

ABFERTIGUNG BEI AUSGLIEDERUNG VON BETRIEBEN

Abfertigung
Ausgliederung
Betriebsüber-
gang
Konzern
Vertragsüber-
nahme

§ 23 Abs 3 AngG ordnet an, daß dann, wenn „ein Unternehmen an einen anderen übertragen“ wird, kein Abfertigungsanspruch besteht, „wenn der Angestellte die Fortsetzung des Dienstverhältnisses ablehnt, obwohl ihm der Erwerber die Fortsetzung des Dienstverhältnisses unter den bisherigen Bedingungen angeboten und sich verpflichtet hat, die bei seinem Vorgänger geleistete Dienstzeit als bei ihm selbst verbracht zu betrachten“.

Diese Regelung ist von eminenter praktischer Bedeutung, wird sie doch als die einen Unternehmensübergang erleichternde arbeitsrechtliche Vorschrift angesehen. Allerdings herrschen Auslegungstreitigkeiten.

1. Problemstellung

Nowotny befaßte sich jüngst als erster in Österreich recht ausführlich mit der Problematik der Anwendbarkeit von § 23 Abs 3 AngG im Falle der Betriebsausgliederung, insb der Ausgliederung innerhalb eines Konzerns sowie bei Übertragung von Unternehmensteilen an finanzschwache Erwerber.

Der gegenständliche Beitrag enthält – neben der Behandlung einiger sonst aus der Sicht der Praxis bedeutsamer Aspekte der zitierten Gesetzesvorschrift – vor allem eine kritische Auseinandersetzung mit den Thesen von Nowotny.

Vielleicht können die im folgenden vorgetragenen Argumente auch Denkanstöße für die – im Zusammenhang mit der Schaffung zivil-, gesellschafts- und arbeitsrechtlicher Rahmenbedingungen zum UmgrStG 1991 geplante – Änderung der durch § 23 Abs 3 AngG geschaffenen Rechtslage liefern. In der jüngst wieder aufgeflammt Diskussion um die Verstärkung der Arbeitnehmermitbestimmung im Konzern gewinnt man mE nämlich manchmal den Eindruck, daß von Arbeitnehmerseite der Konzern als ein *grundsätzlich* die Arbeitnehmerinteressen im Vergleich zur Situation beim „unverbundenen“ Unternehmen bedrohendes und die Arbeitnehmerrechte tendenziell einschränkendes Phänomen gesehen wird, ohne daß im einzelnen näher geprüft und offengelegt zu werden scheint, welche denn nun die kon-

zernspezifischen Arbeitnehmerrisiken eigentlich sind. Nur soweit es um solche, über die marktspezifischen Risiken des einzelnen Unternehmens hinausgehende Risiken geht, besteht nämlich überhaupt ein Regelungsbedarf.

Nach den mit anderen Gesetzen der jüngeren Zeit gemachten Erfahrungen (vgl zB das AÜG, daß mE zum Teil sachlich nicht begründbare Besserstellungen von überlassenen Arbeitskräften mit sich brachte) ist es nicht unwahrscheinlich, daß neuerlich eine „Überreaktion“ des Gesetzgebers bevorsteht, der in dem – an sich durchaus anerkenntnenswerten – Bestreben, tatsächlich bestehende Schutzdefizite auf Arbeitnehmerseite abzubauen, das „Kind mit dem Bade ausschütten“ und letztlich eine nicht gerechtfertigte Privilegierung jener Arbeitnehmer bewirken könnte, die zufällig von einer Ausgliederung/Spaltung/Realteilung etc betroffen sind.

2. Anwendungsbereich des § 23 Abs 3 AngG

§ 23 Abs 3 AngG spricht bloß von der Übertragung eines „Unternehmens“, weshalb bei rein wörtlicher Interpretation die Regelung in den „klassischen“ Ausgliederungsfällen (ein Unternehmen wird in mehrere Gesellschaften zerlegt und bleibt allenfalls als Holding bestehen) unanwendbar wäre.¹⁾

Feststehen dürfte, daß der Gesetzgeber des Jahres 1921 an die – häufig aus Gründen der Konzernpolitik und zur Erzielung steuerlicher Vorteile erfolgenden – Ausgliederungen bzw Einbringungen von Unternehmensteilen nicht gedacht hat.²⁾ Der Zweck des § 23 Abs 3 AngG rechtfertigt aber mE eine Ausdehnung auf solche Teile des Unternehmens, die eine gewisse arbeitstechnisch-organisatorische *Selbständigkeit* aufweisen und damit wohl auf *Betriebe* iSd § 34 ArbVG. Es muß ausreichen, wenn die übertragene Einheit auch als Unternehmen bestehen *könnte* (dh fortführungsfähig ist) und dessen wesentlichste Funktionen aufweist. Eine weitere Ausdehnung auf noch kleinere Einheiten, wie zB Betriebsteile, Filialen von Handelsbetrieben etc, ist angesichts des Umstandes, daß § 23 Abs 3 AngG – entgegen der Auffassung des historischen Gesetzgebers – primär nicht

1) IdS wohl Runggaldier, DRdA 1988, 357.

2) Vgl jüngst Nowotny, Abfertigung und Unternehmensübergang, in Runggaldier, Abfertigungsrecht (1991) 206 f.

dem Arbeitnehmer, sondern vielmehr dem Arbeitgeber nützt,³⁾ mE nicht zu vertreten.⁴⁾

Für die Einbeziehung von Betrieben spricht auch die Tatsache, daß die zwei Jahre jüngere Vorschrift des § 22 Abs 3 GutsAngG von der Übertragung eines (land- und forstwirtschaftlichen) „Betriebes“ spricht, woraus wohl abzuleiten ist, daß sich der Gesetzgeber des § 23 Abs 3 AngG der Unterscheidung zwischen Betrieb und Unternehmen nicht wirklich bewußt wurde, obwohl diese Unterscheidung damals durch die Rechtsordnung bereits vorgegeben war.⁵⁾

Die Anknüpfung an § 35 Abs 1 ArbVG (gleichstellungsfähiger Betriebsteil) ist dagegen mE problematisch, weil vor allem das Kriterium der räumlichen Entfernung eine funktionsfähige Betriebsverfassung und Arbeitnehmervertretung sicherstellen will, dieses Anliegen jedoch für die Auslegung des § 23 Abs 3 AngG keine Bedeutung besitzt.⁶⁾

Keine Anwendung findet § 23 Abs 3 AngG in allen Fällen der Gesamtrechtsnachfolge, dh in den Fällen des Überganges im Erbwege, bei Verschmelzung in den vielfältigsten Formen, bei der verschmelzenden sowie der errichtenden Umwandlung nach dem UmwG,⁷⁾ weiters bei bloßer Rechtsformänderung, zB formwechselnder Umwandlung, bei Umwandlung einer OHG in eine KG bzw umgekehrt durch Ausscheiden oder Eintritt entsprechender Gesellschafter,⁸⁾ im Falle des bloßen Gesellschafterwechsels (zB Verkauf aller Geschäftsanteile einer GmbH) – und zwar auch bei Personenhandelsgesellschaften, weil bei diesen angesichts ihrer Teilrechtsfähigkeit die *Gesellschaft als Dienstgeber* anzusehen ist,⁹⁾ – schließlich bei der Anwachsung des Gesellschaftsvermögens an den verbleibenden einzigen Gesellschafter nach § 142 HGB im Wege der „Quasi“-Gesamtrechtsnachfolge.¹⁰⁾

Der Eintritt eines weiteren persönlich haftenden Gesellschafters in eine OHG oder KG (zB im Wege der Einbringung eines Einzelunternehmens in die Personenhandelsgesellschaft) löst ebenfalls nicht die Rechtsfolgen des § 23 Abs 3 AngG aus – freilich nicht deswegen, weil „ein Arbeitgeber hinzutritt“,¹¹⁾ sondern vielmehr deshalb, weil die Identität des Dienstgebers nicht berührt wird.

Wie § 25 HGB und anders als § 1409 ABGB gefaßt § 23 Abs 3 AngG auch im Falle der *Verpachtung* bzw sonstigen Gebrauchsüberlassung des Unternehmens (zB Fruchtgenuß) zur Anwendung.¹²⁾

3. Schutz des Arbeitnehmers vor (konzernmäßiger) Ausgliederung in Verlustbetriebe?

Nowotny¹³⁾ befaßte sich jüngst als erster eingehend mit der Frage, ob § 23 Abs 3 AngG – wovon die Praxis regelmäßig ausgeht – tatsächlich auch in den Fällen „konzernmäßiger Ausgliederung“, dh zB dann anwendbar ist, wenn aus einem Unternehmen *Teile* in rechtlich selbständige Tochtergesellschaften ausgegliedert werden, und ob die von einer Unternehmens- bzw Betriebsübertragung oder -ausgliederung betroffenen Arbeitnehmer davor geschützt sind, daß der neue Arbeitgeber von *schlechterer Bonität* ist als der alte.

Zusammengefaßt wiedergegeben, lauten die Thesen Nowotnys folgendermaßen: Bei Ausgliederung von Unternehmensteilen, dh bei der Betriebsaufspaltung und Übertragung auf selbständige Tochtergesellschaften, komme es zu „keiner Änderung der Verfügungsbefugnis über das Unternehmen“, weshalb der Zweck von § 23 Abs 3 AngG eindeu-

tig gegen eine Anwendung dieser Vorschrift auf Ausgliederungsfälle spreche.¹⁴⁾ Allerdings sei angesichts des Umstandes, daß durch das IESG eine Absicherung der Arbeitnehmer im Insolvenzfall bewirkt werde, eine analoge Anwendung des § 23 Abs 3 AngG auf Ausgliederungsfälle zu befürworten, sofern nicht Arbeitnehmeransprüche existierten, die *nach dem IESG nicht gesichert* seien, wie insb unverfallbare Pensionsanswartschaften. In einem solchen Fall könne die Anwendbarkeit des § 23 Abs 3 AngG durch Alt- und Neuunternehmer nur im Wege einer *Haftungsübernahme* des Altunternehmers für die nicht gesicherten Ansprüche bewirkt werden.¹⁵⁾

Bei der Beantwortung der Frage, ob die von einer Übernahme betroffenen Arbeitnehmer davor geschützt seien, daß der Erwerber wirtschaftlich schwächer als der Veräußerer sei, müsse grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß auch ohne Arbeitgeberwechsel der Arbeitnehmer grundsätzlich keinen Schutz vor wirtschaftlichen Verschlechterungen besitze, sofern diese nicht in eine Insolvenz mündeten. Komme es jedoch zu einer „unmittelbaren Änderung in den Überlebenschancen des Unternehmens“, weil dieses nicht insgesamt, sondern nur *teilweise* – etwa durch Verpachtung oder bei Veräußerung von Unternehmensteilen – übertragen werde,¹⁶⁾ dann reiche es für die Anwendbarkeit des § 23 Abs 3 AngG nicht aus, daß der Übernehmer in das Vertragsverhältnis unter Anrechnung der Vordienstzeiten eintrete; vielmehr müsse der Altunternehmer bereit sein, die Haftung für die durch das IESG nicht geschützten Ansprüche (insb für die durch Arbeitgeberkündigung nicht mehr beseitigbaren Pensionsanswartschaften) in dem Maße zu übernehmen, in dem sie auf den bei ihm verbrachten Zeitraum entfielen.¹⁷⁾

mE sind gegen diese – durchaus beachtenswerten und die wissenschaftliche Diskussion im Grenzbereich von Arbeits- und Zivil- bzw Gesellschaftsrecht zweifellos bereichernden – Thesen jedoch mehrere Einwände zu erheben.

Aus dogmatischer Sicht ist es problematisch, die Auslegung der im Jahre 1921 erlassenen Vorschrift des § 23 Abs 3 AngG von der – im konkreten Einzelfall zu beurteilenden – Geltung des mehrere Jahrzehnte jüngeren IESG abhängig zu machen. Nowotny räumt auch selbst ein, daß die Methode, mittels der er zu den geschilderten Ergebnissen gelangt, teilweise nicht mehr als Analogie, sondern vielmehr als „Rechtsortbildung“ qualifiziert werden müsse.

3) Zutreffend Nowotny in Runggaldier 197 f.

4) So aber Hainz, Abfertigung von Arbeitnehmern bei Ausgliederung von Teilbetrieben, WBI 1987, 139 f; ähnlich wie hier hingegen Nowotny in Runggaldier 206 f.

5) Vgl Nowotny, DRdA 1989, 102.

6) AM offenbar Hainz, WBI 1987, 140.

7) Vgl Hainz, WBI 1987, 137 f; Nowotny in Runggaldier 201 f zur brisanten Frage, ob Arbeitnehmer für ihre Abfertigungsanswartschaften Sicherstellung begehren können.

8) Nowotny in Runggaldier 203.

9) Nowotny in Runggaldier 204 f mwN.

10) Nowotny in Runggaldier 205.

11) So aber Hainz, WBI 1987, 140; sein Hinweis auf § 8 StruktVG geht überdies fehl, weil diese Bestimmung nur Einbringungen in Kapitalgesellschaften regelt.

12) Vgl dazu Hainz, WBI 1987, 140; Nowotny in Runggaldier 206 – jedoch einschränkend 215, wo eine Haftungs zugesage des Altunternehmers gefordert wird.

13) Handels- und gesellschaftsrechtliche Probleme einer Unternehmensteilung, DRdA 1989, 102 ff und in Runggaldier 208 ff, 212 ff.

14) Nowotny, DRdA 1989, 102 und in Runggaldier 210, 219.

15) Nowotny in Runggaldier 210, 219.

16) Nowotny in Runggaldier 213.

17) Nowotny in Runggaldier 215, 220; vgl auch Redhahn, Betriebliche Altersversorgung und Betriebsübergang in Runggaldier – Steindl, Handbuch zur betrieblichen Altersversorgung 352 ff.

Abgesehen davon trifft aber mE eine zentrale Prämisse Nowotnys nicht zu, nämlich daß § 23 Abs 3 AngG nur Fälle regle, in denen die „wirtschaftliche Verfügungsmacht“ über das Unternehmen wechsle. Gewiß kann der Gesetzgeber des Jahres 1921 Ausgliederungskonstellationen, wie sie in den letzten Jahren gehäuft auftraten, nicht vor Augen gehabt haben; dies rechtfertigt aber noch nicht die Unanwendbarkeit des § 23 Abs 3 AngG, weil die genannten Fälle vom Wortlaut der Vorschrift *insofern* eindeutig erfaßt werden, als die Übertragung bei der typischen Betriebsaufspaltung ja von *einem rechtlich selbständigen* Unternehmen auf ein *anderes rechtlich selbständiges* Unternehmen erfolgt und damit auf „einen anderen“ iSd § 23 Abs 3 AngG. Die zuletzt zitierte Formulierung stellt auf das Vorliegen *zweier verschiedener Rechtssubjekte* ab. Die Auslegung Nowotnys *schränkt* in Wahrheit den Anwendungsbereich der Vorschrift gegenüber deren Wortlaut *ein* – indem quasi der Konzern als rechtliche Einheit betrachtet wird – und könnte demgemäß nur mit einer *teleologischen Reduktion* des § 23 Abs 3 AngG begründet werden. Dafür liegen mE jedoch die Voraussetzungen schon deshalb nicht vor, weil ein konzerndimensionales Individualarbeitsrecht in Österreich bislang nicht einmal in Ansätzen erkennbar ist und außerdem durch eine Interpretation wie die von Nowotny vorgeschlagene die Grenzen zur unzulässigen Rechtsfortbildung überschritten werden. Außerdem ist nicht einsichtig, warum die Übertragbarkeit von Unternehmen (steilen) gerade dann erschwert werden sollte, wenn sie innerhalb eines Konzerns stattfindet.

Auch nach der hier vertretenen Auffassung, wonach § 23 Abs 3 AngG auf die „typischen“ Um- und Ausgliederungsfälle anwendbar ist, muß der Wortlaut der gesetzlichen Regelung freilich korrigiert werden, weil diese eben nur von der Übertragung eines „Unternehmens“ spricht, in der Praxis aber regelmäßig bloß *Teile* eines Unternehmens veräußert werden.

Daß *dieser* Umstand grundsätzlich und insoweit, als zumindest ganze „Betriebe“ den Rechtsträger wechseln, kein Hindernis für die Anwendung des § 23 Abs 3 AngG ist, wurde oben (1.) bereits erörtert und wird auch von Nowotny anerkannt. Davon ausgehend, ist es mE nicht einsichtig, warum die Tatsache, daß kein ganzes Unternehmen, sondern nur ein „qualifizierter“ Teil (zB ein Betrieb) übertragen wird, gerade *dann* zu anderslautenden rechtlichen Konsequenzen führen soll, wenn die Übertragung die „wirtschaftliche Verfügungsmacht“ über das Unternehmen unberührt läßt, dh *innerhalb eines Konzerns* erfolgt.¹⁸⁾ Die Übertragung eines Betriebes an einen *nicht konzernangehörigen* Dritten wahrt die Interessen der Arbeitnehmer typischerweise nicht stärker als die Übertragung innerhalb des Konzerns; die Praxis zeigt mE sogar eher das Gegenteil, weil im Zuge von Ausgliederungen nicht selten verlusträchtige Sparten an externe (häufig ausländische) Partner abgegeben werden, die den Betrieb einer für die Belegschaft uU schmerzvollen Umstrukturierung und Rationalisierung unterziehen.

Überhaupt kann der Konzernangehörigkeit des Arbeitgebers nur insoweit eine arbeitsrechtlich relevante Dimension zuerkannt werden, als es um eine „konzernspezifische“ Arbeitnehmergefährdung¹⁹⁾ geht. Wie Martens²⁰⁾ treffend ausführt, darf der Konzern kein „soziales Netz mit doppeltem Boden“ sein, weil kein Anlaß besteht, Arbeitnehmer innerhalb eines Konzernverbundes privilegiert zu behandeln.²¹⁾

Daß ein Unternehmen einen (unrentablen) Betrieb – mit oder ohne vorherige „rechtliche Verselbständi-

gung“ – veräußert, und die betroffenen Arbeitnehmer einer ungewissen Zukunft entgegensehen, ist *kein* konzernspezifisches Arbeitnehmerrisiko, es sei denn, die schlechte wirtschaftliche Lage des Betriebes bzw Unternehmens (teiles) wurde durch höhergeordnete „Konzerninteressen“ gerade herbeigeführt.²²⁾

Aber auch die Zerteilung rechtlich einheitlicher Unternehmen in mehrere Gesellschaften *an sich* bedeutet mE nicht schlechthin die Realisierung konzernspezifischer Gefahren. Zum einen führen derartige Operationen nicht selten erst dazu, daß ein Konzern *entsteht*, und zum anderen ist es oft allein die Konzernierung und die damit verbundene zentral gesteuerte und gegenüber dem typischen Einzelunternehmen *gesteigerte Finanzkraft*, die es überhaupt *ermöglicht*, momentan nicht lebensfähige, dh bei isolierter Betrachtung insolvenzreife, Unternehmensbereiche zumindest eine Zeitlang weiterzuführen und uU sogar – nach „Gesundschumpfung“ – lebensfähig zu machen. *Rechtlich* besteht demgemäß in solchen Fällen mE kein Bedürfnis nach einer Aufrechterhaltung des „Schutzstandards“ für die im Verlustbetrieb tätigen Arbeitnehmer, weil dieser Standard im wesentlichen dadurch gekennzeichnet ist, daß wirtschaftlich gesunde Bereiche die Erhaltung der Arbeitsplätze in Verlustbereichen (mit-)finanzieren.

Konsequenterweise können die gegen die Anwendbarkeit des § 23 Abs 3 AngG bei der Übertragung von bloßen Unternehmensteilen allenfalls zu äußeren Bedenken daher nicht davon abhängig gemacht werden, ob die Übertragung innerhalb oder außerhalb eines Konzerns/Unternehmensverbandes vor sich geht.

Konsequent wäre nur eine *generelle* Nichtanwendung bzw modifizierte Anwendung (etwa im Sinne Nowotnys) des § 23 Abs 3 AngG auf die Abtrennung von *Teilen* eines Unternehmens. Dafür besteht aber mE gerade dann kein Bedürfnis, wenn man als Voraussetzung für die Anwendung des § 23 Abs 3 AngG verlangt, daß der übertragende Unternehmensteil zumindest *Betriebsqualität* aufweist bzw *selbständig fortführungsfähig* ist (s oben 1.). Liegen diese Voraussetzungen vor, dann kann nach der hier vertretenen Ansicht nämlich nicht einmal davon gesprochen werden, daß durch die Übertragung eines bloßen Unternehmensteils die „Vermögensinteressen“ der Arbeitnehmer „abstrakt gefährdet“ werden,²³⁾ weil § 23 Abs 3 AngG ja überhaupt keine näheren Anhaltspunkte oder Standards hinsichtlich der relevanten Unternehmensgröße oder -finanzkraft beinhaltet. Ein einzelner Betrieb innerhalb eines großen Unternehmens kann und wird vielfach einen *weit größeren Haftungsfonds* darstellen, als ein gesamtes Kleinunternehmen.

Vor allem aber läßt sich – wie schon angedeutet – die Anwendbarkeit des § 23 Abs 3 AngG in den Fällen der Betriebsausgliederung nicht davon abhängig machen, ob den Arbeitnehmern nach dem IESG gesicherte oder nicht

18) Offenbar vertritt Nowotny (in Runggaldier 215) die These von der Erforderlichkeit einer Haftungszusage des Altunternehmers im Falle des Vorhandenseins von nicht nach dem IESG geschützten Ansprüchen *generell* bei der Übertragung von Unternehmensteilen; sicher bin ich mir dessen allerdings nicht, weil Nowotny *offenkundig* nur „Ausgliederungen“ im Auge hat, bei denen das *Verbleiben* des ausgegliederten Teils im wirtschaftlichen Entscheidungsbereich oder in einer konzernmäßigen Verbindung mit dem Stammunternehmen außer Zweifel steht.

19) Vgl dazu Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern (1989) 42 ff.

20) Martens, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, FS 25 Jahre Bundesarbeitsgericht 379.

21) Martens, Grundlagen des Konzernarbeitsrechts, ZGR 1984, 431.

22) IdS zutreffend Martens, ZGR 1984, 431.

23) So aber Nowotny in Runggaldier 215 unter Berufung auf Rebhahn.

gesicherte Ansprüche zustehen, weil es im Zeitpunkt des Inkrafttretens des AngG (sowie des bereits den Begriff „Betrieb“ verwendeten GutsAngG) – abgesehen vom Bestehen bestimmter privilegierter Forderungen – *überhaupt keine gesicherten Ansprüche* bei Insolvenz des Arbeitgebers gab, dem Vorliegen einer Absicherung bei Insolvenz daher als Kriterium für die Interpretation mE keine Bedeutung zukommen kann.

Die beschriebene „modifizierte“ Anwendung von § 23 Abs 3 AngG bei Ausgliederungen im Konzern kann auch nicht damit begründet werden, daß nur auf diese Weise „der gleiche Schutz wie bei einer Umwandlung oder Verschmelzung gewährt“²⁴⁾ werde, weil der Sicherstellungsanspruch bei Verschmelzungen (vgl etwa § 227 AktG) eben dann nicht besteht, wenn der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft sich *nicht* innerhalb der Frist *meldet*. Einer solchen Nichtmeldung ist es aber mE zumindest *gleichzuhalten*, wenn bei einer Einzelrechtsnachfolge der Gläubiger (Arbeitnehmer) in einer den Anforderungen des § 863 ABGB genügenden Weise der Arbeitsvertragsübernahme, dh der gänzlichen Übertragung der vertraglichen Position vom Altunternehmer auf den Neuunternehmer, *zustimmt*. Eine andere Frage ist es, ob und inwieweit man eine *Verpflichtung* des Altunternehmers (dh des bisherigen Arbeitgebers) annimmt, den von einer Übertragung betroffenen Arbeitnehmer hinsichtlich der Vermögenssituation des Neuunternehmers *aufzuklären*.²⁵⁾

Hinzu kommen zahlreiche mit der Auffassung *Nowotnys* verbundene praktische Anwendungsprobleme. Verfolgt man dessen Ansatz, wonach § 23 Abs 3 AngG den Wechsel der „wirtschaftlichen Verfügungsmacht“ voraussetzt, nämlich konsequent weiter, müßten auch reine *Unternehmensübertragungen*, die zweifellos im „Kernanwendungsbereich“ des § 23 Abs 3 AngG liegen, von dessen Geltung ausgeklammert werden, sofern der Verkauf zB *innerhalb eines Konzerns* stattfindet (Beispiel: Eine Tochtergesellschaft verkauft ihr Unternehmen an eine andere Tochtergesellschaft derselben Muttergesellschaft).

Weiters kommt es bei Ausgliederungen nicht selten vor, daß an den neugebildeten und ausgegliederten Gesellschaften *konzernexterne* Partner in unterschiedlichem Ausmaß beteiligt werden. Diese Beteiligung kann gleichzeitig mit der Übertragung oder auch einige Zeit *nach* dieser begründet werden. Nicht selten wird die Beteiligung des nicht konzernangehörigen Partners *stufenweise erhöht*, so daß aus dessen Minderheits- eine Mehrheitsbeteiligung werden kann. In den genannten Fällen kann die „wirtschaftliche Verfügungsmacht“ über das Unternehmen erst *nach der Arbeitsvertragsübernahme* eine Änderung erfahren, weil zB das zerschlagene und als Holdinggesellschaft weiter bestehende Stammunternehmen letztlich nicht mehr mehrheitlich an der/den ausgegliederten Gesellschaft/en beteiligt ist.

Nach der Auffassung *Nowotnys* müßte jedoch auch in solchen Fällen die Anwendbarkeit des § 23 Abs 3 AngG – immer vorausgesetzt, es existieren durch das IESG nicht gesicherte Ansprüche – ausscheiden, weil es für die Beantwortung dieser Frage schon aus Gründen der Rechtssicherheit nur auf den *Zeitpunkt der Übertragung*, dh der *Arbeitsvertragsübernahme* ankommen kann und spätere Entwicklungen wohl auch dann außer Betracht bleiben müssen, wenn sie bereits ganz konkret geplant sind.

Was den Schutz der Arbeitnehmer vor „Bonitätsverschlechterungen“ durch den Wechsel des Arbeitgebers anbelangt, so weist *Nowotny*²⁶⁾ selbst zutreffend darauf hin, daß der einzelne Arbeitsvertrag „keinen Anspruch auf

gleichbleibende wirtschaftliche Verhältnisse“ gewähre. Zu bedenken ist, daß der in einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil eines Unternehmens tätige Arbeitnehmer in keiner Weise davor geschützt ist, daß der Arbeitgeber zB alle *anderen* (wertvollen) Teile aus dem Unternehmen herauslöst und veräußert. Die „Bonität“ des verbleibenden Unternehmensteiles und damit die Sicherheit der betroffenen Arbeitsplätze mag durch eine solche Transaktion gravierend beeinträchtigt worden sein; gleichwohl gibt es für den (einzelnen) Arbeitnehmer kein rechtliches Mittel dagegen. Dieser Situation ist es aber wirtschaftlich gleichzuhalten, wenn der Arbeitgeber den (im vorigen Beispiel nicht veräußerten) Unternehmensteil auf einen Erwerber überträgt, bei dem dieser Unternehmensteil die wirtschaftliche Hauptbasis darstellt.

Aus dem Gesagten folgt, daß ein Schutz der von Aus- und Umgliederungen betroffenen Arbeitnehmer nicht durch – de lege lata mE nicht begründbare – Haftungszusagen des Altunternehmers (trotz Arbeitsvertragsübernahme!) sicherzustellen ist, sondern nur durch eine sinnvolle und nicht zu weitläufige Interpretation des Begriffes „Unternehmen“ in § 23 Abs 3 AngG (s oben).

Zumindest dann, wenn Unternehmensteile übertragen werden, die eine *selbständige Fortführung* erlauben, ist für eine zusätzliche Absicherung der betroffenen Arbeitnehmer kein rechtlich schützenswertes Bedürfnis auszumachen.

4. Durchführung der Vertragsübernahme

Um die Anwendung des § 23 Abs 3 AngG sicherzustellen, muß der Erwerber den betroffenen Arbeitnehmern die *unveränderte Fortsetzung des Dienstverhältnisses* unter Anrechnung der Vordienstzeiten *anbieten*. Änderungen, die der Veräußerer *einseitig* – etwa kraft seines Weisungsrechts – hätte herbeiführen können (zB Veränderung der Arbeitszeiteinteilung), kann der Erwerber freilich bewirken, *ohne* daß der Arbeitnehmer deshalb gegenüber dem Veräußerer einen Abfertigungsanspruch erwirbt.²⁷⁾

Aus der gesetzlichen Formulierung („... unter den bisherigen Bedingungen . . .“) darf allerdings nicht geschlossen werden, daß selbst die *vertragliche Vereinbarung* von Änderungen des Arbeitsvertragsinhaltes die Wirkungen des § 23 Abs 3 AngG beseitigt. Konkret geht es idR um *Verschlechterungen* zu Lasten des Arbeitnehmers, wie sie in „Sanierungsfällen“ vorkommen.

Stimmt der Arbeitnehmer derartigen Verschlechterungen *zu*, so ist § 23 Abs 3 AngG grundsätzlich genauso anwendbar wie dann, wenn – dem gesetzlichen Modell entsprechend – der Arbeitsvertrag unverändert übernommen wird.²⁸⁾ Etwas anderes gilt nur dann, wenn im Zuge der Vertragsübernahme die vom Arbeitnehmer bereits erdienten Abfertigungsansparschaften beseitigt, dh vom Erwerber nicht oder nicht zur Gänze angerechnet werden sollen. Eine derartige Vereinbarung ist zwar im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Neuunternehmer *wirksam*,²⁹⁾ doch ist im Verhältnis zum Altunternehmer von einer – den zwingen-

24) *Nowotny*, DRdA 1989, 103.

25) Dazu *Nowotny* in Runggaldier 216.

26) In Runggaldier 210.

27) Vgl *Nowotny* in Runggaldier 211.

28) Zutreffend *Nowotny* in Runggaldier 211.

29) AM allerdings *Rebhahn*, Individualarbeitsverhältnisse bei Unternehmensveräußerung; *ecolex* 1990, 168 f.

den Abfertigungsanspruch auslösenden –Beendigung des Arbeitsverhältnisses auszugehen.³⁰⁾

Die – wie bereits gesagt, eine Dreiparteieneinigung erfordernde – Arbeitsvertragsübernahme geschieht in der Praxis sehr häufig *stillschweigend*, dh etwa in der Form, daß der Neuunternehmer gegenüber der Belegschaft erklärt, es bleibe „alles beim alten“ und die Arbeitnehmer dies mehr oder weniger kommentarlos akzeptieren.³¹⁾

Der OGH sprach zwar jüngst aus, daß selbst im Falle einer stillschweigenden Arbeitsvertragsübernahme durch Einigung zwischen Altunternehmer, Neuunternehmer und Arbeitnehmer der Altunternehmer von *jeder Haftung* und damit auch von der Haftung für bei ihm erdiente Abfertigungsanswartschaften *befreit* wird,³²⁾ doch empfiehlt es sich mE vor allem in Fällen, in denen hohe Abfertigungsanswartschaften und insb Pensionsanswartschaften bestehen, darauf hinzuweisen, daß auch *diese* von der Vertragsübernahme erfaßt sind. Die Auffassung *Rebhahns*,³³⁾ im Falle des Vorhandenseins „kündigungsresistenter“ Pensionsanswartschaften müsse der Arbeitnehmer die nicht „näher präzierte Zustimmung“ des Altunternehmers zur vorzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses anlässlich der Vertragsübernahme als rechtsgeschäftliche Haftungserklärung hinsichtlich der Pensionsanswartschaften verstehen, ist mE als nicht ver-

einbar mit den Grundsätzen des § 863 ABGB allerdings abzulehnen.³⁴⁾

Das – wenn auch nur stillschweigend unterbreitete – Fortsetzungsangebot des Neuunternehmers zu „den bisherigen Bedingungen“ umfaßt *sämtliche* vertraglichen Rechte des Dienstnehmers und damit zB auch Rechte, die auf sog „freien“ Betriebsvereinbarungen beruhen und demgem idR Eingang in den Arbeitsvertrag gefunden haben. Dies gilt unabhängig davon, ob der Neuunternehmer von derartigen Abreden überhaupt Kenntnis hatte oder nicht, weil der Arbeitnehmer, dem die unveränderte Fortsetzung angeboten wird, dieses Angebot nur als *allumfassend* verstehen kann.

30) Zutreffend *Krejci*, „Sozialdemontage“ durch Betriebsaufspaltung?, RdW 1988, 391; im Ergebnis ebenso *Nowotny* in *Runggaldier* 211, der allerdings die Verpflichtung des Altunternehmers, die Abfertigung zu zahlen, „trotz Fortbestehens des Dienstverhältnisses“ annimmt, was mE unmöglich ist.

31) Vgl die Judikaturübersicht zur Verdienstzeitenanrechnung bei *G. Schima*, ZAS 1986, 57 f; *Rebhahn*, *ecolex* 1990, 169 mwN; OGH DRdA 1990, 71.

32) OGH WBl 1988, 162 f.

33) In *Runggaldier* – *Steindl* 357.

34) Ablehnend auch *Nowotny* in *Runggaldier* 214.