾, dann ergibt die Anwendung des § 5 Abs 2 AVRAG in jenen Fällen, in denen eine Pensionszusage „*jünger*“ als fünf Jahre bzw eine zulässig vereinbarte längere Wartezeit noch nicht abgelaufen ist, eine Pensionsabfindung von Null.

Auch sonst ist die Regelung des § 5 Abs 2 AVRAG freilich nicht stimmig, weil sie es geradezu provoziert, daß entweder der Veräußerer vor Betriebsübergang oder der Erwerber danach *den Mitarbeiter kündigt* und in diesem Fall nur die unverfallbaren Anwartschaften iSd BPG unter Einschluß des *Art V Abs 3* abzugelten sind.

Das AVRAG enthält — anders als zB § 613a Abs 4 BGB — *kein Verbot der Kündigung aus Anlaß des Betriebsüberganges*, weshalb zur Beurteilung von betriebsübergangsbedingten Kündigungen auf § 105 ArbVG zurückzugreifen sein wird¹⁹⁾. Zwar kann die Tatsache des Betriebsüberganges als solche als betriebliche Rechtfertigung einer Kündigung iSd § 105 ArbVG in der Tat nicht ausreichen, weil sonst der Schutzzweck des AVRAG unterlaufen würde, doch werden auch *mit dem Betriebsübergang in Zusammenhang stehende* wirtschaftliche Gründe als Rechtfertigung für eine (im zeitlichen Naheverhältnis mit dem Betriebsübergang stehende) Kündigung grundsätzlich herangezogen werden dürfen.

¹⁶⁾ Durch diese — recht „deftig“ ausgefallene — Wertsicherung von Pensionsabfindungen wird von der in der Praxis überwiegend zu beobachtenden Übung abgewichen, bei der Barabfindung valorisierter Zusagen die Valorisierung nicht zu berücksichtigen, was mE nur teilweise gerechtfertigt ist, weil die dem AN ermöglichte verzinsliche Anlage des Abfindungsbetrages typischerweise — wenn auch beschränkt — eine Valorisierungsfunktion übernimmt.

¹⁷⁾ Diese Regelung gehört zu *Art I BPG*.

¹⁸⁾ Einer von manchen Vertretern im arbeitsrechtlichen Schrifttum eingenommenen — mE dogmatisch jedoch nicht haltbaren — Ansicht zufolge sollen „hochpolitische Kompromißgesetze“ unter „striker Orientierung an dem, was dem Gesetzgeber tatsächlich zu regeln geglückt ist“, auszulegen und außerdem „kein Feld für methodologische Kühnheiten“ sein (vgl zuletzt *Geppert*, Arbeitskräfteüberlassung und ArbVG, FS *W. Schwarz* 242 mwN in Fn 21).

¹⁹⁾ Die Richtlinienkonformität dieser österreichischen Lösung könnte zweifelhaft sein, doch darf nicht übersehen werden, daß sich der deutsche Gesetzgeber — kräftig „unterstützt“ durch

tigung einer Kündigung iSd § 105 ArbVG in der Tat nicht ausreichen, weil sonst der Schutzzweck des AVRAG unterlaufen würde, doch werden auch *mit dem Betriebsübergang in Zusammenhang stehende* wirtschaftliche Gründe als Rechtfertigung für eine (im zeitlichen Naheverhältnis mit dem Betriebsübergang stehende) Kündigung grundsätzlich herangezogen werden dürfen.

3. Betriebsübergang und Geltung von Kollektivverträgen und Betriebsvereinbarungen

Wie bereits an anderer Stelle behandelt²⁰⁾, bleibt auch mit Inkrafttreten des AVRAG sowie des ArbVG-Änderungsgesetzes § 8 Z 2 ArbVG in Geltung, wird hinsichtlich seines Anwendungsbereichs jedoch dahingehend erweitert, daß er auch bei der Übertragung von *Betriebsteilen* gilt.

Gem § 4 Abs 1 AVRAG, der diesbezüglich *Art 3 Abs 2*, erster Satz EG-RL übernimmt, hat der Erwerber nach Betriebsübergang „*die in einem KV vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zur Kündigung oder zum Ablauf des KV oder bis zum Inkrafttreten oder bis zur Anwendung eines anderen KV in dem gleichen Maße aufrecht zu erhalten, wie sie in dem KV für den Veräußerer vorgesehen waren. Die Arbeitsbedingungen dürfen zum Nachteil des Arbeitnehmers durch Einzelarbeitsvertrag innerhalb eines Jahres nach Betriebsübergang weder aufgehoben noch beschränkt werden.*“ Würde also der Betriebsübergang nach den Regeln des § 8 Z 2 ArbVG zum ersatzlosen Wegfall des KV führen, ordnet § 4 Abs 1 AVRAG offenbar²¹⁾ die *einzelvertragliche Weitergeltung* der Vorschriften des bisherigen KV an.

Den Fall des *Wechsels* der KV-Angehörigkeit infolge des Betriebsüberganges regelt § 4 Abs 2 AVRAG. In einem solchen Fall darf das dem AN vor Betriebsübergang „*für die regelmäßige Arbeitsleistung in der Normalarbeitszeit gebührende kollektivvertragliche Entgelt nicht geschmälert werden.*“ Dies soll offensichtlich als *einzelvertragliche Transformation* und nicht als Fiktion der Aufrechterhaltung der Normwirkung verstanden werden, wenngleich — insbesondere im Hinblick auf die Textierung des § 4 Abs 2, letzter Satz AVRAG — die Formulierung dies nicht ganz klar erkennen läßt.

Der letztgenannten Vorschrift zufolge werden kollektivvertragliche Regelungen über den Bestandschutz des Arbeitsverhältnisses²²⁾ „*Inhalt des Arbeitsvertrages zwischen AN und Erwerber, wenn das Unternehmen des Veräußerers im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang nicht weiter besteht.*“ Daraus folgt, daß in jenen

das BAG, welches sogar Aufhebungsvereinbarungen teilweise als unwirksam behandelt — mit dem Kündigungsverbot schwierigste Abgrenzungsprobleme und eine teilweise merkwürdig anmutende Judikatur eingehandelt hat (vgl zB zuletzt *Weimar/Alfes*, Betriebsübernahmen ohne § 613a BGB?, NZA 1993, 155 ff, 158 ff, aus der Judikatur exemplarisch BAGE 55, 228 = NZA 1988, 198; BAG, NZA 1989, 425 ff).

²⁰⁾ Vgl *G. Schima*, Kollektivvertragsgeltung und Betriebsübergang, RdW 1993, 184 ff.

²¹⁾ Vgl *G. Schima*, RdW 1993, 188 und Fn 34a.

²²⁾ Dies trifft de facto insbesondere Banken und Versicherungen.

Fällen, in denen das Unternehmen des Veräußerers weiter besteht, bei entsprechendem Wechsel der KV-Angehörigkeit der Erwerber den kollektivvertraglichen Bestandschutz *nicht* zu übernehmen hat. Insofern ist die Textierung des § 3 Abs 4 AVRAG, wonach der AN (auch dann) dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechen kann, „*wenn der Erwerber den kollektivvertraglichen Bestandschutz . . . nicht übernimmt*“, etwas mißverständlich, weil sie einen individuellen Willensakt des Erwerbers suggeriert, der in Wahrheit jedoch nicht vorliegt. In jenen Fällen, in denen das Unternehmen des Veräußerers untergeht, soll der Erwerber ja gerade *nicht* die Möglichkeit der „Nichtübernahme“ des kollektivvertraglichen Bestandschutzes besitzen. Die Mitteilung der „Ablehnung der Übernahme“ des kollektivvertraglichen Bestandschutzes im Falle eines KV-Wechsels durch den Erwerber kann demgemäß nur den Charakter einer Wissens-, nicht jedoch einer Willenserklärung aufweisen. Allerdings müßte es mE möglich sein, daß der Erwerber, ungeachtet des aufgrund des KV-Wechsels eintretenden Wegfalls des Bestandschutzes sich *einzelvertraglich zur Übernahme des Bestandschutzes verpflichtet* und so dem AN die Möglichkeit des Widerspruches nimmt. Wird dies nur bei einzelnen Mitarbeitern so gehandhabt, können sich freilich Probleme des Gleichbehandlungsgrundsatzes stellen.

Da § 8 Z 2 ArbVG grundsätzlich keinen Verschlechterungsschutz beinhaltet und daher nicht verhindert, daß der beim Erwerber aufgrund dessen Verbandsmitgliedschaft geltende KV ungünstiger als der KV des Veräußerers ist²³⁾, und weil auch die — nunmehr allerdings ausgebauten —²⁴⁾ Vorschriften betreffend die Geltung von Betriebsvereinbarungen bei Umstrukturierungen nicht explizit vom Prinzip des Erhalts bisheriger Schutzstandards getragen sind, kann der Fall eintreten, daß sich die auf KV oder Betriebsvereinbarung beruhenden Arbeitsbedingungen durch den Betriebsübergang aus der Sicht der AN verschlechtern. Ist diese Verschlechterung eine „wesentliche“, kann gem § 3 Abs 5 AVRAG der AN innerhalb eines Monats ab dem Zeitpunkt, ab dem er die Verschlechterung erkannte oder erkennen mußte, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen oder der kollektivvertraglichen Kündigungsfristen und -termine lösen. Dem AN stehen die zum Zeitpunkt einer solchen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gebührenden Ansprüche wie bei einer Arbeitgeberkündigung zu, was bedeutet, daß der AN insbesondere seinen *Abfertigungsanspruch behält*. Nach der — durch den Sozialausschuß eingefügten — Bestimmung des § 3 Abs 3, letzter Satz AVRAG hat der Erwerber dem AN jede aufgrund des Betriebsüberganges erfolgte *Änderung der Arbeitsbedingungen unverzüglich mitzuteilen*, weshalb die in § 3 Abs 5 AVRAG enthaltene Monatsfrist spätestens ab dieser Mitteilung zu laufen beginnen wird. Da gerade die KV-rechtliche Rechtslage bei Betriebsübergang überaus kompliziert sein kann²⁵⁾, wird der Erwerber mE seiner

Mitteilungspflicht bereits dann ordnungsgemäß nachkommen, wenn er den (seiner Meinung nach) nunmehr geltenden KV bzw die in Betracht kommenden Betriebsvereinbarungen etc dem AN nennt und ihm gegebenenfalls auch die Einsichtnahme ermöglicht. Eine inhaltliche Auflistung insbesondere der kollektivarbeitsrechtlichen Arbeitsbedingungen ist demgegenüber wohl häufig unzumutbar.

Um dem AN das Risiko der falschen Einschätzung einer „wesentlichen Verschlechterung“ abzunehmen, bestimmt § 3 Abs 6 AVRAG, daß der AN binnen eines Monats ab Kenntnis der Änderungen seiner Arbeitsbedingungen eine *Feststellungsklage* einbringen kann. Auch eine Klage nach § 54 ASGG ist möglich. Bei entsprechendem rechtlichem Interesse iSd § 228 ZPO werden außerdem mE auch Veräußerer bzw Erwerber eine (negative) Feststellungsklage einbringen können.

Was die Weitergeltung von *Betriebsvereinbarungen bei Betriebsübergängen bzw bei Umstrukturierungen* im allgemeinen anbelangt, schließt das gemeinsam mit dem AVRAG in Kraft tretende ArbVG-Änderungsgesetz wohl den Großteil der auch nach der ArbVG-Novelle 1990 verbliebenen Schutzlücken.

§ 31 Abs 5 ArbVG wird folgendermaßen umformuliert: „*Die Geltung von Betriebsvereinbarungen bleibt für Betriebsteile unberührt, die rechtlich verselbständigt werden*“. Das Verbleiben der verselbständigten Betriebsteile „im wirtschaftlichen Entscheidungsbereich des Unternehmens“ bzw „in einer konzernartigen Verbindung“ spielt nach der neuen Rechtslage daher keine Rolle mehr.

Die neu eingefügten Regelungen des § 31 Abs 6 und 7 ArbVG regeln außerdem den Fall der „betriebsverfassungsrechtlichen Verschmelzung“. Gem § 31 Abs 6 bleibt die Geltung von Betriebsvereinbarungen für AN von Betrieben oder Betriebsteilen unberührt, „*die mit einem anderen Betrieb oder Betriebsteil so zusammengeschlossen werden, daß ein neuer Betrieb iSd § 34 entsteht*“. Diese Vorschrift bezieht sich — um die gesellschaftsrechtliche Terminologie zu übernehmen — auf den Fall der „Verschmelzung durch Neubildung“ in der Weise, daß jeder der beteiligten Betriebe und Betriebsteile seine Identität verliert und ein neues Gebilde geschaffen wird. Bei dieser Konstellation kam es nach der alten Rechtslage zum Erlöschen sämtlicher Betriebsvereinbarungen²⁶⁾.

Die „Verschmelzung durch Aufnahme“ in der Weise, daß der aufnehmende Betrieb seine Identität wahrft, wird durch § 31 Abs 7 ArbVG behandelt. Danach bleibt die Geltung von Betriebsvereinbarungen für AN von Betrieben oder Betriebsteilen, die von einem anderen Betrieb aufgenommen werden, insoweit unberührt, als sie Angelegenheiten betreffen, die von den Betriebsvereinbarungen des aufnehmenden Betriebes nicht geregelt werden.

Diesbezüglich kommt es daher zu einem „Materienvergleich“, der in der Praxis auf gewisse Schwierigkeiten stoßen könnte²⁷⁾. Vor allem wird es aufgrund des § 31

²³⁾ Dazu G. Schima, RdW 1993, 186.

²⁴⁾ Dazu im folgenden.

²⁵⁾ Dies gilt zumal dann, wenn man entgegen der vom Verfasser vertretenen Auffassung (vgl G. Schima, RdW 1993, 186) § 8 Z 2 ArbVG einen „materienbezogenen“ Verschlechterungsschutz unterlegt.

²⁶⁾ Vgl jüngst Runggaldier, Betriebsvereinbarungen und Betriebsratsorganisation bei Umstrukturierungen, RdW 1992, 216, der allerdings eine analoge Anwendung des § 32 Abs 3, 2. Satz ArbVG erwägt.

²⁷⁾ Vgl G. Schima, RdW 1993, 186 und Fn 21 a.

Abs 7, erster Satz ArbVG dazu kommen, daß in durch eine solche Aufnahme vergrößerten Betrieben zwei oder auch mehrere *Teilbelegschaften* existieren, auf die *verschiedene Betriebsvereinbarungen kraft Normwirkung* — also nicht etwa einzelvertraglich verfestigt — zur Anwendung gelangen. Aus dieser Aufrechterhaltung der Normwirkung ergibt sich die — vom Gesetzgeber durchaus vernünftigerweise bedachte — Möglichkeit der gänzlichen Neuregelung durch Betriebsvereinbarung im aufnehmenden Betrieb für *sämtliche AN*. Dem Umstand, daß die EG-RL die Geltung der Grundsätze des automatischen Vertragsüberganges nicht auch auf betriebliche Pensionsordnungen erstreckt, trägt § 31 Abs 7, letzter Satz ArbVG dadurch Rechnung, daß Betriebsvereinbarungen nach § 97 Abs 1 Z 18 oder Z 18a ArbVG für die von einer Maßnahme iSd § 31 Abs 7, erster Satz ArbVG (Aufnahme von Betrieben bzw Betriebsteilen durch einen seine Identität behaltenden Betrieb) betroffenen AN vom Betriebsinhaber des aufzunehmenden Betriebes oder Betriebsteiles unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist (teil-)gekündigt werden können²⁸⁾.

4. Haftung von Veräußerer und Erwerber

Bei erstem Lesen „harmlos“ präsentiert sich die Haftungsvorschrift des § 6 AVRAG. Sofern andere gesetzliche Regelungen oder Gläubigerschutzbestimmungen für den AN nicht Günstigeres bestimmen²⁹⁾, haften für Verpflichtungen aus einem Arbeitsverhältnis zum Veräußerer, die vor dem Zeitpunkt des Übergangs begründet wurden, der Veräußerer und der Erwerber zur ungeteilten Hand, wobei hinsichtlich der Haftung des Erwerbers § 1409 ABGB anzuwenden ist. Dies gilt insbesondere für Leistungen aus betrieblichen Pensionszusagen des Veräußerers, die im Zeitpunkt des Betriebsüberganges bereits erbracht werden.

Für Abfertigungsansprüche, die nach dem Betriebsübergang entstehen, haftet der Veräußerer „nur“ mit jenem Betrag, der dem fiktiven Abfertigungsanspruch im Zeitpunkt des Betriebsüberganges entspricht. Für Ansprüche auf eine Betriebspension aus einem Leistungsfall nach dem Betriebsübergang haftet der Veräußerer „nur“ mit jenem Betrag, der den im Zeitpunkt des Betriebsüberganges bestehenden Pensionsansprüchen entspricht (§ 6 Abs 2 AVRAG).

Obwohl selbstverständlich schon bislang § 1409 ABGB auch für die aus Arbeitsverträgen resultierenden Verbindlichkeiten im Zuge des Betriebs- und Unternehmenserwerbes Geltung hatte³⁰⁾, und obwohl die „pro rata temporis-Lösung“ des § 6 Abs 2 AVRAG bei oberflächlicher

Betrachtung nicht unplausibel erscheint³¹⁾, bewirkt die neue Rechtslage doch eine ganz *erhebliche Änderung*, die der Unternehmenskauf-Praxis einiges aufzulösen geben könnte.

De facto spielte § 1409 ABGB bei der Übertragung von Unternehmen und Betrieben in bezug auf Dauerschuldverhältnisse im allgemeinen und auf Arbeitsverträge im besonderen nämlich deshalb kaum eine Rolle, weil § 1409 — im Gegensatz zu § 8 AVRAG — abweichende Vereinbarungen unter Einbeziehung des Gläubigers erlaubt und eine derartige Abweichung in der — in der Praxis regelmäßig vorgenommenen, wenn auch manchmal nur konkludenten — *Vertragsübernahme* zu erblicken ist. Derartigen Dreiparteienvereinbarungen hat der OGH³²⁾ ganz zu Recht die Wirkung einer *völligen Freistellung des Altunternehmers von der Haftung* aus dem Schuldverhältnis und damit insoweit die Wirkung einer privativen Schuldübernahme beigemessen³³⁾. Dies bedeutet, daß nach der bislang in der Praxis anzutreffenden (und nötigen!) Vorgangsweise, die *Arbeitsverträge* kraft Dreiparteienvereinbarung *auf den Erwerber überzuleiten*, der Veräußerer von jeder Haftung — auch für dienstzeitabhängige und anwartschaftsbegründende Ansprüche — befreit wurde. Nach der neuen Rechtslage haftet der Veräußerer jedoch *zwingend*^{33a)} für die bei ihm „erdienten“ Abfertigungen bzw Pensionsansprüche, obwohl er im Zeitpunkt des Fälligwerdens dieser Ansprüche längst nicht mehr über das dazugehörige betriebliche Substrat verfügt. Vor allem wird es Schwierigkeiten bereiten, das sich daraus ergebende Risiko beim Betriebs- bzw Unternehmenskauf zwischen Veräußerer und Erwerber sinnvoll und in einer endgültigen Art und Weise aufzuteilen. Für den Veräußerer spielt plötzlich die mögliche Insolvenz des Erwerbers — die ja nie ausgeschlossen werden kann — eine nicht unbedeutende Rolle. Die — an sich in Betracht kommende — „Teilabfertigung“ der vom Betriebsübergang betroffenen AN ist einerseits (steuerlich) unpraktikabel und andererseits kaufmännisch idR unvernünftig, weil die Chance des Eintritts von Verwirklichungstatbeständen (zB nach § 23 Abs 7 AngG) zunichte gemacht wird.

Wegen der mangelnden Bestimmtheit der Höhe der potentiellen Haftung wird auch die Vornahme eines Zuschlags zum Kaufpreis^{33b)} zur Abgeltung des verbleibenden Veräußererrisikos auf Schwierigkeiten stoßen.

Hauptbetroffen von der Veräußerer-Haftung werden natürliche Personen und Gesellschaften mit persönlich haftenden Gesellschaftern sein.

²⁸⁾ Interessant ist, daß nach der allgemeinen Regel des § 97 Abs 4 ArbVG Betriebsvereinbarungen nach § 97 Abs 1 Z 18a nur hinsichtlich der nach dem Kündigungstermin begründeten Arbeitsverhältnisse wirksam gekündigt werden können.

²⁹⁾ Damit sollte die Türe offen gelassen werden für eine mögliche arbeitsrechtliche Anwendung künftiger erweiterter Gläubigeransprüche (zB Sicherstellungsansprüche) bei Umstrukturierungsmaßnahmen (zB Verschmelzungen, Spaltungen etc) in Anbetracht der nötigen Anpassung an das EG-Recht.

³⁰⁾ Die bloße Haftung nach § 1409 ABGB führt freilich nicht ohne weiteres zur Übertragung sowohl der Schuldner — als auch der Gläubigerstellung aus Dauerschuldverhältnissen: vgl dazu OGH, JBI 1984, 439 ff mit Anm v *Wilhelm*.

³²⁾ OGH, WBI 1988, 162f.

³³⁾ Der Kritik von *Rebhahn*, bei „kündigungsresistenten“ Anwartschaften hafte der Altunternehmer aufgrund der Rechtsfigur der „treuwidrigen Bedingungsverteilung“, ist nicht beizutreten (vgl *G. Schima*, Abfertigung bei Ausgliederung von Betrieben, *ecolex* 1992, 188; ebenso *Nowotny*, in *Runggaldier* (Hrsg), Abfertigungsrecht [1991] 209, 214).

^{33a)} § 8 AVRAG.

^{33b)} Bzw eine Verringerung des vom Erwerber wegen der Übernahme der Verbindlichkeiten getätigten Abschlages vom Kaufpreis.

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß die in § 6 Abs 1, erster Satz AVRAG enthaltene Wendung, wonach hinsichtlich der Haftung des *Erwerbers* „§ 1409 ABGB anzuwenden ist“, in Anbetracht der — wenn auch sehr fragwürdigen — Rsp des OGH³⁴⁾, wonach bei Übertragung eines Unternehmensteils der Erwerber für alle

zum *Gesamtunternehmen* gehörigen Schulden haftet³⁵⁾, sogar zu der (vom Gesetzgeber wohl kaum gewollten) Konsequenz führen könnte, daß jeder Erwerber eines Betriebs- bzw Unternehmensteils auch noch nach Jahren zB für Abfertigungs- und Pensionsansprüche aus auf *andere* Erwerber übertragenen Arbeitsverhältnissen haftet.

³⁴⁾ Vgl SZ 25/266, 32/74, 44/170.

³⁵⁾ Dagegen zu Recht *Koziol*, Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte 94; *Ertl* in *Rummel*, ABGB² II Rz 6 zu § 1409.