

# Aktuelle Entwicklungen im Betriebsübergangsrecht

Bearbeitet von  
Gert-Peter Reissner, Florian Burger

1. Auflage 2016. Taschenbuch. 120 S. Paperback  
ISBN 978 3 7073 3546 0

[Recht > Europarecht , Internationales Recht, Recht des Auslands > Recht des Auslands > Ausländisches Recht: Österreich](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.



# Begriff des Betriebsübergangs, Kündigungsverbot wegen des Betriebsübergangs

*Katharina Körber-Risak*

## I. Zu den Kriterien des Betriebsübergangs

- A. Übergangsbegriff der RL 2001/23/EG
- B. Zum Begriff der „wirtschaftlichen Einheit“
  - 1. Allgemein
  - 2. Kriterien des Betriebsübergangs
  - 3. Mindestschwelle und Beibehaltung der organisatorischen Struktur
  - 4. Arbeitnehmerübernahme als Tatbestandsmerkmal und Rechtsfolge
  - 5. Verschlechterung der kollektivrechtlichen Arbeitsbedingungen führt nicht zur Unwirksamkeit des Betriebsübergangs
  - 6. Betriebsübergang durch Auftragsneuvergabe

## II. Kündigungsverbot bei Betriebsübergang

## Begriff des Betriebsübergangs, Kündigungsverbot wegen des Betriebsübergangs

### **I. Zu den Kriterien des Betriebsübergangs**

#### **A. Übergangsbegriff der RL 2001/23/EG<sup>1</sup>**

Gem Art 1 Abs 1 lit b RL 2001/23/EG liegt ein Übergang iSd RL dann vor, wenn ein „eine ihre Identität bewahrende wirtschaftliche Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“ auf einen anderen Inhaber übergeht. Der österreichische Gesetzgeber hat sich nicht die Mühe gemacht, den Betriebsübergangsbegriff zu definieren, sondern knüpft mit § 3 Abs 1 AVRAG direkt am Begriff an, wenn er sagt, dass ein AG, auf den ein Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil übergeht, in die entsprechenden Arbeitsverhältnisse eintritt. Das lässt den Tatbestand jedenfalls weit offen für die jeweiligen Konkretisierungen durch die Rsp.<sup>2</sup>

Demgegenüber normiert bspw § 613a Abs 1 Satz 1 dBGB, dass ein Übergang der Arbeitsverhältnisse dann vorliegt, wenn ein Betrieb oder Betriebsteil durch „Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber“ übergeht. Damit sollte in Deutschland aber offenbar nur ausgeschlossen werden, dass § 613a dBGB dann anwendbar ist, wenn der Übergang auf Gesetz oder sonstigem Hoheitsakt beruht.<sup>3</sup> § 613a dBGB wird aber im Weiteren so verstanden, dass neben einer direkten Rechtsbeziehung zwischen Veräußerer und Erwerber auch solche Sachverhalte erfasst sind, die ohne Eigentumsübertragung zwischen Erwerber und Veräußerer auskommen, wie bspw Kauf-, Leasing-, Pacht- oder Mietverträge, aber auch Schenkungen, Vermächtnisse und Gesellschaftsverträge.<sup>4</sup> Substantielle Unterschiede zwischen der deutschen und der österreichischen Umsetzung bestehen daher im Ergebnis nicht.

#### **B. Zum Begriff der „wirtschaftlichen Einheit“**

##### **1. Allgemein**

§ 3 Abs 1 AVRAG spricht von einem Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil, der übergehen kann. In der unionsrechtskonformen Auslegung bedeutet dies nichts anderes als „wirtschaftliche Einheit iSd Art 1 Abs 1 lit b RL 2001/23/EG“, was kein Widerspruch ist, weil der Begriff „Betriebsteil“ im Hinblick auf eine Mindestgröße ohnehin nicht autonom zu definieren wäre.

1 Des Rates vom 12.3.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABl L 2001/82, 16.

2 S auch Gahleitner in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2011) § 3 AVRAG Rz 1.

3 Müller/Glöge in MünchKommBGB<sup>4</sup> (2005) § 613a Rz 62 f.

4 Müller/Glöge in MünchKommBGB<sup>4</sup> § 613a Rz 64 mwN. Insofern ist wohl auch der Befund von Gahleitner in ZellKomm<sup>2</sup> § 3 AVRAG Rz 1 einzuschränken, weil der Umfang der erfassten Sachverhalte auch nach § 613a dBGB nicht geringer ist als nach §§ 3 ff AVRAG.



## Körber-Risak

Die Rsp des EuGH und OGH hat über die Jahrzehnte einen Kriterienkatalog entwickelt, der als bewegliches System<sup>5</sup> zu verstehen ist. Er definiert sowohl, was unter dem Begriff „wirtschaftliche Einheit“ zu verstehen ist, als auch die Voraussetzungen eines „Übergangs“. Standardmäßig werden folgende Formulierungen verwendet:

Es geht um

- die organisatorische Zusammenfassung der zu übertragenden Bestandteile, namentlich den Übergang von materiellen und immateriellen Aktiva;<sup>6</sup>
- die Übernahme von Belegschaft bzw die Bereitschaft dazu;<sup>7</sup>
- die Erhaltung der Kundenschaft;<sup>8</sup>
- die Fortführung einer ähnlichen Tätigkeit wie vor der Veräußerung;<sup>9</sup>
- den Grad der Ähnlichkeit zwischen der vor und der nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit und
- die Dauer einer etwaigen Unterbrechung.

Detailprobleme werden anhand des nachfolgenden Beispiels diskutiert:

In einer vielbeachteten Entscheidung des OGH aus 2011<sup>10</sup> ging es um die Ausgliederung eines Servicebereichs einer Versicherung in eine eigene Service-GmbH. Strittig war sowohl, ob ein Betriebsübergang vorlag, als auch die Frage des allgemeinen Widerspruchsrechts gegen den Betriebsübergang, das der OGH bekanntlich ablehnte, was wiederum die Entscheidung prominent machte.

## 2. Kriterien des Betriebsübergangs

Der OGH äußerte sich in dieser Entscheidung zunächst allgemein zu den Kriterien eines Betriebsübergangs. Es ging konkret um die Übertragung von für die Begutachtung von Kfz-Schadensfällen einer Versicherung angestellten Sachverständigen. Der Veräußerer gründete dazu – wie schon zuvor für andere Versicherungszweige – eine konzerneigene Service-GmbH, spaltete den Teilbetrieb Geschäftsbereich „Kfz-Schadensbegutachtung“ ab und brachte ihn im Wege eines Einbringungsvertrages in die Service-GmbH ein. Der Übergang der Arbeitsverträge der angestellten Sachverständigen war dabei von vornherein geplant, denn im Einbringungsvertrag (und wohl auch im Spaltungsplan) wird ua darauf Bezug

5 OGH 10.6.1998, 9 ObA 55/98y.

6 EuGH 25.1.2001, C-172/99, *Oy Liikenne*, Slg 2001, I-745 = ARD 5201/1/2001; 15.6.1988, Rs 101/87, *Bork International*, Slg 1988, 3057.

7 EuGH 11.3.1997, C-13/95, *Ayse Süzen*, Slg 1997, I-1259; dazu näher unter I.B.6; EuGH 20.11.2003, C-340/01, *Abler*, Slg 2003, I-14023.

8 OGH 21.10.1999, 8 ObA 143/98g.

9 EuGH 18.3.1986, Rs 24/85, *Spijkers*, Slg 1986, 1119; 7.3.1996, C-171, 172/94, *Merckx/Neuhuys*, Slg 1996, I-1253.

10 OGH 22.2.2011, 8 ObA 41/10b, ZAS 2012/49, 269 (*Schörghofer*) = DRdA 2012/42, 487 (*Firlei*) = ASoK 2012, 39 = infas 2011 A 53 = ecolex 2011/295, 743 = DRdA 2011, 458 = wbl 2011/141, 378 = ZAS-Judikatur 2011/87, 228.



### Begriff des Betriebsübergangs, Kündigungsverbot wegen des Betriebsübergangs

genommen, dass die „zum Geschäftsbereich KFZ-Schadensbegutachtung zugehörige betriebliche, organisatorische Einheit mit den in dieser Einheit beschäftigten Mitarbeitern, wie diesem Teilbereich zuzurechnende Verträge und Rechte, zB die Arbeitsverhältnisse etc, im Zuge der Einbringung übertragen“ würden. Ganz abgesehen von der Frage, ob man rein gesellschaftsrechtlich bestehende Arbeitsverhältnisse bei Abspaltung zur Einbringung durch Spaltungsplan bzw Einbringungsvertrag unabhängig von § 3 AVRAG übertragen kann<sup>11</sup> (diese ist zu verneinen, s dazu Pkt 4.), ist jedenfalls zu konstatieren, dass der Betriebsübergang ganz offenbar gewollt war. Aus dem Sachverhalt lässt sich auch herauslesen, dass zu mindest einer der Gründe hierfür war, dass in der neu gegründeten Service-GmbH der Handels-KollV und nicht der aus Arbeitgebersicht teurere KollV für Versicherungsangestellte im Innendienst zur Anwendung kam. Das war wohl auch der Grund, warum die AN den Betriebsübergang bekämpften bzw ein allgemeines Widerspruchsrecht behaupteten.

Zu den Tatbestandsvoraussetzungen des Betriebsübergangs lässt sich aus dieser Entscheidung Folgendes ableiten: Der – offenbar gut beratene – Veräußerer hat einen Lehrbuchfall eines Betriebsüberganges gestaltet. Die Service-GmbH übernahm alle 33 bislang tätigen Kfz-Sachverständigen der Ost-Region (einige freilich gegen deren Willen), die vorher der Generaldirektion des veräußernden Versicherers zugeordnet waren. Zwar arbeiteten sie nicht mehr von zu Hause, sondern in eigenen Räumlichkeiten der Service-GmbH, die Tätigkeit (örtliche und schriftliche Begutachtung) blieb aber ebenso gleich wie die früher vom Veräußerer bereitgestellten, nunmehr auf die GmbH übertragenen Laptops. Man wird – außerhalb des festgestellten Sachverhalts – auch davon ausgehen können, dass die örtlichen Veränderungen nur den Teil der „Büroarbeit“ betreffen; die Begutachtungen der Schadensfälle fanden wohl immer vor Ort statt. Der frühere fachliche Leiter der Sachverständigen wurde Geschäftsführer der Service-GmbH und blieb damit deren Vorgesetzter. Der Versicherer übertrug Teile des Mobiliars und Teile der IT-Ausstattung auf das neue Unternehmen. Externe Lieferanten wurden auf Verträge mit der Service-GmbH umgestellt. Service und Tools für einzelne EDV-Anlagen wurden auch nach der Ausgliederung zentral vom Veräußerer angeboten, hier gab es also – außer der Verrechnung – keine Unterschiede zu vorher.

### **3. Mindestschwelle und Beibehaltung der organisatorischen Struktur**

Der eingangs angesprochene Katalog ist damit lehrbuchartig erfüllt. Was war jetzt aber das Argument des klagenden Betriebsrats gegen einen Betriebsübergang? Der klagende Betriebsrat versuchte es damit, dass der übertragene Bereich

<sup>11</sup> Ein von § 3 AVRAG autonomes Zuordnungsrecht der AN im Spaltungsplan wird unter Bezugnahme auf die Materialien zu § 3 AVRAG (ErläutRV 1077 BlgNR 18. GP 11) flächendeckend abgelehnt, vgl die Nachweise bei G. Schima, Umgründungen im Arbeitsrecht (2004) 63.



## Körber-Risak

„Versicherungspool Ost“ nicht als Betriebsteil iSd § 3 Abs 1 AVRAG gelten könnte, weil er vorher in verschiedene – wohl aus betriebsverfassungsrechtlicher Brille betrachtete – Betriebsteile des Veräußerer eingebunden gewesen sei.

Diesem Argument erteilte der OGH aber eine klare Absage; die wirtschaftliche Einheit folgt eben nicht dem betriebsverfassungsrechtlichen Begriff, sondern ist funktional definiert, wie der EuGH schon in der Rs *Jouini*<sup>12</sup> ausgesprochen hat; in diesem österreichischen Anlassfall war fraglich, ob der Begriff der „wirtschaftlichen Einheit“ auch in einem Leiharbeitsunternehmen erfüllt sein könne, das wegen der Überlassungen der angestellten AN nicht die übliche Struktur eines „Betriebes“ aufweist, weil die Mehrzahl der Beschäftigten in Betrieben unterschiedlicher Beschäftiger integriert sei. Der EuGH bejahte dies klar und sagte, dass in solchen Fällen geprüft werden müsse, ob die vom Veräußerer übertragenen Betriebsmittel bei ihm eine einsatzbereite Gesamtheit seien, die als solche dazu ausreiche, die für die wirtschaftliche Tätigkeit des Unternehmens charakteristischen Dienstleistungen ohne Inanspruchnahme anderer wichtiger Betriebsmittel oder anderer Unternehmensteile erbringen zu können. Mit anderen Worten: Wo und wie die Betriebsmittel (im konkreten Fall vor allem die Leiharbeitnehmer als eigentliches „Produkt“ des Leiharbeitsunternehmens) verstreut sind, ist nach der Rsp des EuGH völlig irrelevant. Im Anlassfall des Versicherers war daher dem OGH die Annahme, dass eine wirtschaftliche Einheit vorlag, die übertragen wurde, nicht einmal eine weitergehende Begründung wert.

Nach der sehr restriktiven Rsp des EuGH<sup>13</sup> und des OGH<sup>14</sup> zu den Anforderungen an eine „wirtschaftliche“ Einheit ist das mE auch völlig richtig: Eine „reine Funktionsnachfolge“<sup>15</sup>, die eben kein Betriebsübergang sein soll, wird vom EuGH nur dann angenommen, wenn zwar die gleiche Funktion von einem neuen Inhaber ausgeübt wird, aber keinerlei Betriebsmittel und AN übertragen werden, wie das in der Sache *Ayse Süzen*<sup>16</sup> der Fall war. Nach der *Christel-Schmidt*-Entscheidung<sup>17</sup> reicht aber im Zweifel schon die Übernahme einer einzelnen Reinigungskraft, die quasi eine „Ein-Frau-Abteilung“ bildet, um den Übergang einer wirtschaftlichen Einheit zu bejahen.

Im hier thematisierten Versicherungsfall wäre allenfalls noch interessant, ob die wirtschaftliche Identität nach der Einbringung in die Service-GmbH verloren gehen könnte, weil der aus 33 AN bestehende Betriebsteil in einer 74 Köpfe starken GmbH aufging, die neben neu aufgenommenen AN auch Sachverständige

12 EuGH 13.9.2007, C-458/05, *Jouini*, Slg 2007, I-7301.

13 EuGH 14.4.1994, C-392/92, *Schmidt*, Slg 1994, I-1311.

14 RIS-Justiz RS 0082749; RS 0110832.

15 Der von Rsp und Lit in diesem Zusammenhang verwendete Begriff „Funktionsnachfolge“ ist mE unglücklich gewählt, weil es nach der Rsp ja gerade auf eine funktionale Betrachtungsweise ankommt.

16 EuGH 11.3.1997, C-13/95, *Ayse Süzen*, Slg 1997, I-1259; dazu näher unter I.B.6.

17 EuGH 14.4.1994, C-392/92, *Schmidt*, Slg 1994, I-1311; dazu näher unter I.B.4. und I.B.6.



### Begriff des Betriebsübergangs, Kündigungsverbot wegen des Betriebsübergangs

der ehemaligen Ost-Region beschäftigte. Dass auch dies nicht zum Verlust der Identität der wirtschaftlichen Einheit führt, geht aus der Rs *Klarenberg*<sup>18</sup> hervor. Herr *Klarenberg* war ein Mitarbeiter eines Elektrotechnik-Unternehmens mit Sitz in Deutschland und als Abteilungsleiter für ein bestimmtes Produkt verantwortlich. Durch Vertrag (asset deal) erwarb eine amerikanische Gesellschaft (*Ferrotron*) alle Rechte an der Software, den Patenten, den Patentanmeldungen und den die fraglichen Produkte betreffenden Erfindungen sowie an den Produktnamen und dem technischen Know-how. Sie erwarb die Entwicklungs-Hardware, das Produktmaterial-Inventar des Elektrotechnik-Unternehmens sowie eine darauf bezogene Lieferanten- und Kundenliste. Außerdem übernahm *Ferrotron* – durch seine deutsche Tochtergesellschaft – vier Mitarbeiter des Elektrotechnik-Unternehmens, davon drei Ingenieure, nicht aber Herrn *Klarenberg*. Diese Mitarbeiter waren nach der Übernahme einerseits weiterhin für das gekaufte Produkt tätig, andererseits aber so in den Betrieb des amerikanischen Unternehmens eingegliedert, dass sie auch andere Aufgaben für dieses verrichteten. Als das Elektrotechnik-Unternehmen wenig später Insolvenz anmelden musste, klagte Herr *Klarenberg* auf Übergang seines Arbeitsverhältnisses als Abteilungsleiter auf *Ferrotron*.

*Ferrotron* argumentierte gegen einen Betriebsübergang, weil „*die veräußerte wirtschaftliche Einheit ihre Identität nicht*“ behalte, „*wenn sie infolge der Veräußerung ihre organisatorische Selbständigkeit verliere, indem die erworbenen Ressourcen vom Erwerber in eine vollkommen neue Struktur eingegliedert würden*“. Unter anderem gebe es die von Herrn *Klarenberg* angestrebte Abteilungsleiterfunktion in der Organisation von *Ferrotron* nicht.

Der EuGH stimmte sich ziemlich eindeutig gegen dieses Argument. Klar sei schon aufgrund früherer Entscheidungen (*Merckx und Neuhuys*,<sup>19</sup> *Mayeur*<sup>20</sup> und *Jouini*<sup>21</sup>), dass eine Änderung der Organisationsstruktur der übertragenen Einheit der Anwendung der RL 2001/23/EG nicht entgegenstehe.<sup>22</sup> Neu und präzise ist die Aussage des EuGH in der *Klarenberg*-Entscheidung – ganz klar getrieben von einem weiten Verständnis der Richtlinie –, wonach es um die Beibehaltung der funktionellen Verknüpfung der übertragenen Betriebsmittel bzw AN geht, um diese zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen. Es schadet daher bei einer Einbringung eines Betriebsteiles nicht der „Identität der wirtschaftlichen Einheit“, wenn der Betriebsteil in einer größeren Einheit sozusagen „aufgeht“, solange die übertragenen „Einzelteile“ auch in der neuen Organisation wechselseitig zusammenspielen und derselben Funktion dienen

18 EuGH 12.12.2009, C-466/07, *Klarenberg*, Slg 2009, I-803.

19 EuGH 7.3.1996, C-171, 172/94, *Merckx/Neuhuys*, Slg 1996, I-1253; dazu näher unter I.B.6.

20 EuGH 26.9.2000, C-175/99, *Mayeur*, Slg 2000, I-7755.

21 EuGH 13.9.2007, C-458/05, *Jouini*, Slg 2007, I-7301.

22 Vgl in diesem Sinne EuGH 7.3.1996, C-171, 172/94, *Merckx/Neuhuys*, Slg 1996, I-1253; 26.9.2000, C-175/99, *Mayeur*, Slg 2000, I-7755; 13.9.2007, C-458/05, *Jouini*, Slg 2007, I-7301.



---

**Körber-Risak**

wie vorher. Beim Versicherungsunternehmen hätte daher der Versuch eines „Aufgehens der Organisation“ wohl zu keinem Erfolg für den klagenden Betriebsrat geführt, weil dieses Kriterium klar erfüllt war.

#### **4. Arbeitnehmerübernahme als Tatbestandsmerkmal und Rechtsfolge**

Ein weiteres Tatbestandsmerkmal des Betriebsübergangs lässt sich anhand der Versicherungsunternehmen-Entscheidung aufzeigen.

Wie schon erwähnt, war nach dem Sachverhalt schon im Einbringungsvertrag vorgesehen, dass die Mitarbeiter – zumindest nach Vorstellung des Veräußerers – ebenso wie die materiellen Betriebsmittel auf die Service-GmbH übergehen sollten. Der OGH schloss sich der in der Lit<sup>23</sup> schon immer vertretenen Meinung an, dass dies zwischen Erwerber und Veräußerer nicht ohne Zustimmung des AN (auch nicht in einem gesellschaftsrechtlichen Umgründungsfall) vereinbart werden kann, sondern eben der Arbeitsvertragsübergang eine Rechtsfolge des § 3 Abs 1 AVRAG ist. Die landläufig – insbesondere unter GesellschaftsrechtlerInnen – verbreitete Meinung, wonach ein Übergang von AN im Fall einer gesellschaftsrechtlichen Abspaltung durch einfache Zuordnung der AN zum Betrieb jedenfalls unabhängig von einer Dreiparteieneinigung und unabhängig vom Tatbestand des § 3 Abs 1 AVRAG sei, wird also von der bisherigen Rsp des OGH nicht getragen.

Der OGH sagt interessanterweise aber auch, dass die Vertragsgestaltung zwischen Erwerber und Veräußerer nicht völlig unbeachtlich, sondern als Indiz zu berücksichtigen sei. Aus den Regelungen im Einbringungsvertrag ergebe sich, dass der Zweck des Vorgangs offenbar darin gelegen sei, die AN in die Service-GmbH auszulagern. Zusätzlich sei für einen Betriebsübergang zu werten, dass eine Übernahme auch faktisch passierte. Bei dieser Bewertung nimmt der OGH aber die vom Betriebsrat vertretenen, widersprechenden AN aus – die Mehrzahl der 33 AN war offenbar widerspruchslos übergegangen. Offen lässt der OGH die Frage, ob für den Fall, dass alle AN der Übernahme zunächst (faktisch) widersprochen haben, aus dem Willen von abspaltendem und aufnehmendem Betriebsinhaber (im Konzern passiert die Willensbildung freilich in letzter Konsequenz im konzernleitenden Unternehmen) allein auf die Fortführung einer wirtschaftlichen Einheit geschlossen werden kann.

---

23 Vgl *Runggaldier*, Betriebsübergang und Übergang der Arbeitsverhältnisse, RdW 1992, 375 ff; *Schrank*, Eintrittsautomatik bei Betriebsübergang, ecolex 1993, 541 f; *Köck*, Widerspruch des Arbeitnehmers bei Betriebsübergang, ecolex 1993, 547; *Tomandl*, Arbeitsrechtliche Konsequenzen beim Übergang eines Betriebsteiles, ZAS 1993, 193 f; *Schrammel*, Rechtsfragen des Betriebsübergangs, ZAS 1996, 6 f; *Binder*, Die Österreichische Betriebsübergangsregelung – eine gegückte Bedachtnahme auf die europarechtlichen Vorgaben? DRDA 1996, 1; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht aus trüber Quelle, ÖJZ 1994, 217 ff; *Tinhofer*, Der Wechsel des Vertriebshändlers als Betriebsübergang, RdW 1996, 211 (213) uvm.



### Begriff des Betriebsübergangs, Kündigungsverbot wegen des Betriebsübergangs

Nachdem der OGH das allgemeine Widerspruchsrecht in dieser Entscheidung ablehnte, ist ein Widerspruch des AN in diesem Zusammenhang eigentlich nur faktisch beachtlich, nämlich dann, wenn der AN letztlich aus seinem Arbeitsverhältnis zum Erwerber austritt. Freilich beißt sich hier die Katze in den Schwanz: Der AN kann zum Zeitpunkt der Ausübung seines Widerspruchsrechts idR noch nicht wissen, ob ein Betriebsübergang vorliegt. Kommt es auf die faktische Gestaltung – und nicht die Absicht von Veräußerer und Erwerber – an, ist vorstellbar, dass gerade die gezielte Ausübung eines faktischen Widerspruchs, dh der Mitteilung der betroffenen Belegschaft, ihren Dienst nicht beim Erwerber antreten zu wollen, dazu führt, dass im Ergebnis ein Betriebsübergang verhindert wird; jedenfalls dann, wenn es im Einzelfall insbesondere auf die besonderen Fähigkeiten der AN und weniger auf die materiellen Betriebsmittel ankommt (vgl dazu aber den Fall *Abler*<sup>24</sup> und *Flughafenlounges*<sup>25</sup>). Gerade im Fall des Versicherungsunternehmens wäre das vorstellbar gewesen: Es kann wohl nicht ernsthaft argumentiert werden, dass bei „Sachverständigkeit“ den materiellen Betriebsmitteln die ausschlaggebende Bedeutung für die Identität der wirtschaftlichen Einheit zukommt. Freilich wäre dies aus Arbeitnehmerseite eine „Hochrisikostrategie“, jedenfalls dann, wenn der Dienst beim potenziellen Erwerber gar nicht angetreten würde. Dies könnte im schlimmsten Fall als unberechtigter Austritt gedeutet werden und entsprechende Erklärungen sollten nur unter ausgeklügelten Bedingungen abgegeben werden.

In diesem Zusammenhang ist die Rs *Christel Schmidt*<sup>26</sup> aufschlussreich: Hier reichte dem EuGH das (zunächst nicht angenommene) Angebot des Erwerbers, eine aus einer einzigen Reinigungskraft bestehende „Reinigungsabteilung“ zu übernehmen, für die Annahme eines Betriebsübergangs: Diese – zu Recht als Ausreißerentscheidung kritisierte – Entscheidung lässt darauf schließen, dass der EuGH den Willen zur Übernahme und nicht die faktische Umsetzung als entscheidend ansieht.

### **5. Verschlechterung der kollektivrechtlichen Arbeitsbedingungen führt nicht zur Unwirksamkeit des Betriebsübergangs**

Der Anlassfall des ausgliedernden Versicherungsunternehmens kann unter noch einem Aspekt betrachtet werden: Wie schon mehrfach erwähnt, diente der Betriebsübergang durch Ausgliederung in eine eigene Kapitalgesellschaft vordergründig auch dazu, die Kollektivvertragsbedingungen für die übergegangenen AN zu verschlechtern.

Im konkreten Fall war es nun so, dass der klagende Betriebsrat sich nicht mit dem Argument, dass die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen als solche

24 EuGH 20.11.2003, C-340/01, *Abler*, Slg 2003, I-14023 = DRdA 2004, 189 (*Majoros*) = ZESAR 2004, 135 (*Reissner*); näher unter I.B.6.

25 OGH 27.11.2014, 9 ObA 119/14m, DRdA-infas 2015/103, 132; näher unter I.B.6.

26 EuGH 14.4.1994, C-392/92, *Schmidt*, Slg 1994, I-1311.

einem Betriebsübergang entgegenstehe, gegen diesen wandte. Vielmehr argumentierte er, dass die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen unter anderem ein Argument für ein allgemeines Widerspruchsrecht der AN gegen den Betriebsübergang sei. Der OGH erteilte aber – wie schon erwähnt – dem allgemeinen Widerspruchsrecht eine klare Absage und führte insbesondere aus, dass die Rechtsfolge und damit der Schutzmechanismus des § 3 Abs 1 AVRAG allgemein der Übergang des Arbeitsverhältnisses sei. Mit § 3 Abs 4 AVRAG sei das Widerspruchsrecht der AN vom Gesetzgeber auf ganz bestimmte Fälle eingeschränkt worden; bei sonstigen Fällen minderer Interessenbeeinträchtigung habe der Gesetzgeber in § 3 Abs 5 AVRAG eine besondere Lösungsmöglichkeit des AN festgelegt, nämlich das begünstigte Selbstkündigungsrecht im Fall der Verschlechterung kollektivrechtlicher Arbeitsbedingungen. Das überzeugt mE im Ergebnis auch deswegen, weil ein weitergehendes Widerspruchsrecht nicht nur ganz offensichtlich vom Gesetzgeber nicht gewollt war, sondern auch – wie vorhin erwähnt – zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit führen würde, weil eben die Übernahme von AN als idR bedeutsames Tatbestandsmerkmal für den Betriebsübergang gewertet wird.

Interessant ist aber, dass nicht nur in der Versicherungsunternehmensentscheidung AN gegen das Vorliegen eines Betriebsübergangs und damit den Schutzmechanismus des § 3 Abs 1 AVRAG argumentierten.

Der klagende Betriebsrat der *Austrian Airlines* hatte erst jüngst in einem beim ASG Wien angestrengten besonderen Feststellungsverfahren argumentiert, dass der Betriebsübergang des Flugbetriebs der *Austrian Airlines* auf die *Tyrolean Airways* deswegen nichtig und sittenwidrig sei, weil er rechtsmissbräuchlich in der einzigen Absicht, die Arbeitsbedingungen der AN zu verschlechtern, vom Konzernveräußerer durchgeführt worden sei. Der Betriebsrat klagte folgerichtig auf Feststellung des aufrechten Bestands der Arbeitsverhältnisse zum Veräußerer. *Austrian Airlines* stand im Jahr 2012 unter einem erheblichen Kostendruck und hätte – all dies wurde erstinstanzlich festgestellt – keine positive Fortführungsprognose durch den Wirtschaftsprüfer bekommen, wenn nicht bestimmte Maßnahmen zur Reduktion der Personalkosten im fliegenden Bereich erzielt würden. Die *Austrian Airlines* versuchte zunächst über Kollektivvertragsverhandlungen eine solche Einsparung zu erreichen. Diese scheiterten allerdings dramatisch. Die aus Sicht des Unternehmens einzige Option („Plan D“) lag daher in einer Einbringung des Flugbetriebs der *Austrian Airlines* in den Flugbetrieb der *Tyrolean Airways*, die bis dahin nur Regionalflugverkehr durchgeführt hatte und der gleichzeitigen Kündigung des *Austrian-Airlines-KollV*.<sup>27</sup> Für das fliegende Personal der *Tyrolean Airways* galt ein weitaus günstigerer KollV (insbesondere im Hinblick auf rückstellungsrelevante Beendigungsansprüche wie Abfertigungen und Betriebspensionen) als für das fliegende Personal der *Austrian Airlines*, er wurde aber zum selben Stichtag als Reaktion der Gewerkschaft auf die Kündigung des *Austrian-Airlines-KollV*