

„Letzte-Mittel“-Rspr des EuGH wohl in einem Spannungsverhältnis zu seiner Auslegung, wonach bei der Frage zum Ob und Wann von Streikmaßnahmen der Gewerkschaft eine zentrale Einschätzungsprärogative zukomme.⁶⁰⁾ In jedem Fall müsste die abschreckende Wirkung von Streiks gewahrt bleiben.⁶¹⁾

Im Laval-Fall ging es primär um Boykottmaßnahmen der schwedischen Gewerkschaften hinsichtlich einer Baustelle, auf der ein lettischer AG seine AN unter dem schwedischen Lohnniveau bezahlen wollte. Ob freilich nach dem Streik auch der Boykott durch Art 11 EMRK als weiterer „corollaire indissociable“ der Vereinigungsfreiheit geschützt ist, mag gewiss bestritten werden. Andererseits könnte dafür sprechen, dass ohne entsprechende gewerkschaftliche Befugnisse die Betätigungsmöglichkeiten nach dem schwedischen System völlig ausgehöhlt würden. Unterstellend, dass auch die schwedischen Boykottmaßnahmen unter Art 11 EMRK fallen, wäre jedenfalls die Zielbeschränkung der Arbeitskampfmaßnahmen auf den harten Kern der Entsenderichtlinie zu hinterfragen.⁶²⁾

60) Committee of Social Rights, Conclusions XVII-1, Netherlands 319.

61) Committee of Social Rights, Conclusions XVII-1, Czech Republic 100.

62) EuGH, Laval, Rn 108.

5. Schlussbemerkung

Aus der jüngsten Rechtsentwicklung am EGMR können – um das Wort Widersprüche zu vermeiden – jedenfalls beachtliche Reibungsflächen zwischen den Rspr-Linien Luxemburgs und Straßburgs ausgemacht werden. Ist dem EuGH die Rechtsstellung der Binnenmarktakteure, in der Mehrzahl der Fälle sohin mobilitätswilligen Unternehmen, lieb und teuer, so erfährt die Position der Gegenseite durch *Demir und Baykara* und *Enerji Yapi-Yol Sen* eine klare Stärkung. Im Lichte dieser Schutzperspektiven erklären die betreffenden Gerichtshöfe diejenigen für besonders rechenschaftspflichtig, die ihre „Schützlinge“ an der freien Entfaltung beschränken.

Insoweit könnte der EGMR als höchste europäische Rspr-Instanz einen wichtigen Beitrag dafür geleistet haben, dass manches, was durch die Urteile des EuGH auseinander gedriftet ist, mit seiner „präzisierung“ Judikatur zu Art 11 EMRK wieder ins Gleichgewicht kommt.

Die Interpretationsmethode des EGMR wertet darüber hinaus internationale Schutzinstrumentarien auf, wie etwa die einschlägigen Übereinkommen im Rahmen der ILO, den IPWSKR oder die ESC.

Und aus rein österr Sicht ist zu bemerken, dass trotz des Vorbehalts zum Streikrecht gem Art 6 Abs 4 ESC über die neuere Rechtsentwicklung zu Art 11 EMRK auch die österr Bundesverfassung um die Errungenschaften der EGMR-Judikatur bereichert worden ist.

Betriebsteilübergang trotz Verlusts der organisatorischen Selbständigkeit einer Abteilung

Art 1 Abs 1 Buchst a und b der RL 2001/23/EG 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 ist dahin auszulegen, dass diese Vorschrift auch dann angewandt werden kann, wenn der übertragene Unternehmens- oder Betriebsteil seine organisatorische Selbständigkeit nicht bewahrt, sofern die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehalten wird und sie es dem Erwerber erlaubt, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen; es ist Sache des vorlegenden Gerichts, das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu prüfen.

(1) Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art 1 Abs 1 Buchst a und b der RL 2001/23/EG 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 82, 16). [...]

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

(3) Die RL 2001/23 kodifiziert die RL 77/187/EWG des Rates vom 14.2.1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen (ABl L 61, 26) in der durch die RL 98/50/EG des Rates vom 29.6.1998 (ABl L 201, 88) geänderten Fassung (im Folgenden: RL 77/187).

(4) Der achte Erwägungsgrund der RL 2001/23 lautet:

„Aus Gründen der Rechtssicherheit und Transparenz war es erforderlich, den juristischen Begriff des Übergangs unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu klären. Durch diese Klärung wurde der Anwendungsbereich der Richtlinie 77/187/EWG gemäß der Auslegung durch den Gerichtshof nicht geändert.“

(5) Art 1 Abs 1 Buchst a und b der RL 2001/23/EG bestimmt:

„a) Diese Richtlinie ist auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung anwendbar.

b) Vorbehaltlich Buchstabe a) und der nachstehenden Bestimmungen dieses Artikels gilt als Übergang im Sinne

Art 1 und Art 6 RL 2001/23/EG (Betriebsüber- gangs-RL)

EuGH
12.2.2009
Rs C-466/07
Klarenberg

dieser Richtlinie der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit.“

(6) Art 3 Abs 1 Unterabs 1 der RL 2001/23/EG sieht vor:

„Die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis gehen aufgrund des Übergangs auf den Erwerber über.“

(7) Art 4 Abs 2 der RL lautet:

„Kommt es zu einer Beendigung des Arbeitsvertrags oder Arbeitsverhältnisses, weil der Übergang eine wesentliche Änderung der Arbeitsbedingungen zum Nachteil des Arbeitnehmers zur Folge hat, so ist davon auszugehen, dass die Beendigung des Arbeitsvertrags oder Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber erfolgt ist.“

(8) Art 6 Abs 1 Unterabs 1 und 4 dieser RL bestimmt:

„[...] Behält das Unternehmen, der Betrieb oder der Unternehmens- bzw Betriebsteil seine Selbständigkeit nicht, so treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, damit die vom Übergang betroffenen Arbeitnehmer, die vor dem Übergang vertreten wurden, während des Zeitraums, der für die Neubildung oder Neubenennung der Arbeitnehmervertretung erforderlich ist, im Einklang mit dem Recht oder der Praxis der Mitgliedstaaten weiterhin angemessen vertreten werden.“

(9) Der Wortlaut der oben angeführten Bestimmungen des Art 1 Abs 1 der RL 2001/23 ist im Wesentlichen identisch mit dem der Bestimmungen des Art 1 Abs 1 der RL 77/187.

Nationales Recht

(10) § 613a Abs 1 Satz 1 BGB lautet:

„Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein.“

Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

(11) Herr Klarenberg war seit 1.1.1989 bei der ET Electrotechnology GmbH (im Folgenden: ET), einem auf die Entwicklung und Fertigung von Produkten im Bereich der industriellen Automatisierung sowie der Mess- und Regeltechnik für die Stahlindustrie spezialisierten Unternehmen, beschäftigt.

(12) Ab 1.5.1992 war Herr Klarenberg Abteilungsleiter für den Bereich „F+E/ET Systeme/Netzwerk/IBS“. [...]

(14) Am 22.11.2005 schloss ET mit Ferrotron und deren Muttergesellschaft mit Sitz in den Vereinigten Staaten von Amerika einen als „Asset and Business Sale and Purchase Agreement“ bezeichneten Vertrag. [...]

(15) Aufgrund dieses Vertrags erwarb die Muttergesellschaft von 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. Ferrotron erwarb die Entwicklungs-Hardware, das Produktmaterial-Inventar von ET sowie eine darauf bezogene Lieferanten- und Kundenliste. Außerdem übernahm Ferrotron einige Angestellte von ET, nämlich Herrn Neumann und drei Ingenieure der Gruppe „F+E/ET-Systeme“.

(16) Aus der Vorlageentscheidung geht ferner hervor, dass Ferrotron neben den Produkten, die

Gegenstand des erwähnten Vertrags sind, weitere Produkte im Bereich der metallurgischen Messtechnik entwickelt, fertigt und vertreibt, und dass die ehemaligen Angestellten von ET in die von Ferrotron eingerichtete Struktur eingegliedert worden sind. Im Übrigen erledigen diese Angestellten auch Aufgaben im Zusammenhang mit Produkten, die Ferrotron nicht von ET erworben hat.

(17) Am 17.7.2006 wurde über das Vermögen von ET das Insolvenzverfahren eröffnet.

(18) Herr Klarenberg erhob Klage beim Arbeitsgericht Wesel, um seine Weiterbeschäftigung als Abteilungsleiter bei Ferrotron zu erreichen. Das Arbeitsgericht Wesel wies seine Klage mit Urteil vom 29.11.2006 ab.

(19/20) Gegen dieses Urteil legte Herr Klarenberg Berufung beim Landesarbeitsgericht Düsseldorf ein [...]; dieses ist der Auffassung, dass es sich bei der von Herrn Klarenberg geleiteten Abteilung [...] um einen Betriebsteil handele.

(21) Es stelle sich jedoch die Frage, ob es sich um einen Übergang iSd RL 2001/23 handele. Einigen neueren Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zufolge liege kein Übergang eines Betriebsteils auf einen neuen Inhaber vor, wenn der Erwerber den Betriebsteil nicht im Wesentlichen unverändert und unter Wahrung seiner Identität fortführe. Nach dieser Rspr setze ein Übergang voraus, dass der Betriebsteil beim Erwerber als organisatorisch selbständiger Betriebsteil erhalten bleibe. Dagegen sei ein Betriebsteil nicht als übergegangen anzusehen, wenn er vollständig in die Organisationsstruktur des anderen Unternehmens eingegliedert werde oder die Aufgabe in einer deutlich größeren Organisationsstruktur durchgeführt werde.

(22) Im Ausgangsverfahren habe Ferrotron die organisatorische Selbständigkeit des betreffenden Betriebsteils nicht bewahrt, da die übernommenen Arbeitnehmer in verschiedene Abteilungen eingegliedert worden seien und die übernommenen Aufgaben nunmehr im Rahmen einer anderen Organisationsstruktur wahrgenommen würden.

(23) Unter diesen Umständen hat das Landesarbeitsgericht Düsseldorf beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Liegt ein Übergang eines Unternehmens- bzw Betriebsteils auf einen anderen Inhaber iS von Art 1 Nr 1a und b der RL 2001/23/EG nur vor, wenn der Unternehmens- bzw Betriebsteil bei dem neuen Inhaber als organisatorisch selbständiger Unternehmens- bzw Betriebsteil fortgeführt wird? [...]

Zur Vorlagefrage

(36) Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art 1 Abs 1 Buchst a und b der RL 2001/23 dahin auszulegen ist, dass er auch dann angewendet werden kann, wenn der neue Inhaber die organisatorische Selbständigkeit des übertragenen Unternehmens- oder Betriebsteils nicht bewahrt.

(37) Einleitend ist daran zu erinnern, dass nach stRspr bei der Auslegung einer Gemeinschaftsvorschrift nicht nur ihr Wortlaut, sondern auch ihr Zusammenhang und die Ziele zu berücksichtigen sind, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden (vgl insb Urteile vom 18.5.2000, KVS International, C-301/98,

Slg 2000, I-3583, Rn 21, vom 6.7.2006, Kommission/Portugal, C-53/05, Slg 2006, I-6215, Rn 20, und vom 16.10.2008, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, C-298/07, Slg 2008, I-0000, Rn 15).

(38) Schon aus dem Wortlaut von Art 1 Abs 1 Buchst a der RL 2001/23 geht hervor, dass jeder Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung in den Anwendungsbereich dieser RL fällt.

(39) Vorbehaltlich des Vorliegens der genannten Voraussetzungen muss der Übergang, damit die RL 2001/23 anwendbar ist, jedoch auch noch die in Art 1 Abs 1 Buchst b festgelegten Voraussetzungen erfüllen, nämlich auf eine „wirtschaftlich[e] Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“ bezogen sein, die nach dem Übergang ihre „Identität“ bewahrt.

(40) Diese Bestimmung wurde, wie aus dem achten Erwägungsgrund der RL 2001/23 hervorgeht, aufgenommen, um den Begriff des Übergangs unter Berücksichtigung der Rspr des Gerichtshofs zu klären (vgl insb Urteile vom 7.2.1985, Botzen ua, 186/83, Slg 1985, 519, Rn 6 und vom 18.3.1986, Spijkers, 24/85, Slg 1986, 1119, Rn 11). Nach dieser Rspr zielt die RL 2001/23 darauf ab, die Kontinuität der im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse unabhängig von einem Inhaberwechsel zu gewährleisten und damit die Arbeitnehmer im Fall eines solchen Wechsels zu schützen.

(41) Aus Art 1 Abs 1 Buchst a iVm Art 1 Abs 1 Buchst b der RL 2001/23 geht hervor, dass, wenn eine wirtschaftliche Einheit ihre Identität nicht bewahrt, die Hauptbestimmung des Art 1 Abs 1 Buchst a durch die Anwendung der Bestimmungen des Abs 1 Buchst b verdrängt wird. Hieraus ergibt sich, dass die letztgenannte Bestimmung geeignet ist, die Tragweite von Art 1 Abs 1 Buchst a der RL 2001/23 und damit den Umfang des von dieser RL gewährten Schutzes zu beschränken. Diese Bestimmung ist daher eng auszulegen.

(42) Die Beklagte (Bekl) des Ausgangsverfahrens macht nun geltend, dass die in Art 1 Abs 1 Buchst b der RL 2001/23 definierte wirtschaftliche Einheit ihre Identität nur dann bewahre, wenn das die Gesamtheit von Personen und/oder Sachen vereinende organisatorische Band erhalten bleibe. Dagegen bewahre die veräußerte wirtschaftliche Einheit ihre Identität nicht, wenn sie infolge der Veräußerung ihre organisatorische Selbständigkeit verliere, indem die erworbenen Ressourcen vom Erwerber in eine vollkommen neue Struktur eingegliedert würden.

(43) Indes kann einer solchen, allein auf das Kriterium der organisatorischen Selbständigkeit abstellenden Auffassung von der Identität der wirtschaftlichen Einheit insb angesichts des mit der RL 2001/23 verfolgten Zwecks nicht gefolgt werden, die, wie aus Rn 40 dieses Urteils hervorgeht, darauf abzielt, im Fall eines Übergangs einen wirksamen Schutz der Rechte der Arbeitnehmer sicherzustellen. Sie würde nämlich dazu führen, dass die Anwendbarkeit der RL 2001/23 auf diesen Unternehmens- oder Betriebsteil allein deshalb ausgeschlossen wäre, weil sich der Erwerber entschließt,

den erworbenen Unternehmens- oder Betriebsteil aufzulösen und in seine eigene Struktur einzugliedern, wodurch den betreffenden Arbeitnehmern der von dieser RL gewährte Schutz vorenthalten würde.

(44) Zum Kriterium der Organisation hat der Gerichtshof zwar entschieden, dass es zu den Kriterien für die Bestimmung der Identität einer wirtschaftlichen Einheit gehört (vgl in diesem Sinne Urteile vom 11.3.1997, Süzen, C-13/95, Slg 1997, I-1259, Rn 15, vom 2.12.1999, Allen ua, C-234/98, Slg 1999, I-8643, Rn 27, vom 26.9.2000, Mayeur, C-175/99, Slg 2000, I-7755, Rn 53, und vom 25.1.2001, Liikenne, C-172/99, Slg 2001, I-745, Rn 34), er hat aber auch entschieden, dass eine Änderung der Organisationsstruktur der übertragenen Einheit der Anwendung der RL 2001/23 nicht entgegenstehen kann (vgl in diesem Sinne Urteile vom 7.3.1996, Merckx und Neuhuys, C-171/94 und C-172/94, Slg 1996, I-1253, Rn 20 und 21, Mayeur, Rn 54, sowie vom 13.9.2007, Jouini ua, C-458/05, Slg 2007, I-7301, Rn 36).

(45) Im Übrigen definiert Art 1 Abs 1 Buchst b der RL 2001/23 selbst die Identität einer wirtschaftlichen Einheit als „organisiert[e] Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“ und betont somit nicht allein das Merkmal der Organisation der übertragenen Einheit, sondern auch das der Verfolgung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit.

(46) Nach alledem ist die Voraussetzung in Bezug auf die Wahrung der Identität einer wirtschaftlichen Einheit iSd RL 2001/23 unter Berücksichtigung der beiden in Art 1 Abs 1 Buchst b der RL 2001/23 vorgesehenen Elemente, die zusammengenommen diese Identität ausmachen, sowie des mit dieser RL verfolgten Zwecks des Arbeitnehmerschutzes auszulegen.

(47) Im Einklang mit diesen Erwägungen und um der RL 2001/23 nicht einen Teil ihrer praktischen Wirksamkeit zu nehmen, ist die genannte Voraussetzung nicht dahin auszulegen, dass sie verlangt, die konkrete Organisation der verschiedenen übertragenen Produktionsfaktoren durch den Unternehmer beizubehalten, sondern, wie der Generalanwalt in den Nrn 42 und 44 seiner Schlussanträge festgestellt hat, dahin, dass die Beibehaltung der funktionellen Verknüpfung der Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung zwischen diesen Faktoren erforderlich ist.

(48) Die Beibehaltung einer solchen funktionellen Verknüpfung zwischen den übertragenen Faktoren erlaubt es nämlich dem Erwerber, diese, selbst wenn sie nach der Übertragung in eine neue, andere Organisationsstruktur eingegliedert werden, zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen (vgl in diesem Sinne Urteil vom 14.4.1994, Schmidt, C-392/92, Slg 1994, I-1311, Rn 17).

(49) Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, unter Berücksichtigung der vorstehend genannten Gesichtspunkte im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vorgang kennzeichnenden tatsächlichen Umstände (vgl in diesem Sinne Urteil vom 18.3.1986, Spijkers, 24/85, Slg 1986, 1119, Rn 13, vom 19.5.1992, Redmond Stichting, C-29/91, Slg 1992, I-3189, Rn 24, Süzen, Rn 14, sowie Allen ua, Rn 26) festzustellen, ob die Identität der übertragenen wirtschaftlichen Einheit bewahrt worden ist.

(50) Wie sowohl das vorliegende Gericht in seinem Vorabentscheidungsersuchen als auch die deutsche Regierung und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften in ihren Erklärungen vor dem Gerichtshof festgestellt haben, wird durch den Wortlaut von Art 6 Abs 1 Unterabs 1 und 4 der RL 2001/23 bestätigt, dass diese RL nach der Vorstellung des Gemeinschaftsgesetzgebers auf jeden Übergang anwendbar sein soll, der den Voraussetzungen von Art 1 Abs 1 der RL entspricht, unabhängig davon, ob die übertragene wirtschaftliche Einheit ihre Selbständigkeit innerhalb der Struktur des Erwerbers bewahrt oder nicht.

(51) Schließlich ist auf das Vorbringen des Bekl des Ausgangsverfahrens einzugehen, wonach die Kontinuität der Arbeitsverhältnisse, die die RL 2001/23 gewährleisten sollte, im Fall des Verlusts der organisatorischen Selbständigkeit der übertragenen wirtschaftlichen Einheit jedenfalls nicht sichergestellt werden könne, da der von Herrn Klarenberg früher besetzte Arbeitsplatz als Abteilungsleiter keinem entsprechenden Arbeitsplatz in der von der Erwerberin geschaffenen neuen Arbeitsorganisation zugeordnet werden könne.

(52) Hierzu ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass eine gegebenenfalls bestehende Verpflichtung, privatrechtliche Arbeitsverträge beim Übergang einer Tätigkeit auf eine juristische Person des öffentlichen Rechts zu beenden, gem Art 4 Abs 2 der RL 77/187 eine wesentliche Änderung der Arbeitsbedingungen zum Nachteil des Arbeitnehmers darstellt, die unmittelbar aus dem Übergang folgt, so dass in einem solchen Fall davon auszugehen ist, dass die Beendigung dieser Arbeitsverträge durch den Arbeitgeber erfolgt ist (Urteil *Mayeur*, Rn 56). Ebenso ist festzustellen, dass eine gegebenenfalls bestehende Unmöglichkeit, einem Arbeitnehmer im Fall des Übergangs in der vom Erwerber geschaffenen Organisationsstruktur einen Arbeitsplatz zuzuweisen, der dem entspricht, den dieser Arbeitnehmer beim Veräußerer innehatte, als eine Beendigung des Arbeitsvertrags durch den Arbeitgeber iS dieser Vorschrift angesehen werden könnte, wenn sie zu einer wesentlichen Änderung der Arbeitsbedingungen zum Nachteil des Betroffenen führt.

(53) Somit ist auf die vom vorlegenden Gericht gestellte Frage zu antworten, dass Art 1 Abs 1 Buchst a und b der RL 2001/23 dahin auszulegen ist, dass diese Vorschrift auch dann angewandt werden kann, wenn der übertragene Unternehmens- oder Betriebsteil seine organisatorische Selbständigkeit nicht bewahrt, sofern die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehalten wird und sie es dem Erwerber erlaubt, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen; es ist Sache des vorlegenden Gerichts, das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu prüfen.

Anmerkung

1. Rechtsnormen und ihre (mögliche) Umgehung

Die vorliegende E zeigt deutlich (vor allem in ihren Rn 9 und 41) wie unbedeutend für die EU-Gerichtbarkeit der Wortlaut gegenüber den Zielen einer RL ist. Die politisch beabsichtigte Eingrenzung

des Betriebs(teil)übergangs-Tatbestands im Gefolge der *Christel-Schmidt-E* durch die seit 1998 eingefügte lit b in Art 1 Abs 1 Betriebsübergangs-RL (BÜ-RL) scheint (wieder einmal) ins Leere zu laufen. Diese Bemühungen um eine Begriffspräzisierung waren allerdings schon durch die mit der RLen-Novelle ergänzte Präambel konterkariert worden (Erwägungsgrund 8): „Durch diese Klärung wurde der Anwendungsbereich der Richtlinie 77/187/EG gemäß der Auslegung durch den Gerichtshof nicht geändert.“

Art 1 der BÜ-RL bzw § 3 Abs 1 AVRAG kann nur dann effizient sein, wenn Umgehungsabsichten ebenso wie unbeabsichtigte Verhinderungspotentiale der Rechtsfolgeanordnung „ex lege-Übergang der Arbeitsverhältnisse“ weitgehend beseitigt werden. Und zwar für Sachverhalte der europäischen Integration, wie sie die Präambel der BÜ-RL recht eindeutig vor Augen hat und folglich unbestimmt „erwägt“ (2. Erwägungsgrund): „Die wirtschaftliche Entwicklung führt auf einzelstaatlicher und gemeinschaftlicher Ebene zu Änderungen in den Unternehmensstrukturen, die sich unter anderem aus dem Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber [...] ergeben.“ Allein die Grenze zwischen Umgehung und „nicht tatbestandsmäßig“ ist eine fließende.

Der EuGH hat sie mit der vorliegenden Beantwortung wohl noch nicht überschritten und im Übrigen den Fall noch nicht gelöst. Er hat jedoch an das Vorlagegericht Prüfaufgaben zurückgespielt, die vermutlich eine tief schürfende Beweiserhebung (unter Beiziehung einschlägiger technischer Gutachter) erforderlich machen werden. Die Feststellung der Ermöglichung (und auch der tatsächlichen Ausübung?) der Tätigkeitsfortsetzung durch den Erwerber innerhalb seiner anders strukturierten Organisation – unter dem Aspekt, dass er in den betreffenden Organisationseinheiten auch andere Produkte herstellt als der Veräußerer (siehe Rn 16) – dürfte einigen Aufwand mit sich bringen.

Kernaufgabe für das Vorlagegericht wird nun die Prüfung sein, ob „die Beibehaltung der funktionellen Verknüpfung der Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung“ zwischen den übernommenen Produktionsfaktoren beim Erwerber weiterhin gegeben ist. Die „Dauer einer etwaigen Unterbrechung“, die für die Zuordnung der übernommenen Abteilungsaufgaben in die Aufbau- und Ablauforganisation des Erwerbers möglicherweise notwendig sein wird, bei größerer Länge jedoch gegen einen Betriebsteilübergang spräche, bleibt (weil nicht gefragt) unbeantwortet. Ob der „Europäischen Sache“ mit derartigen Tatsachen- und Rechtsunsicherheiten geholfen ist, bleibt zu bezweifeln.

Jedenfalls hat das Höchstgericht der EU eines der sechs „Spijkers-Kriterien“ (nach der Rs 24/85, die auch in der Rn 40 oben erwähnt wird; vgl weiters zB OGH 17.11.1999, 9 ObA 213/99k [*Wagnest*]; *Schima*, Umgründungen im Arbeitsrecht [2004] 19), nämlich jenes der „Fortführung der wirtschaftlichen Einheit mit zumindest ähnlicher Geschäftstätigkeit“, präzisiert und klargestellt: Die betriebswirtschaftlich-technische Ermöglichung ihrer Fortführung wiegt schwerer als die strukturelle Beibehaltung der wirtschaftlichen Einheit. In Abwandlung eines bekannten Design-Prinzips (*form follows function*) könnte man hier formulieren, dass die Funktion die Form schlägt.

2. Zum Tatbestand des Betriebsübergangs und der Auslegungsmethode des EuGH

Der historische Ursprung der BÜ-RL liegt im AKZO-Fall des Jahres 1973 (siehe Kürner, Die Entwicklung der Betriebsübergangsregelung in Österreich, in *Jabornegg/Resch (Hrsg), Betriebsübergang* [1999]): Die betriebswirtschaftlich nachvollziehbare Vorgangsweise, Arbeitsverhältnisse bevorzugt in jenen Staaten aufzulösen, in denen die Auflösungskosten geringer sind, hätte die Sozialpolitiker einzelner Mitgliedstaaten möglicherweise veranlasst, die Beendigungskosten „hinauf zu lizitieren“. Dem widerspricht eine vorgeblich „soziale“ Rechtsvereinheitlichung. Primär standen somit nicht soziale Schutzüberlegungen, sondern solche zur Funktionalität der vier Grundfreiheiten unter nichtharmonisiertem Arbeitsrecht, an der Wiege der BÜ-RL.

Art 1 Abs 1 lit b ist nicht Teil des Ursprungstextes der BÜ-RL (1977), sondern wurde nach jahrelangen Diskussionen um die „Christel-Schmidt-E“ („Wird nun jede Form von Outsourcing zum Betriebsübergang?“) als kompromissgetragene Formulierung 1998 eingefügt und in der „Wiederverlautbarung“ (der EuGH spricht von „Kodifikation“) 2001 belassen. Die Formulierung „*einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen [...] Tätigkeit*“ sollte zum Anlassfall *Schmidt* – der allerdings zwischenzeitlich durch die ebenfalls den Reinigungsbereich betreffende *Süzen-E* (1997) „bereinigt“ worden war – klarstellen, dass die Übernahme von Reinigungsaufgaben ohne Übernahme von Reinigungsgeräten und -material nicht tatbestandsmäßig ist. Diese Novelle führte jedoch nicht zum gewünschten Erfolg, wie man der lakonischen Bemerkung des Gerichts in Rn 9 entnehmen kann.

Im Gegenteil, nun schlägt die Divergenz zwischen dem Ursprungstext der lit a („Übergang von Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber“) und dem Wortlaut der lit b quasi zu Ungunsten von Veräußerer und/oder Erwerber aus, obwohl grammatisch beurteilt in den Buchst a) und b) nicht alternative, sondern kumulative und präzisierende Tatbestandselemente festgeschrieben sind (arg: „*Vorbehaltlich*“, im englischen Text „*subject to*“ [auch: „bezogen auf“] – was auch die sprachlichen Unschärfen eines RLen-Textes bewusst macht). Wie im 41. Erwägungsgrund festgehalten, müsse die jüngere lit b) eng ausgelegt werden. Gemeint ist damit „eng“ iS von „*weitem Begriffsverständnis*“: Um das Schutzprinzip, wonach möglichst alle Fortführungs-Vorgänge ein Übergang sein sollen, nicht zu beschränken, muss der Begriff der Identitätswahrung funktionell und nicht formell verstanden werden. Die beiden in lit b vorgesehenen Elemente (gemeint wohl: „*wirtschaftliche Einheit*“ und „*organisierte Zusammenfassung von Ressourcen*“) machten zusammengenommen die Identität aus – diese sei also nicht nur auf die wirtschaftliche Einheit bezogen.

Dieses primär zweckorientierte Begriffsverständnis geht mE aus der 41., 43. und 46. Rn der vorliegenden E deutlich hervor: Nur auf diese Weise könne dem Rechtsanwendungsprinzip des *effet utile* gegen die Gestaltungs- oder Umgehungsmacht eines Unterneh-

mers (aufgrund seiner Eigentums- und Erwerbsfreiheit) Geltung verschafft werden. Faktum bleibt aber, dass der RLen-Wortlaut von „*einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit*“ verkehrt wird: Was am Ende herauskommt, muss nicht gleich bleiben („*Identität wahren*“), sondern nur gleich funktionieren („*Funktionalität wahren*“).

Ob auch ohne Übernahme von vier Abteilungsmitarbeitern der Tatbestand erfüllt wäre, bleibt unbeantwortet.

3. Betriebsratsbeibehaltung als Indiz? (Wieder einmal: definiert die Rechtsfolge den Tatbestand?)

Krejci (vgl. Betriebsübergang – Grundfragen des § 3 AVRAG [1996] 38 f; ASoK 1997, 98) kommentierte die *Christel-Schmidt-E* angeblich mit den Worten: „*Weil C. Schmidt übernommen wurde, musste sie übernommen werden.*“ Der EuGH wandelt dieses Diktum in folgendes Orakel ab (man lese [nochmals] Rn 50): Es werde durch die Unterabs 1 und 4 des Art 6 Abs 1 BÜ-RL bestätigt, dass diese RL nach der Vorstellung des Gemeinschaftsgesetzgebers auf jeden Übergang anwendbar sein soll, unabhängig von der Beibehaltung der Selbständigkeit der wirtschaftlichen Einheit beim Erwerber. Das ist wohl ein Zirkelschluss, denn Art 6 ordnet bloß Rechtsfolgen für die ArbeitnehmerInnen-(AN-)vertreter (-vertretungen) an und unterscheidet zwischen Beibehaltung und Nichtbeibehaltung der Selbständigkeit ohne dies jedoch zu definieren. Für die Frage, ob trotz „*Zerlegens*“ von Abteilungen noch von einer Beibehaltung der Selbständigkeit gesprochen werden kann, liefert diese Rechtsnorm somit keinen Anhaltspunkt und sie gibt dem Rechtsanwender auch keinerlei Kriterien, ab wann von Identitätsverlust auszugehen ist.

Dass die Beurteilung nach nationalem Recht (in Österreich wäre im vorliegenden Fall die Unterscheidung zwischen Betriebsuntergang durch Aufnahme iS von § 62 Z 1 ArbVG und Zusammenlegung zu einem Neubetrieb gem § 62c ArbVG von Interesse, denn eine „*Ausgliederung*“ oder „*Verselbständigung*“ iSd § 62b liegt keinesfalls vor) für die Entscheidung pro oder contra Identitätswahrung relevant sein soll, kann der EuGH kaum gemeint haben. Oder doch? Sollte der Betrieb, in dem der Kläger (KI) beim Veräußerer ET beschäftigt war, beim Erwerber Ferrotron betrieblich „*unselbständig*“ eingegliedert (aufgesaugt) werden, wäre damit ein Identitätsverlust zu konstatieren? In Anbetracht der eigenständigen Betriebsteil- und Übergangsauslegung des EuGH kann nicht angenommen werden, dass die deutsche Regelung des Schicksals von Betriebsräten nach Betriebs(teil)übergängen für die Bestimmung von Identitätsbeibehaltung oder -verlust maßgeblich sein könnte (vgl. zur Unmaßgeblichkeit von § 34 ArbVG *Kindel*, Betriebsübergang als Anwendungsproblem, *ecolex* 2002, 756).

4. Zur Rechtsfolge „Auflösung des Arbeitsverhältnisses wegen wesentlicher Verschlechterung der Arbeitsbedingungen“

Der KI Klarenberg war vom Erwerber Ferrotron nicht übernommen worden. Angesichts des Unter-

gangs seines Alt-Arbeitgebers (ET verfiel nach den Übertragungsvorgängen in Konkurs) stellte er das Begehren, als Abteilungsleiter weiterbeschäftigt zu werden; hilfsweise beantragte er die Feststellung, dass ein Arbeitsverhältnis zu Ferrotron bestehe.

Wohl wissend, dass gem Art 4 Abs 1 der BÜ-RL (technische oder organisatorische Änderungen beim Erwerber) eine (sofortige) Kündigung des übernommenen Arbeitsverhältnisses dem Erwerber unbenommen bliebe, tendiert der EuGH zur Rechtsfolge des Art 4 Abs 2 BÜ-RL. Dieser RLen-Vorschrift entspricht § 3 Abs 5 AVRAG jedoch nur zum Teil. Hat also Österreich die Vorschrift des Art 4 Abs 2 BÜ-RL mangelhaft umgesetzt, indem nur der Tatbestand der kollektivvertrags- oder betriebsvereinbarungsbegründeten Verschlechterung, nicht aber jener der „Nichtübernahme“ das „privilegierte“ (*Schima*, aaO 151) bzw „außerordentliche“ (*Binder*, AVRAG [2001] 169) Kündigungsrecht des AN auslöst?

4.1. Muss auch eine Funktion(sbezeichnung) übernommen werden?

In den Rn 51 und 52 (iVm dem Klagebegehren laut Rn 18) deutet der EuGH an, dass der Kl Klarenberg nicht nur Anspruch auf Zuweisung eines Arbeitsplatzes hat, der demjenigen entspricht, den er beim Veräußerer hatte. Es müsse wohl auch ein Arbeitsplatz „als Abteilungsleiter“ sein.

Dies erscheint unter österr Spruchpraxis, etwa zur Versetzungsmithilfe, überzogen. Auf Funktionsbe-

zeichnungen besteht demnach nur in Ausnahmefällen, etwa im Fall einer qualifizierten, unwiderruflichen Vereinbarung, ein Rechtsanspruch. Ob die Worte des EuGH diesbezüglich gleich auf die Goldwaage gelegt werden sollten, ist mE zu bezweifeln.

5. Schlussbemerkung

Der EuGH hat großteils Fragen und Prüfaufträge an das vorlegende Gericht zurückgegeben und im Anlassfall noch nichts endgültig beantwortet. Er hat jedoch sein prinzipielles Verständnis eines Betriebsübergangs vertieft und einmal mehr sein diesbezügliches Wertungsprinzip aufgezeigt: Die Arbeitsverhältnisse stehen in enger Beziehung zu („kleben an“) den materiellen oder immateriellen Produktionsmitteln. Werden diese, ganz gleich in welcher Organisationsstruktur, weiterhin genutzt, wird auch der Betriebsmittel-Arbeitsplatz-Bezug nicht durchbrochen.

Dass aus einer „ihre Identität währenden wirtschaftlichen Einheit“ ein „seine Identität währendes wirtschaftliches Ergebnis“ wird, ist aber letztlich nur unter Berücksichtigung des Selbstverständnisses einer „Herrschaft der Richter im Recht ohne Staat“ (*Pernthaler*, JBI 2000, 691) nachvollziehbar.

HANNES SCHNELLER (WIEN)

Personalia

Zum 70. Geburtstag von Karl Spielbüchler

„Vom Bezirksrichter im Mühlviertel zu einem der maßgebenden und profiliertesten Mitglieder des VfGH“, „Richterpersönlichkeit und Wissenschaftler: Karl Spielbüchler [...] vereint beides in vorzüglicher Weise“: So sind die Laudationes von *Cerny/Floretta/Strasser* eingeleitet, die in dieser Zeitschrift zum 60. (DRdA 1999, 425) bzw zum 65. Geburtstag (DRdA 2004, 494) des Jubilars erschienen sind. Es ist für mich eine schwierige Aufgabe, zum bevorstehenden 70. Geburtstag des em. Univ.-Prof. *Karl Spielbüchler* am 27.9.2009 noch etwas nachzutragen, das noch nicht gesagt worden ist. Selbst der Hinweis auf seinen Geburtsort Bad Ischl und auf seine Ansässigkeit in der Gosau, in der er seit seiner Emeritierung an der Universität Linz ständig lebt, fehlt nirgends, einer Landschaft, mit der er verbunden ist wie mit keinem anderen Ort. Ich würde sogar so weit gehen zu sagen, dass man mit „der Gosau“ bei *Spielbüchler* auch eine bestimmte Haltung kennzeichnen kann, die den erdverbundenen Intellektuellen, der dem humboldtschen Bildungsideal ebenso nahe ist wie der Einfachheit des Landlebens, kennzeichnet. Überspitzt formuliert: Was sich in der Gosau als gut und richtig erwiesen hat, kann in Linz (Wien oder anderswo) nicht ganz falsch sein. Und die Erfahrung scheint dies häufiger zu bestätigen als zu widerlegen.

Spielbüchler entstammt einer sozialdemokratischen Familie: Sein Vater – politisch Verfolgter des Ständestaates – war 1945 Bürgermeister von Gosau, wurde im selben Jahr Abgeordneter zum Nationalrat und gehörte den beiden Häusern des Parlaments nahezu 25 Jahre ununterbrochen an. Sein Sohn, unser Jubilar, ursprünglich dem Richteramt zugeneigt, hat sich von *Rudolf Strasser*, einem Rattenfänger juristischer Talente, zur Wissenschaft und zur Übersiedlung an die Universität (damals noch Hochschule) Linz überreden lassen, um sich dort schon mit 31 Jahren für bürgerliches Recht und Arbeitsrecht zu habilitieren. Seine Habilitationsschrift „Der Dritte im Schuldverhältnis (über den Zusammenhang von Schuld- und Sachenrecht)“ deutet schon auf einen Schwerpunkt seiner wissenschaftlichen Interessen neben dem Arbeitsrecht, nämlich das Sachenrecht, hin. Auch „der Dritte“ ließ ihn nicht los, wie seine Kommentierung der Anweisung in *Klang*³ zeigt. Seine Treue zum Arbeitsrecht hält er nicht nur durch seine Publikationen, allen voran das Lehrbuch über Individualarbeitsrecht, das wohl als bislang in seiner Kombination von Prägnanz, Kürze und wissenschaftlicher Tiefe unerreichtes Standardwerk auf diesem Gebiet gelten kann: Er ist seit Anbeginn Mitglied und in der Nachfolge *Hans*