

ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR
WIRTSCHAFTSRECHT
M Ä R Z 2 0 0 4

03

1 5 3 - 2 3 6

Schwerpunkt

Versicherungsrecht

Kaprun oder mehr?
Unternehmensstrafrecht

Neues zur
Sammelklage

Urheberrecht an
Bauwerken

Vorpächter
Betriebsübergang und Rückgriff

Einkommensteuer
Zweitwohnsitz-Verordnung

Cold Calling für
Finanzdienstleistungen

Betriebsübergang und Rückgriff auf den Vorpächter

Der OGH hat erstmals zur Veräußererhaftung und dem Regress des Übernehmers eines Betriebes Stellung genommen, wenn der Betriebsübergang durch Vertragsnachfolge erfolgt.

KURT WRATZFELD

A. EINLEITUNG

Ein Betriebsübergang hat bekanntlich zur Folge, dass der neue Inhaber des Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteiles als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse eintritt (§ 3 Abs 1 AVRAG).¹⁾ Dass der Betriebsübergang auf einem Rechtsgeschäft zwischen dem früheren Betriebsinhaber und dem Übernehmer beruht, ist nicht Voraussetzung. Aufgrund der im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang weit zu verstehenden Begriffe „Veräußerer“ und „Erwerber“ reicht ein Wechsel der rechtlich gesicherten oder auch bloß tatsächlichen Inhaberschaft der Leitungsmacht über den Betrieb (-steil) aus. Ein Betriebsübergang kann daher etwa auch dann vorliegen, wenn ein Betrieb von einem Pächter auf den anderen übergeht.²⁾

Zum Schutz der Ansprüche des Arbeitnehmers ist angeordnet, dass der neue Betriebsinhaber dem Arbeitnehmer neben dem früheren Betriebsinhaber für Ansprüche aus der Zeit vor dem Betriebsübergang solidarisch haftet (§ 6 Abs 1 AVRAG).³⁾ Hinsichtlich der Abfertigungsansprüche von Arbeitnehmern, die diese nach dem „alten“ Abfertigungsrecht vor dem Inkrafttreten des BMVG erworben haben, besteht die Solidarhaftung des alten und des neuen Betriebsinhabers für die Zeit von fünf Jahren nach dem Betriebsübergang bis zum Betrag des fiktiven

Abfertigungsanspruchs im Zeitpunkt des Betriebsüberganges (§ 6 Abs 2 Satz 1 AVRAG). Für Ansprüche auf eine Betriebspension aus einem Leistungsfall nach dem Betriebsübergang haftet der frühere Arbeitgeber fünf Jahre nach dem Betriebsübergang mit jenem Betrag, der den im Zeitpunkt des Betriebsüberganges bestehenden Pensionsanswartschaften entspricht (§ 6 Abs 2 Satz 2 AVRAG).⁴⁾ Für den neuen Betriebsinhaber hat dies zur Folge, dass er gegebenenfalls auch Ansprüche des Arbeitnehmers erfüllen muss, die Zeiträume betreffen, in denen die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht ihm, sondern seinem Vorgänger zugekommen ist.

Dr. Kurt Wratzfeld ist Rechtsanwalt und Partner von *Fellner Wratzfeld & Partner* Rechtsanwälte. Der Autor war als RA an dem Verfahren beteiligt.

- 1) Das gilt ausnahmsweise nicht im Fall des Konkurses des Veräußerers.
- 2) *Binder*, AVRAG, § 3 Rz 16. OGH 7. 10. 1998, 9 ObA 193/98t, DRdA 1999, 149; 1. 9. 1999, 9 ObA 192/99x, RdW 2000/144; 16. 12. 2003, 5 Ob 114/03f, ecolex 2004/102.
- 3) *Binder*, AVRAG, § 6 Rz 18; *Holzer/Reissner*, AVRAG 161 f mwN; *Schima*, Betriebsübergang durch Vertragsnachfolge, RdW 1996, 319 f; *Rebhahn*, Arbeitsrecht bei Betriebsübergang: Eintrittspflicht bei Insolvenz und Haftungsfragen, JBl 1999, 710 ff; *Gableitner*, Arbeitgeberhaftung bei Betriebsübergang, ecolex 1994, 694; *Reissner*, Veräußererhaftung, ASoK 2000, 2; aus der Rsp zuletzt OGH 16. 12. 2003, 5 Ob 114/03 f, ecolex 2004/102.
- 4) Auf die Möglichkeit, die Dauer der Haftung durch Übertragung der Wertpapierdeckung oder gleichwertiger Sicherheiten auf den Übernehmer auf ein Jahr zu verkürzen, sei hier nur hingewiesen.

Dazu stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang der neue Betriebsinhaber beim früheren Betriebsinhaber Regress für solche Aufwendungen nehmen kann, wenn zwischen ihm und dem früheren Betriebsinhaber keine vertragliche Regelung besteht. Der OGH hat jüngst zu dieser Frage grundlegend Stellung genommen.⁵⁾

B. AUFFASSUNG DES OGH

1. AUSGANGSFALL

Der Entscheidung lag ein Betriebsübergang zugrunde, bei dem die Arbeitnehmer eines Tankstellenpächters auf dessen Nachfolger übergegangen waren. Der neue Arbeitgeber beendete einzelne Dienstverhältnisse im Einvernehmen mit den Arbeitnehmern und forderte vom Vorpächter anteilige Sonderzahlungen, Ersatzleistungen für nicht verbrauchten Urlaub und die Abfertigung, die er an die ausgeschiedenen Arbeitnehmer bezahlt hatte, soweit sich diese Zahlungen auf Anwartschaften bezogen, die die Arbeitnehmer während ihrer Beschäftigung beim Vorpächter erworben hatten.

2. ZULÄSSIGKEIT DES REGRESSES

Ausgehend vom Betriebsübergang und der solidarischen Haftung des früheren Betriebsinhabers neben dem neuen Arbeitgeber hat der OGH die Möglichkeit des Regresses befürwortet. Da das AVRAG den Regress nicht regle, habe die Lösung dieser Rechtsfrage nach allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen zu erfolgen. Das AVRAG enthalte auch keine ausdrückliche Regelung, wie das besondere Verhältnis iSd § 896 ABGB zwischen dem früheren und dem nunmehrigen Betriebsinhaber zu definieren sei. Aus § 6 Abs 2 AVRAG, der das Ausmaß der unmittelbaren Haftung des früheren Betriebsinhabers gegenüber den Arbeitnehmern für Abfertigungs- und Pensionsansprüche in der Weise regle, dass es sich maßgeblich an dem Nutzen orientiert, den der betroffene Arbeitgeber aus der Leistung des Arbeitnehmers gezogen hat, könne nicht abgeleitet werden, dass dieses Haftungsausmaß auch das Ausmaß des Gesamtschuldnerregresses bestimme. Aus den Haftungsregeln der §§ 6 Abs 1 und 2 AVRAG, § 1409 ABGB und § 25 HGB sei ebenso wie aus den allgemeinen Grundgedanken der bereicherungsrechtlichen Bestimmungen der §§ 1041 ff ABGB zu schließen, dass es am sachgerechtesten sei, dann, wenn der Betriebsübergang ohne Vereinbarung mit dem alten Betriebsinhaber erfolge, den Regress danach zu bestimmen, welchen Nutzen der frühere Betriebsinhaber als Arbeitgeber aus den Leistungen des Arbeitnehmers gezogen hat und welche Entgeltbestandteile diesen Nutzen abgelten sollen. Darin *Schima*⁶⁾ folgend geht der OGH davon aus, dass der Grad dieses Nutzens vereinfacht mit dem Anteil an der Dienstdauer gleichgesetzt werden könne.

Der OGH problematisiert dann die Haftung für Verbindlichkeiten, die erst nach dem Betriebsübergang fällig werden und schließt sich der überwiegenden Lehre⁷⁾ an, die auch Anwartschaftsrechte, die in

der Zeit vor dem Betriebsübergang dem Grunde nach entstanden aber noch nicht fällig sind, in die Veräußererhaftung des § 6 Abs 1 AVRAG einbezieht. Daraus folge, dass sich die Haftung danach richte, ob der Anspruch bzw das Anwartschaftsrecht schon sukzessive mit der Dienstleistung entstanden sei und weiter, dass sich auch der Regress zwischen dem früheren und neuen Betriebsinhaber nach diesen Kriterien zu richten habe, weil dies im Wesentlichen dem Nutzen entspreche, den der betroffene Arbeitgeber aus der Leistung des Arbeitnehmers gezogen habe.

3. KONSEQUENZEN

Zu den geltend gemachten Ansprüchen führt der OGH im Einzelnen aus, dass der Regress hinsichtlich der *Abfertigung* dem Betrag entspreche, mit dem der Veräußerer seinem früheren Arbeitnehmer haftet. Das könne auch dazu führen, dass der Regress 100 % der Abfertigung entspreche, wenn nach dem Betriebsübergang kein „Dienstalterssprung“ mehr eingetreten sei. Auch, dass Abfertigungsansprüche bei einer einvernehmlichen Auflösung eines Dienstverhältnisses fällig werden, schließe eine Veräußererhaftung nach § 6 Abs 2 AVRAG nicht aus.

Bei periodischen Remunerationen gebühre ein aliquoter Anteil, auch wenn das Dienstverhältnis vor Fälligkeit des Anspruchs gelöst werde. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass der OGH auch solche kollektivvertraglichen Ansprüche auf *Sonderzahlungen*, die nach dem Stichtagsprinzip konstruiert sind, in die Veräußererhaftung insoweit einbezieht, als die Entgeltforderung in der Veräußererperiode erarbeitet wurde. Dazu führt der erkennende Senat aus, dass einerseits solche Stichtagsregelungen von der Rechtsprechung bereits als unzulässig erachtet wurden, soweit sie Arbeitnehmerkündigungen erschweren, und andererseits für die Veräußererhaftung bloß wesentlich sei, ob der Nutzen der Arbeitsleistung, für die diese Entgeltansprüche zustehen, dem alten Arbeitgeber zugute gekommen sei. Der Regress laufe parallel zur Haftung des Veräußerers; geboten sei, ausschließlich auf die beim jeweiligen Arbeitgeber zugebrachten Dienstzeiten abzustellen, weil auch diesem der Nutzen aus der Arbeitsleistung zugute gekommen ist.

Gleiches gelte für die *Ersatzleistungen für nicht verbrauchten Urlaub*, denn auch der Urlaub sei ein Teil der Gegenleistung, die dem Arbeitnehmer für seine Arbeitsleistung gebühre und die ihm im Falle der Nichtkonsumation bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses in Geld abzugelten sei. Der Anspruch auf Ersatzleistung für nicht verbrauchten Urlaub sei nicht nach dem Stichtagsprinzip konstruiert, weshalb

5) OGH 16. 12. 2003, 5 Ob 114/03 f, ecolex 2004/102.

6) *Schima*, Betriebsübergang durch Vertragsnachfolge, RdW 1996, 319 f in FN 60.

7) *Rebhahn*, Arbeitsrecht bei Betriebsübergang: Eintrittspflicht bei Insolvenz und Haftungsfragen, JBl 1999, 710 ff bei und in FN 89 mwN; *Gableimer*, Arbeitgeberhaftung bei Betriebsübergang, ecolex 1994, 694; *Wagnest*, Die Haftung bei Übergang eines Unternehmens oder Betriebes 62; einschränkend *Binder*, AVRAG, § 6 Rz 18; aA *Schrank*, ecolex 1993, 542 und *Grillberger*, wbl 1993, 314 f.

auch die zum Anspruch auf Urlaubsentschädigung (§ 9 UrlG aF) und Urlaubsabfindung (§ 10 UrlG aF) entwickelte Auffassung, dass sich die Veräußererhaftung nicht auf derartige Ansprüche erstrecke, auf den Anspruch auf Ersatzleistung für nicht verbrauchten Urlaub nicht übertragbar sei. Im Sinne der konsequenten Verfolgung des Grundsatzes, dass schlussendlich derjenige für Ansprüche der Dienstnehmer haften solle, dem die Arbeitsleistung zugute gekommen ist, sei infolge dessen auch der Regressanspruch auf Abgeltung des Urlaub entsprechend zu aliquotieren. Es sei, so der OGH in diesem Zusammenhang, durch nichts gerechtfertigt, den Erwerber endgültig für Zahlungen nach § 10 UrlG haften zu lassen, die nur dadurch entstanden sind, dass der Arbeitnehmer beim Veräußerer seinen Urlaub nicht in natura konsumieren konnte.

C. EIGENE ANMERKUNGEN

1. ABFERTIGUNG

Der OGH entwickelt in der vorliegenden Entscheidung eine an bereicherungsrechtlichen Grundwertungen orientierte Lösung für die Veräußererhaftung und den zu dieser parallel laufenden Regress, die darauf abstellt, welchem Arbeitgeber der Nutzen jener Leistungen zugeflossen ist, für die das Entgelt, das der neue Betriebsinhaber bezahlt, gebührt. Dies überzeugt nicht bloß, weil die Lösung einfach und nachvollziehbar ist, sondern auch, weil sie den Grundgedanken, dass bereits verdiente Anwartschaften dem Arbeitnehmer erhalten bleiben und geschützt werden sollen, konsequent umsetzt.

Hinsichtlich der Abfertigung weicht der OGH in seiner Lösung allerdings die von ihm in der Entscheidung aufgestellten Grundsätze zugunsten einer Parallelführung des Regresses mit der Veräußererhaftung auf: Der OGH meint, dass der frühere Betriebsinhaber unter Umständen die volle Abfertigung ersetzen müsse, wenn der Arbeitnehmer seit dem Betriebsübergang keinen Dienstaltersprung, der zu einem höheren Abfertigungsanspruch führe, mehr gemacht habe. Ausschließlich auf die Dienstzeit abstellend, könnte auch die Auffassung vertreten werden, die Zeit, die beim neuen Betriebsinhaber verbracht wurde, müsse bei der Ausmessung des Regressbetrages berücksichtigt werden. Bei einer solchen Lösung würde allerdings der Umfang des Regresses von dem der Veräußererhaftung abweichen und es daher über diesen Umweg zur Relativierung der in § 6 Abs 2 Satz 1 AVRAG getroffenen Entscheidung des Gesetzgebers kommen, der eine an den Eigenheiten des „alten“ Abfertigungsrechts⁸⁾ orientierte Sonderlösung angeordnet hat: Der frühere Betriebsinhaber haftet mit dem vollen Betrag der bis zum Betriebsübergang als Anwartschaft entstandenen fiktiven Ab-

8) In der Zeit zwischen zwei Abfertigungssprüngen entsteht keine Anwartschaft auf die Erhöhung des Abfertigungsanspruchs; insoweit ist der Abfertigungsanspruch bzw der Anspruch auf eine höhere Abfertigung nach dem Stichtagsprinzip konstruiert, und eine Veräußererhaftung für den Abfertigungssprung besteht auch nach § 6 Abs 1 AVRAG nicht (arg „... [haften für Verpflichtungen] ... die vor dem Zeitpunkt des Übergangs begründet wurden ...“).

fertigung. Spätere Entwicklungen des Abfertigungsanspruchs betreffen ihn hingegen nicht, sodass weder Gehaltserhöhungen noch ein Abfertigungssprung seine Haftung erhöhen, und zwar auch dann nicht, wenn der Dienstaltersprung knapp nach dem Betriebsübergang eintritt, also die Arbeitsleistung davor im Wesentlichen noch dem früheren Betriebsinhaber zugute gekommen ist. Aus der Sicht des früheren Betriebsinhabers ist die so gestaltete Veräußererhaftung zu billigen, weil er bis zum Betriebsübergang die Entwicklung seiner Verbindlichkeiten gegenüber den Arbeitnehmern grundsätzlich kontrollieren kann; an dem neuen Betriebsinhaber liegt es, dass er sich seinerseits ein Bild davon verschafft, in welche Verbindlichkeiten er eintritt. Es spricht also nichts dagegen, den Regress mit der Veräußererhaftung gleich laufen zu lassen.

Zuzustimmen ist dem OGH auch darin, dass für den Regress ohne Bedeutung ist, aus welchem Rechtsgrund dem Arbeitnehmer ein Abfertigungsanspruch zusteht. Gleichgültig, ob der neue Betriebsinhaber das Dienstverhältnis gekündigt hat, das Dienstverhältnis durch einvernehmliche Auflösung geendet hat, der Arbeitnehmer (ausnahmsweise) bei einer Eigenkündigung einen Abfertigungsanspruch erhält, er zu Recht ausgetreten ist oder aus dem Dienstverhältnis zu Unrecht entlassen wurde: Entscheidend ist nur, ob dem früheren Betriebsinhaber die Arbeitsleistung zugute gekommen ist und dass ein Abfertigungsanspruch besteht.

Lediglich dann, wenn der Regress eine sittenwidrige Schädigung des früheren Betriebsinhabers wäre, wenn also zB das Dienstverhältnis nur zum Schein beendet wurde, um etwa vor Ablauf der Fünfjahresfrist den Regress zum Entstehen zu bringen, wäre der Regress mE ausgeschlossen.

Kein Fall der Veräußererhaftung ist mE auch die vereinbarte Übertragung von Altabfertigungsansprüchen iS der § 47 Abs 1 und 3 BMVG. Der Übertragungsbetrag, der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer frei vereinbart wird und an die Mitarbeitervorsorgekasse zu überweisen ist, ersetzt wirtschaftlich gesehen zwar die Abfertigung auch für die Zeit, die der Arbeitnehmer beim früheren Betriebsinhaber verbracht hat; es darf aber nicht übersehen werden, dass im Übertragungsfall kein Abfertigungsanspruch nach dem alten Abfertigungsrecht entstanden wäre. Ein wesentliches Kennzeichen des alten Abfertigungsrechts ist, dass der Anspruch erst bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses anfällt unter anderem von der Art der Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgehängt. Für eine Erweiterung dieser Entstehungsarten, im Wege der Auslegung um die Übertragung der Altabfertigung in die Mitarbeitervorsorgekasse besteht kein Grund, denn hier sind die Parteien des Arbeitsvertrages frei, sich überhaupt für eine Übertragung zu entschließen, und es bestehen keine gesetzlichen Vorgaben hinsichtlich der Höhe des Übertragungsbetrages.

2. SONDERZAHLUNGEN

Der OGH hat in der Entscheidung dargelegt, dass Sonderzahlungen zeitaliquot von der Veräußererhaf-

tung umfasst sind und, dass der neue Betriebsinhaber in diesem Umfang beim früheren Betriebsinhaber Rückgriff nehmen kann, wenn er diese Ansprüche befriedigt hat. Lediglich der Vollständigkeit halber bleibt anzumerken, dass dies auch für alle sonstigen Ansprüche gilt, die wiederkehrend für größere Abrechnungszeiträume gewährt werden, wie zB Prämien und Erfolgsbeteiligungen, wobei auch hier vereinfachend auf das Ausmaß der bei den jeweiligen Arbeitgebern verbrachten Zeit abzustellen sein wird.

3. URLAUB

Der OGH hat in der Entscheidung konsequent auch die Ersatzleistung für nicht verbrauchten Urlaub nach den gleichen Grundsätzen beurteilt, wie die übrigen Ansprüche, die während der Beschäftigungsdauer beim früheren Betriebsinhaber verdient worden sind. Ergänzen muss man in diesem Zusammenhang, dass nach den gleichen Grundsätzen der neue Betriebsinhaber von seinem Vorgänger auch Ersatz verlangen kann, wenn die übernommenen Arbeitnehmer Urlaub verbrauchen, den sie beim früheren Betriebsinhaber erworben haben. Denn auch in diesem Fall ist durch nichts gerechtfertigt, dem neuen Betriebsinhaber die Kosten des Verbrauchs eines Urlaubsanspruchs endgültig aufzuerlegen, der nur dadurch entstanden ist, dass der Arbeitnehmer beim vorigen Betriebsinhaber seinen Urlaub nicht vor dem Betriebsübergang konsumieren konnte. Das würde auch der Rechtsprechung in Deutschland entsprechen, wo der BGH schon im Jahr 1985 für den Fall des Betriebsübergangs durch Pächterwechsel ausgesprochen hat, dass der neue Arbeitgeber wegen Urlaubsansprüchen aus der Zeit vor dem Betriebsübergang, die er gegenüber den übernommenen Arbeitnehmern teils gewährt hat, teils in Geld abgegolten hat, Regress nehmen kann.⁹⁾

9) BGH 4. 7. 1985, IX Zr 172 aus 84, NJW 1985, 2643 – 2644; ebenso BGH 25. 3. 1999, III Zr 27 aus 98, NJW 1999, 2962.

SCHLUSSSTRICH

Bei einem Betriebsübergang, der nicht aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem früheren und dem neuen Betriebsinhaber erfolgt, richtet sich der Regress des neuen Betriebsinhabers, der Ansprüche der Arbeitnehmer befriedigt, für die der frühere Betriebsinhaber haftet, danach, welchen Nutzen der frühere Betriebsinhaber als Arbeitgeber aus den Leistungen der Arbeitnehmer gezogen hat und welche Entgeltbestandteile diesen Nutzen abgelten sollen. Der Grad des Nutzens ist mit dem Anteil an der Dienstdauer gleichzusetzen.