

STELLUNGNAHME V/2010

Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsübergang

I. Ausgangslage:

In der Praxis treten im Zusammenhang mit der Arbeitskräfteüberlassung immer wieder zwei Fallkonstellationen auf, die die Frage aufwerfen, ob diese einen sogenannten Betriebsübergang im Sinne des Arbeitsvertragsanpassungsgesetzes (kurz AVRAG) darstellen. Wäre dies der Fall, hätte dies rechtlich zur Folge, dass der neue Betriebsinhaber als neuer Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Überganges bestehenden Arbeitsverhältnisse eintritt.¹

Es handelt sich dabei um folgende zwei Fälle:

Fall 1:

Ein Arbeitskräfteüberlasser wirbt von einem Mitbewerber (gezielt) Mitarbeiter und die damit zusammenhängenden Kundenaufträge ab.

Es stellt sich bei dieser Vorgehensweise die Frage, ob durch die Übernahme dieser Mitarbeiter und Kundenaufträge auch ein Betriebsübergang iSd AVRAG vorliegt. Nicht eingegangen wird in dem Zusammenhang auf die Frage, ob dieser Fall ein unlauteres Handeln im Sinne des UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) darstellt.

Fall 2

Ein Unternehmen gliedert Mitarbeiter seines Unternehmens in der Form aus, dass diese vom Unternehmen in einem ersten Schritt gekündigt werden, im zweiten Schritt von einem Arbeitskräfteüberlasser „übernommen“ werden und anschließend dem Unternehmen wieder überlassen werden, um dort die selbe Tätigkeit, die sie als Dienstnehmer des Unternehmens bereits ausgeführt haben, zu verrichten. In dieser Fallkonstellation kommt es de facto lediglich zu einem Arbeitgeberwechsel.

Es stellt sich auch bei dieser Vorgehensweise die Frage, ob durch diese Art des Arbeitgeberwechsels ein Betriebsübergang iSd AVRAG vorliegt. Nicht eingegangen wird in dem Zusammenhang auf die Frage, ob die betroffenen Arbeitnehmer diese Vorgehensweise entsprechend im Wege einer Kündigungsanfechtung bekämpfen können.

II. Stellungnahme:

Was ist unter einem Betriebsübergang iSd AVRAG zu verstehen?

¹ Vgl. § 3 AVRAG.

Ein Betriebsübergang iSd AVRAG liegt immer dann vor, wenn ein Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil auf einen anderen Inhaber übergeht (Betriebsübergang). Betriebsübergänge, die nach der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stattfinden, unterliegen nicht den Bestimmungen des AVRAG.

Die Bestimmungen des AVRAG basieren dabei auf der europäischen „Betriebsübergangs-Richtlinie“ (kurz: Betriebsübergangs-RL)². Nach ständiger Rechtssprechung des OGH besteht der Zweck der angesprochenen Betriebsübergangs-RL darin, die Aufrechterhaltung der Rechte der Arbeitnehmer bei einem Wechsel des Unternehmensinhabers so weit wie möglich zu gewährleisten, indem sie den Arbeitnehmern die Möglichkeit einräumt, ihr Beschäftigungsverhältnis mit dem neuen Inhaber zu denselben Bedingungen fortzusetzen, die mit dem alten Inhaber vereinbart waren³.

Bei der Prüfung des Vorliegens eines Betriebs(teils-)übergangs wird aufgrund der ständigen Rechtssprechung (sowohl des OGH wie auch des EuGH) darauf abgestellt, ob eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit iS einer organisierten Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung gegeben ist.

Dabei werden nachfolgende Kriterien einer Gesamtbewertung unterzogen:

- ▣ die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes/Betriebsteiles,
- ▣ der Übergang der wesentlichen materiellen und immateriellen Betriebsmittel,
- ▣ der Übergang von wesentlichen Teilen der Belegschaft,
- ▣ der Übergang von Kunden und Kundenbeziehungen,
- ▣ der Grad der Ähnlichkeit der vor oder nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit und
- ▣ die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit.

Bei dieser Gesamtbewertung wird stark auf die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes und damit auch auf die jeweils nach der Art des Betriebes wesentlichen Betriebsmittel abgestellt.

Unterliegen Arbeitskräfteüberlasser überhaupt dem AVRAG?

In der Entscheidung 8 ObA 64/07f vom 22.11.2007 hatte sich der OGH erstmals mit der Frage der Anwendbarkeit des AVRAG bei Vorliegen eines Betriebsteilsüberganges bei einem Arbeitskräfteüberlasser auseinander zu setzen. Letztendlich wurde diese Frage vom OGH dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt, der im Wesentlichen zu folgendem Ergebnis gekommen ist⁴:

- ▣ Leiharbeitsverhältnisse unterliegen der Betriebsübergangsrichtlinie⁵;

² Richtlinie 2001/23/EG betreffend der Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer für Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen.

³ Siehe zuletzt etwa OGH 8 ObA 64/07f.

⁴ EuGH vom 13.09.2007, Rechtssache C458/05.

⁵ Art 2 Abs 2 lit c der RL.

- für die Beurteilung des Vorliegens einer wirtschaftlichen Einheit bei Arbeitskräfteüberlassern ist zu prüfen, ob die vom Veräußerer übertragenen Betriebsmittel bei ihm eine einsatzbereite Gesamtheit darstellen, die als solche dazu ausreicht, die für die wirtschaftliche Tätigkeit des Unternehmens charakteristischen Dienstleistungen ohne Inanspruchnahme anderer wichtiger Betriebsmittel oder anderer Unternehmensteile erbringen zu können;
- die Ausübung der Tätigkeit von Arbeitskräfteüberlassern erfordert insbesondere Fachkenntnisse, eine geeignete Verwaltungsstruktur zur Organisation dieses Verleihens der Arbeitnehmer und eine Gesamtheit von Leiharbeitnehmern, die sich in die entleihenden Unternehmer integrieren und für diese die geforderten Aufgaben wahrnehmen können, weitere Betriebsmittel für die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit sind bei Arbeitskräfteüberlassern nicht notwendig;
- der Umstand, dass die überlassenen Arbeitnehmer in die Organisationsstruktur des Kunden, dem sie zur Verfügung gestellt werden, integriert sind, steht einer wirtschaftlichen Einheit nicht entgegen.

Ein Betriebs(teil)übergang liegt nach Ansicht des EuGH und somit auch des OGH daher dann vor, wenn ein Teil des Verwaltungspersonals und ein Teil der Leiharbeiter zu einem anderen Leiharbeitsunternehmen wechseln, um dort die gleichen Tätigkeiten im Dienst der selben Kunden auszuüben und wenn die von dem Übergang betroffenen Mittel (also Verwaltungspersonal und Leiharbeiter) als solche ausreichen, um die für die in Rede stehende wirtschaftliche Tätigkeit kennzeichnenden Leistungen ohne Inanspruchnahme anderer wichtiger Betriebsmittel und ohne Inanspruchnahme anderer Unternehmensteile weiter erbringen zu können.

III. Rechtliche Beurteilung von Fall 1

Im Sinne der Rechtsprechung des EuGH wird daher in der Fallkonstellation 1 dann kein Betriebsübergang iSd AVRAG vorliegen, wenn lediglich Facharbeitskräfte und die damit zusammenhängenden Kundenaufträge abgeworben werden. Dies deshalb nicht, weil es bei einem Arbeitskräfteüberlasser für einen Betriebsübergang insbesondere derjenigen personellen und sachlichen Mittel bedarf, die für sich allein genommen geeignet sind, ein Leiharbeitsunternehmen zu führen. Dies ist bei einer Übernahme von reinen Facharbeitskräften (ohne entsprechendes Führungskräfte- und Verwaltungspersonal) jedoch in der Regel nicht der Fall.

IV. Rechtliche Beurteilung von Fall 2

Wie bereits unter Punkt II ausgeführt, wird die Frage, ob ein Betriebsübergang - also der Übergang einer wirtschaftlichen Einheit unter Identitätswahrung - vorliegt, anhand der tatsächlichen Umstände des Einzelfalles beurteilt. Dabei wird auf den jeweiligen Betrieb abgestellt. Kein Betriebsübergang liegt vor, wenn lediglich Arbeitnehmer von einem Betrieb zum anderen wechseln, ohne dass gleichzeitig die organisatorische und wirtschaftliche Einheit, in die sie arbeitsmäßig eingebunden waren, mit übergeht (RIS-Justiz RS0082749).

Dies soll an folgenden Beispielen verdeutlicht werden:

OGH 8 ObA 122/03d:

Bei bestimmten Arten von Betrieben, etwa im Reinigungsgewerbe, sind typischerweise nur die Belegschaft und deren Organisation wesentlich, nicht aber die materiellen Betriebs-Reinigungsmittel etc.

OGH 9 ObA 22/09i:

Wird durch einen Herausgeber einer Gratiszeitung das Personal eines anderen Herausgebers einer Gratiszeitung nur teilweise und nur unter partieller Beibehaltung der früheren Funktionen übernommen (gerade in dem für eine Zeitung prägenden Redaktionsteam wurden gravierende Änderungen vorgenommen), die für den Betrieb wesentliche Anzeigenakquisition und Betriebsmittel nicht mit übernommen und auch die Vertriebswege geändert, liegt kein Betriebsübergang vor.

Es wird daher in der Regel lediglich die Ausgliederung von Arbeitnehmern, ohne dass gleichzeitig eine Übertragung von sonstigen - für den Betriebsteil in dem diese Arbeitnehmer tätig waren - wesentlichen Assets (sei es Betriebsmittel oder Organisationsstrukturen) auf den Arbeitskräfteüberlasser erfolgt, nicht zu einem Betriebsübergang im Sinne des AVRAG führen. Die anschließende Überlassung an das frühere Unternehmen wird ebenfalls nicht die Kriterien für einen Betriebsübergang im Sinne des AVRAG erfüllen.

Inwieweit der OGH dieses Vorgehen als missbräuchlich im Sinne des § 879 ABGB bewertet, bleibt seiner Entscheidung vorbehalten.

BRUCKMÜLLER • ZEITLER
RECHTSANWÄLTE

Verfasser: **Rechtsanwalt Dr. Georg Bruckmüller**
Vertrauensanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser
im Namen der Bruckmüller Zeitler Rechtsanwälte GmbH
Kontakt: www.bzp.at

Stand: August 2010

Trotz sorgfältigster Bearbeitung wird für die Ausführungen keine Gewähr übernommen. Nachdruck, Vervielfältigung und Verbreitung jeglicher Art nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Fachgruppe OÖ der Gewerblichen Dienstleister, Berufsgruppe Arbeitskräfteüberlasser, zulässig.