

# TE OGH 2008/3/3 90bA73/07m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.03.2008

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Dr. Hopf sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Rolf Gleißner und Mag. Michael Zawodsky als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Gerald H\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Hans Teuchtmann, Rechtsanwalt in Linz, gegen die beklagten Parteien 1. ÖBB-Infrastruktur Bau AG, Elisabethstraße 9, 1010 Wien, 2. Rail Cargo Austria AG, Elisabethstraße 9, 1010 Wien, beide vertreten durch die Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte KEG in Wien, wegen Feststellungen hinsichtlich der erst- und zweitbeklagten Partei (Streitwert je 11.000 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 20. Dezember 2006, GZ 7 Ra 129/06a-18, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 13. Jänner 2006, GZ 6 Cga 16/05y-11, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien je die Hälfte der mit 1.308,38 EUR (darin 218,06 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht verneinte zutreffend die Berechtigung der Klagebegehren des Klägers. Der Oberste Gerichtshof kann sich gemäß § 510 Abs 3 Satz 1 ZPO in der Ausfertigung der Entscheidung bei der Wiedergabe des Parteivorbringens und der tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen auf das beschränken, was zum Verständnis seiner Rechtsausführungen erforderlich ist. Das Berufungsgericht verneinte zutreffend die Berechtigung der Klagebegehren des Klägers. Der Oberste Gerichtshof kann sich gemäß Paragraph 510, Absatz 3, Satz 1 ZPO in der Ausfertigung der Entscheidung bei der Wiedergabe des Parteivorbringens und der tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen auf das beschränken, was zum Verständnis seiner Rechtsausführungen erforderlich ist.

Der Kläger war ab 23. 3. 1981 bei den Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) beschäftigt. Der Teilbetrieb „Güterverkehr“, in dem er unstrittig tätig war, wurde von den ÖBB, die nach den Abspaltungen von Teilbetrieben in die Erstbeklagte umbenannt wurde, auf die Zweitbeklagte zur Aufnahme abgespalten. Mit Schreiben vom 21. 12. 2004 wurde der Kläger vom Dienstgeberwechsel von der Erstbeklagten auf die Zweitbeklagte verständigt. Gleichzeitig wurde er darauf hingewiesen, dass mit dem 1. 1. 2005 die auf der Grundlage der mit 1. 5. 2004 in Kraft getretenen Vereinbarung zwischen dem Vorstand der ÖBB und dem Betriebsrat vom 30. 4. 2004 geänderten Vertragsschablonen

gelten. Mit Übernahme- und Abspaltungsvertrag vom 15. 3. 2005 gingen die dem Teilbetrieb Güterverkehr zugeordneten Mitarbeiter sowie die materiellen und immateriellen Betriebsmittel von der Erstbeklagten auf die Zweitbeklagte über.

Der Kläger begehrt mit der vorliegenden Klage gegenüber der Erstbeklagten die Feststellung, dass das Dienstverhältnis entgegen dem erklärten Betriebsübergang zum 1. 1. 2005 weiterhin aufrecht sei. Weiters begehrt er gegenüber der Zweitbeklagten die Feststellung, dass entgegen dem erklärten Betriebsübergang zum 1. 1. 2005 kein Dienstverhältnis aufrecht sei. Hilfsweise möge zwischen ihm und der Zweitbeklagten festgestellt werden, dass eine wesentliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Abs 6 AVRAG vorliege. Der Kläger macht geltend, dass kein Betriebsteilübergang gemäß § 3 Abs 1 AVRAG auf die Zweitbeklagte erfolgt sei, weshalb er nach wie vor bei der Erstbeklagten beschäftigt sei. Auf die Zweitbeklagte sei nur eine Funktion übergegangen. Es habe sich lediglich um eine gesetzliche Anordnung gehandelt. Tatsächlich verfolge die Zweitbeklagte keine wirtschaftliche Tätigkeit. Der Zweitbeklagten sei kein Vermögen übertragen worden. Sie sei daher nicht überlebensfähig und massiv insolvenzgefährdet. Die gesetzliche Anordnung des Betriebsübergangs sei willkürlich und ohne Begründung erfolgt. Der Bund verfolge mit dem Bundesbahnstrukturgesetz nur den Zweck, sich der Dienstnehmer zu entledigen. Durch die aufgrund der Vereinbarung zwischen dem Vorstand der Erstbeklagten und dem Betriebsrat getroffene Vereinbarung vom 30. 4. 2004 komme es zu wesentlichen Verschlechterungen bei den individuellen Arbeitsbedingungen (zB Triennalsprung statt Biennalsprung). Der Kläger erkläre aus prozessualer Vorsicht gegen den Betriebsübergang Widerspruch gemäß § 3 Abs 4 AVRAG und stütze sich auch auf ein „allgemeines Widerspruchsrecht“. Die Begründetheit des gegenüber der Zweitbeklagten erhobenen Eventualbegehrens ergebe sich aus § 3 Abs 6 AVRAG. Abgesehen von der „völlig willkürlichen“ und „denklogisch unzulässigen“ Konstruktion des Bundesbahnstrukturgesetzes sei auch nicht nachvollziehbar, welchen Umfang die Kompetenzen und Tätigkeiten der abgespaltenen Gesellschaften haben. Das Bundesbahnstrukturgesetz werde daher vom Verfassungsgerichtshof aufzuheben sein. Der Kläger begehrt mit der vorliegenden Klage gegenüber der Erstbeklagten die Feststellung, dass das Dienstverhältnis entgegen dem erklärten Betriebsübergang zum 1. 1. 2005 weiterhin aufrecht sei. Weiters begehrt er gegenüber der Zweitbeklagten die Feststellung, dass entgegen dem erklärten Betriebsübergang zum 1. 1. 2005 kein Dienstverhältnis aufrecht sei. Hilfsweise möge zwischen ihm und der Zweitbeklagten festgestellt werden, dass eine wesentliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen gemäß Paragraph 3, Absatz 6, AVRAG vorliege. Der Kläger macht geltend, dass kein Betriebsteilübergang gemäß Paragraph 3, Absatz eins, AVRAG auf die Zweitbeklagte erfolgt sei, weshalb er nach wie vor bei der Erstbeklagten beschäftigt sei. Auf die Zweitbeklagte sei nur eine Funktion übergegangen. Es habe sich lediglich um eine gesetzliche Anordnung gehandelt. Tatsächlich verfolge die Zweitbeklagte keine wirtschaftliche Tätigkeit. Der Zweitbeklagten sei kein Vermögen übertragen worden. Sie sei daher nicht überlebensfähig und massiv insolvenzgefährdet. Die gesetzliche Anordnung des Betriebsübergangs sei willkürlich und ohne Begründung erfolgt. Der Bund verfolge mit dem Bundesbahnstrukturgesetz nur den Zweck, sich der Dienstnehmer zu entledigen. Durch die aufgrund der Vereinbarung zwischen dem Vorstand der Erstbeklagten und dem Betriebsrat getroffene Vereinbarung vom 30. 4. 2004 komme es zu wesentlichen Verschlechterungen bei den individuellen Arbeitsbedingungen (zB Triennalsprung statt Biennalsprung). Der Kläger erkläre aus prozessualer Vorsicht gegen den Betriebsübergang Widerspruch gemäß Paragraph 3, Absatz 4, AVRAG und stütze sich auch auf ein „allgemeines Widerspruchsrecht“. Die Begründetheit des gegenüber der Zweitbeklagten erhobenen Eventualbegehrens ergebe sich aus Paragraph 3, Absatz 6, AVRAG. Abgesehen von der „völlig willkürlichen“ und „denklogisch unzulässigen“ Konstruktion des Bundesbahnstrukturgesetzes sei auch nicht nachvollziehbar, welchen Umfang die Kompetenzen und Tätigkeiten der abgespaltenen Gesellschaften haben. Das Bundesbahnstrukturgesetz werde daher vom Verfassungsgerichtshof aufzuheben sein.

Die Beklagten bestreiten das Klagevorbringen, beantragen die Abweisung der Klagebegehren und wenden ein, dass die Zweitbeklagte keineswegs unterkapitalisiert sei. Der Kläger ignoriere, dass die im Bundesbahngesetz idF des Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 vorgesehenen Abspaltungen verschiedener Geschäftsbereiche zum Stichtag 31. 12. 2004 mit Übernahme- und Spaltungsverträgen umgesetzt worden seien. Die Abspaltung von Betriebsteilen habe einen Betriebsteilübergang iSd AVRAG ausgelöst. Die vom Kläger beanstandeten Änderungen seien nicht durch diesen Übergang bedingt. Die Dienstrechtsänderungen seien vielmehr bereits vorher erfolgt. Es könne sich daher nicht um Verschlechterungen handeln, die von § 3 Abs 6 AVRAG erfasst seien. Das AVRAG sichere nur den bisherigen Besitzstand. Der Kläger nehme die Arbeitsbedingungen aus dem Dienstverhältnis zur Erstbeklagten im Zuge des Dienstgeberwechsels zur Zweitbeklagten mit. Die Voraussetzungen für einen Widerspruch gemäß § 3 Abs 4 AVRAG

lügen nicht vor. Ein allgemeines Widerspruchsrecht bestehe nicht. Die behauptete Verfassungswidrigkeit des Bundesbahnstrukturgesetzes sei nicht gegeben. Die Beklagten bestreiten das Klagevorbringen, beantragen die Abweisung der Klagebegehren und wenden ein, dass die Zweitbeklagte keineswegs unterkapitalisiert sei. Der Kläger ignoriere, dass die im Bundesbahngesetz in der Fassung des Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 vorgesehenen Abspaltungen verschiedener Geschäftsbereiche zum Stichtag 31. 12. 2004 mit Übernahme- und Spaltungsverträgen umgesetzt worden seien. Die Abspaltung von Betriebsteilen habe einen Betriebsteilübergang iSd AVRAG ausgelöst. Die vom Kläger beanstandeten Änderungen seien nicht durch diesen Übergang bedingt. Die Dienstrechtsänderungen seien vielmehr bereits vorher erfolgt. Es könne sich daher nicht um Verschlechterungen handeln, die von Paragraph 3, Absatz 6, AVRAG erfasst seien. Das AVRAG sichere nur den bisherigen Besitzstand. Der Kläger nehme die Arbeitsbedingungen aus dem Dienstverhältnis zur Erstbeklagten im Zuge des Dienstgeberwechsels zur Zweitbeklagten mit. Die Voraussetzungen für einen Widerspruch gemäß Paragraph 3, Absatz 4, AVRAG lägen nicht vor. Ein allgemeines Widerspruchsrecht bestehe nicht. Die behauptete Verfassungswidrigkeit des Bundesbahnstrukturgesetzes sei nicht gegeben.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren unter Zugrundelegung der getroffenen Feststellungen ab. Es habe sich im vorliegenden Fall nicht bloß um eine Funktionsnachfolge, sondern infolge Abspaltung um einen Betriebsteilübergang iSd § 3 Abs 1 AVRAG gehandelt. Der Kläger stehe seit dem 1. 1. 2005 nur mehr in einem Dienstverhältnis zur Zweitbeklagten. Seine Hauptbegehren seien daher abzuweisen. Da alle Änderungen des Dienstrechts bereits vor der Abspaltung erfolgt seien, seien diese auch nicht durch den Betriebsteilübergang bedingt. Die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Widerspruch gegen den Übergang nach § 3 Abs 4 AVRAG lägen nicht vor. Das Erstgericht wies das Klagebegehren unter Zugrundelegung der getroffenen Feststellungen ab. Es habe sich im vorliegenden Fall nicht bloß um eine Funktionsnachfolge, sondern infolge Abspaltung um einen Betriebsteilübergang iSd Paragraph 3, Absatz eins, AVRAG gehandelt. Der Kläger stehe seit dem 1. 1. 2005 nur mehr in einem Dienstverhältnis zur Zweitbeklagten. Seine Hauptbegehren seien daher abzuweisen. Da alle Änderungen des Dienstrechts bereits vor der Abspaltung erfolgt seien, seien diese auch nicht durch den Betriebsteilübergang bedingt. Die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Widerspruch gegen den Übergang nach Paragraph 3, Absatz 4, AVRAG lägen nicht vor.

Das Berufungsgericht verwarf die vom Kläger gemäß § 477 Abs 1 Z 9 ZPO gerügte Nichtigkeit des Ersturteils, verneinte das Vorliegen der vom Kläger behaupteten Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens und Aktenwidrigkeit und übernahm die erstgerichtlichen Feststellungen als Ergebnis einer unbedenklichen Beweiswürdigung. Es ließ die ordentliche Revision mit der Begründung zu, dass vom Obersten Gerichtshof zur Zulässigkeit eines allgemeinen Widerspruchsrechts des Arbeitnehmers gegen einen Betriebsübergang nach § 3 AVRAG bisher nur vereinzelt Stellung genommen worden sei. Für die Annahme des Klägers, es liege kein Betriebsübergang vor, bleibe aufgrund der erfolgten Abspaltung iVm § 3 Abs 1 AVRAG kein Raum. Von einer Unterkapitalisierung der Zweitbeklagten könne keine Rede sein. Sie verfüge laut Firmenbuch aufgrund von Kapitalerhöhungen nach dem Bundesbahngesetz über ein Grundkapital von 190 Millionen EUR. Widerspruchsgründe nach § 3 Abs 4 AVRAG seien vom Kläger nicht dargetan worden. Welche konkreten rechtlichen Nachteile für den Kläger nicht angefallen wären, wenn er weiterhin zum Personalstand der Erstbeklagten gehören würde, sei dem Klagevorbringen nicht zu entnehmen. Änderungen der Arbeitsbedingungen, die auch die bei der Erstbeklagten verbliebenen Arbeitnehmer betreffen, seien für die Frage des Widerspruchs unbeachtlich. Im Übrigen habe der Kläger seinen Widerspruch erst zu einem Zeitpunkt erklärt, als er bereits Arbeitnehmer der Zweitbeklagten gewesen sei. Das Modell der in § 3 Abs 4 AVRAG unter Umständen auch rückwirkend vorgesehenen Unwirksamkeit des Übergangs könne auf die Behauptung, die Zweitbeklagte wäre wirtschaftlich nicht lebensfähig, und ein darauf gestütztes allgemeines Widerspruchsrecht nicht angewendet werden. Die Zweitbeklagte sei nämlich weder zu einer Äußerung über ihre mögliche künftige Insolvenz verpflichtet gewesen, noch habe der Kläger eine darauf gerichtete Fristsetzung behauptet. Schließlich sei auch das Eventualbegehren des Klägers gegen die Zweitbeklagte unberechtigt. Es könnten nämlich nur solche kollektivvertraglichen oder in Betriebsvereinbarungen vorgesehenen Änderungen maßgeblich sein, die ohne den Betriebsübergang bei Fortsetzung des Dienstverhältnisses mit dem Veräußerer nicht eingetreten wären. Solche Änderungen würden aber vom Kläger nicht geltend gemacht. Das Berufungsgericht verwarf die vom Kläger gemäß Paragraph 477, Absatz eins, Ziffer 9, ZPO gerügte Nichtigkeit des Ersturteils, verneinte das Vorliegen der vom Kläger behaupteten Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens und Aktenwidrigkeit und übernahm die erstgerichtlichen Feststellungen als Ergebnis einer unbedenklichen Beweiswürdigung. Es ließ die ordentliche Revision mit der Begründung zu, dass vom Obersten Gerichtshof zur Zulässigkeit eines allgemeinen Widerspruchsrechts des Arbeitnehmers gegen einen Betriebsübergang

nach Paragraph 3, AVRAG bisher nur vereinzelt Stellung genommen worden sei. Für die Annahme des Klägers, es liege kein Betriebsübergang vor, bleibe aufgrund der erfolgten Abspaltung in Verbindung mit Paragraph 3, Absatz eins, AVRAG kein Raum. Von einer Unterkapitalisierung der Zweitbeklagten könne keine Rede sein. Sie verfüge laut Firmenbuch aufgrund von Kapitalerhöhungen nach dem Bundesbahngesetz über ein Grundkapital von 190 Millionen EUR. Widerspruchsgründe nach Paragraph 3, Absatz 4, AVRAG seien vom Kläger nicht dargetan worden. Welche konkreten rechtlichen Nachteile für den Kläger nicht angefallen wären, wenn er weiterhin zum Personalstand der Erstbeklagten gehören würde, sei dem Klagevorbringen nicht zu entnehmen. Änderungen der Arbeitsbedingungen, die auch die bei der Erstbeklagten verbliebenen Arbeitnehmer betreffen, seien für die Frage des Widerspruchs unbeachtlich. Im Übrigen habe der Kläger seinen Widerspruch erst zu einem Zeitpunkt erklärt, als er bereits Arbeitnehmer der Zweitbeklagten gewesen sei. Das Modell der in Paragraph 3, Absatz 4, AVRAG unter Umständen auch rückwirkend vorgesehenen Unwirksamkeit des Übergangs könne auf die Behauptung, die Zweitbeklagte wäre wirtschaftlich nicht lebensfähig, und ein darauf gestütztes allgemeines Widerspruchsrecht nicht angewendet werden. Die Zweitbeklagte sei nämlich weder zu einer Äußerung über ihre mögliche künftige Insolvenz verpflichtet gewesen, noch habe der Kläger eine darauf gerichtete Fristsetzung behauptet. Schließlich sei auch das Eventualbegehren des Klägers gegen die Zweitbeklagte unberechtigt. Es könnten nämlich nur solche kollektivvertraglichen oder in Betriebsvereinbarungen vorgesehenen Änderungen maßgeblich sein, die ohne den Betriebsübergang bei Fortsetzung des Dienstverhältnisses mit dem Veräußerer nicht eingetreten wären. Solche Änderungen würden aber vom Kläger nicht geltend gemacht.

Gegen die Berufungsentscheidung richtet sich die Revision des Klägers wegen Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens, Aktenwidrigkeit und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung iSd Klagestattgebung abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig; sie ist jedoch nicht berechtigt.

Das Vorbringen des Revisionswerbers zur Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens (§ 503 Z 2 ZPO) und Aktenwidrigkeit (§ 503 Z 3 ZPO) wurde vom Obersten Gerichtshof geprüft, ist jedoch unbegründet. Diese Beurteilung bedarf gemäß § 510 Abs 3 Satz 3 ZPO keiner Begründung. Soweit sich der Kläger neuerlich auf Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens stützt, ist er darauf zu verweisen, dass angebliche Mängel des Verfahrens erster Instanz, die bereits vom Berufungsgericht verneint wurden, nicht in der Revision geltend gemacht werden können (RIS-Justiz RS0042963 ua). Das Vorbringen des Revisionswerbers zur Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens (Paragraph 503, Ziffer 2, ZPO) und Aktenwidrigkeit (Paragraph 503, Ziffer 3, ZPO) wurde vom Obersten Gerichtshof geprüft, ist jedoch unbegründet. Diese Beurteilung bedarf gemäß Paragraph 510, Absatz 3, Satz 3 ZPO keiner Begründung. Soweit sich der Kläger neuerlich auf Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens stützt, ist er darauf zu verweisen, dass angebliche Mängel des Verfahrens erster Instanz, die bereits vom Berufungsgericht verneint wurden, nicht in der Revision geltend gemacht werden können (RIS-Justiz RS0042963 ua).

In rechtlicher Hinsicht sind zusammenfassend folgende Erwägungen zugrunde zu legen:

Die Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) waren seit 1. 1. 1993 gemäß § 1 Abs 1 Bundesbahngesetz (BBG), BGBl 1992/825, eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, auf die - soweit das BBG keine abweichenden Regelungen enthielt - die Bestimmungen des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) sinngemäß anzuwenden waren (s zur Vorgeschichte die RV 652 BlgNR 18. GP 9 f). Die Reform des BBG durch das Bundesbahnstrukturgesetz 2003, BGBl I 2003/138, war von der Erkenntnis und Absicht getragen, dass zur Stärkung des Wettbewerbs und zur Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Zugangs Dritter im Bereich des Schienenverkehrs die einschlägigen Vorgaben der Europäischen Union umzusetzen seien und dass der Finanzbedarf des „Gesamtsystems ÖBB“, der überwiegend durch den Bund getragen werde, durch Effizienzsteigerungen nachhaltig abzusenken sei. Dies erfordere - gepaart mit dem Reformdruck aus der Europäischen Union - nach dem ersten Reformschritt mit dem BBG 1992 weitere nachhaltige Schritte zur Umstrukturierung der ÖBB und zur Neustrukturierung der Finanzierung für die Schieneninfrastruktur (s RV 311 BlgNR 22. GP 1 ff zu den in den Gesetzesmaterialien ausführlich dargelegten Motiven der Neuregelung und Umstrukturierung). Die Anteile des Bundes an den ÖBB wurden gemäß § 2 BBG idF Bundesbahnstrukturgesetz 2003 in die mit einem Grundkapital von 1,9

Milliarden EUR gegründete ÖBB-Holding AG eingebracht. Gemäß § 4 Abs 1 Z 2 BBG war es deren sofortige Aufgabe, die Umstrukturierung der ÖBB auf der Grundlage des Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 vorzunehmen (RV 311 BlgNR 22. GP 8 f). Zur Durchführung dieser Umstrukturierung waren von der ÖBB-Holding AG bis 31. 5. 2004 verschiedene Gesellschaften zu gründen (s dazu Näheres im 3. Teil des BBG [§§ 5 ff]). Zu diesen Gesellschaften zählen etwa neben der ÖBB-Personenverkehr AG gemäß § 5 BBG auch die Zweitbeklagte (Rail Cargo Austria AG) gemäß § 9 BBG und die Erstbeklagte (ÖBB-Infrastruktur Bau AG) gemäß § 29 BBG. Die Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) waren seit 1. 1. 1993 gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Bundesbahngesetz (BBG), BGBl 1992/825, eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, auf die - soweit das BBG keine abweichenden Regelungen enthielt - die Bestimmungen des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) sinngemäß anzuwenden waren (s zur Vorgeschichte die Regierungsvorlage 652 BlgNR 18. Gesetzgebungsperiode 9 f). Die Reform des BBG durch das Bundesbahnstrukturgesetz 2003, BGBl römisch eins 2003/138, war von der Erkenntnis und Absicht getragen, dass zur Stärkung des Wettbewerbs und zur Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Zugangs Dritter im Bereich des Schienenverkehrs die einschlägigen Vorgaben der Europäischen Union umzusetzen seien und dass der Finanzbedarf des „Gesamtsystems ÖBB“, der überwiegend durch den Bund getragen werde, durch Effizienzsteigerungen nachhaltig abzusenken sei. Dies erfordere - gepaart mit dem Reformdruck aus der Europäischen Union - nach dem ersten Reformschritt mit dem BBG 1992 weitere nachhaltige Schritte zur Umstrukturierung der ÖBB und zur Neustrukturierung der Finanzierung für die Schieneninfrastruktur (s Regierungsvorlage 311 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 1 ff zu den in den Gesetzesmaterialien ausführlich dargelegten Motiven der Neuregelung und Umstrukturierung). Die Anteile des Bundes an den ÖBB wurden gemäß Paragraph 2, BBG in der Fassung Bundesbahnstrukturgesetz 2003 in die mit einem Grundkapital von 1,9 Milliarden EUR gegründete ÖBB-Holding AG eingebracht. Gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 2, BBG war es deren sofortige Aufgabe, die Umstrukturierung der ÖBB auf der Grundlage des Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 vorzunehmen Regierungsvorlage 311 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 8 f). Zur Durchführung dieser Umstrukturierung waren von der ÖBB-Holding AG bis 31. 5. 2004 verschiedene Gesellschaften zu gründen (s dazu Näheres im 3. Teil des BBG [§§ 5 ff]). Zu diesen Gesellschaften zählen etwa neben der ÖBB-Personenverkehr AG gemäß Paragraph 5, BBG auch die Zweitbeklagte (Rail Cargo Austria AG) gemäß Paragraph 9, BBG und die Erstbeklagte (ÖBB-Infrastruktur Bau AG) gemäß Paragraph 29, BBG.

Aufgabe der neu gegründeten Zweitbeklagten ist nach § 10 BBG insbesondere die Beförderung von Gütern, einschließlich der Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen, sowie die Herstellung und das Betreiben aller hierzu notwendigen Einrichtungen und die Besorgung aller damit zusammenhängenden oder dadurch veranlassten Geschäfte (zB der Erwerb von Beteiligungen) sowie vor allem das Führen eines öffentlichen Güterverkehrs aufgrund von Tarifen. Dazu kommt die allgemeine kaufmännische Aufgabenstellung im Güterbereich (RV 311 BlgNR 22. GP 9). Die Auffassung des Klägers, die Zweitbeklagte habe keine „eigene Zielsetzung“, ist nach dem BBG idF Bundesbahnstrukturgesetz 2003 unbegründet. Gemäß § 11 Abs 1 BBG war der Teilbetrieb Güterverkehr der ÖBB an die Zweitbeklagte im Wege der Gesamtrechtsnachfolge unter sinngemäßer Anwendung des Bundesgesetzes über die Spaltung von Kapitalgesellschaften (SpaltG), BGBl 1996/304, durch Abspaltung zur Aufnahme zu übertragen. Hiezu wurde am 15. 3. 2005 ein Spaltungs- und Übernahmevertrag abgeschlossen, worin gemäß § 11 Abs 1 BBG der Spaltungsstichtag mit dem 31. 12. 2004 festzulegen war. Am 16. 3. 2005 beschloss die Hauptversammlung der Zweitbeklagten die Abspaltung zur Aufnahme des Teilbetriebs Güterverkehr gemäß dem Spaltungs- und Übernahmevertrag. Diese Abspaltung wurde im Firmenbuch eingetragen (FN 248731g HG Wien). Das Grundkapital der ÖBB als übertragende Gesellschaft war um den Buchwert des übertragenen Teilbetriebs Güterverkehr herabzusetzen; das Grundkapital der Zweitbeklagten war im Gegenzug in einem angemessenen Verhältnis zum Buchwert des übernommenen Teilbetriebs Güterverkehr zu erhöhen; der verbleibende Wert war in die Kapitalrücklage einzustellen (§11 Abs 2 BBG). Die Erhöhung erfolgte mit Hauptversammlungsbeschluss vom 16. 3. 2005. Darin wurde das Grundkapital der Zweitbeklagten von ursprünglich 70.000 EUR (§ 9 Abs 1 BBG) auf 190,070.000 EUR angehoben. Die Aktien der Zweitbeklagten sind gemäß § 12 BBG der ÖBB-Holding AG zu 100 % vorbehalten. Die Umstrukturierungsmaßnahmen wurden gemäß § 41 BBG unabhängig von ihrer Eintragung in das Firmenbuch bereits mit Ablauf des 31. 12. 2004 rechtswirksam. Aufgabe der neu gegründeten Zweitbeklagten ist nach Paragraph 10, BBG insbesondere die Beförderung von Gütern, einschließlich der Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen, sowie die Herstellung und das Betreiben aller hierzu notwendigen Einrichtungen und die Besorgung aller damit zusammenhängenden oder dadurch veranlassten Geschäfte (zB der Erwerb von Beteiligungen) sowie vor allem das Führen eines öffentlichen Güterverkehrs aufgrund von Tarifen. Dazu kommt die allgemeine kaufmännische

Aufgabenstellung im Güterbereich Regierungsvorlage 311 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 9). Die Auffassung des Klägers, die Zweitbeklagte habe keine „eigene Zielsetzung“, ist nach dem BBG in der Fassung Bundesbahnstrukturgesetz 2003 unbegründet. Gemäß Paragraph 11, Absatz eins, BBG war der Teilbetrieb Güterverkehr der ÖBB an die Zweitbeklagte im Wege der Gesamtrechtsnachfolge unter sinngemäßer Anwendung des Bundesgesetzes über die Spaltung von Kapitalgesellschaften (SpaltG), BGBl 1996/304, durch Abspaltung zur Aufnahme zu übertragen. Hiezu wurde am 15. 3. 2005 ein Spaltungs- und Übernahmevertrag abgeschlossen, worin gemäß Paragraph 11, Absatz eins, BBG der Spaltungsstichtag mit dem 31. 12. 2004 festzulegen war. Am 16. 3. 2005 beschloss die Hauptversammlung der Zweitbeklagten die Abspaltung zur Aufnahme des Teilbetriebs Güterverkehr gemäß dem Spaltungs- und Übernahmevertrag. Diese Abspaltung wurde im Firmenbuch eingetragen (FN 248731g HG Wien). Das Grundkapital der ÖBB als übertragende Gesellschaft war um den Buchwert des übertragenen Teilbetriebs Güterverkehr herabzusetzen; das Grundkapital der Zweitbeklagten war im Gegenzug in einem angemessenen Verhältnis zum Buchwert des übernommenen Teilbetriebs Güterverkehr zu erhöhen; der verbleibende Wert war in die Kapitalrücklage einzustellen (§11 Absatz 2, BBG). Die Erhöhung erfolgte mit Hauptversammlungsbeschluss vom 16. 3. 2005. Darin wurde das Grundkapital der Zweitbeklagten von ursprünglich 70.000 EUR (Paragraph 9, Absatz eins, BBG) auf 190,070.000 EUR angehoben. Die Aktien der Zweitbeklagten sind gemäß Paragraph 12, BBG der ÖBB-Holding AG zu 100 % vorbehalten. Die Umstrukturierungsmaßnahmen wurden gemäß Paragraph 41, BBG unabhängig von ihrer Eintragung in das Firmenbuch bereits mit Ablauf des 31. 12. 2004 rechtswirksam.

Der Einwand des Klägers, dass die im Zuge der mehrstufigen Ausgliederung nach dem Bundesbahnstrukturgesetz 2003 errichtete Zweitbeklagte bei der Spaltung von Teilen der ÖBB zur Aufnahme kein Vermögen übertragen erhalten habe, ist im Hinblick auf die im BBG angeordnete Kapitalherabsetzung bei der Gesellschaft ÖBB und die spiegelbildliche Kapitalerhöhung bei der aufnehmenden Zweitbeklagten iVm dem vom Erstgericht festgestellten Übergang der materiellen und immateriellen Betriebsmittel unberechtigt (vgl 8 ObA 32/07z). Der Einwand des Klägers, dass die im Zuge der mehrstufigen Ausgliederung nach dem Bundesbahnstrukturgesetz 2003 errichtete Zweitbeklagte bei der Spaltung von Teilen der ÖBB zur Aufnahme kein Vermögen übertragen erhalten habe, ist im Hinblick auf die im BBG angeordnete Kapitalherabsetzung bei der Gesellschaft ÖBB und die spiegelbildliche Kapitalerhöhung bei der aufnehmenden Zweitbeklagten in Verbindung mit dem vom Erstgericht festgestellten Übergang der materiellen und immateriellen Betriebsmittel unberechtigt vergleiche 8 ObA 32/07z).

Auch die Erstbeklagte ging aus der Umstrukturierung der ÖBB hervor. Die nach den im 1. bis 5. und im 7. Hauptstück des 3. Teils des BBG angeordneten Spaltungsmaßnahmen mit dem Restvermögen ausgestattete Gesellschaft ÖBB wurde gemäß § 29 BBG in eine Aktiengesellschaft mit der Firma „ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft“, also die Erstbeklagte, mit einem Grundkapital entsprechend dem Stammkapital der ÖBB nach den Abspaltungen umgewandelt (FN 71396w HG Wien). Nach der Umstrukturierung verblieben der Erstbeklagten insbesondere die bisherigen Teilbetriebe Planung und Engineering (Teilbereich Projekte), Kraftwerke und alle Liegenschaften, soweit sie nicht für die abgespaltenen Teilbetriebe betriebsnotwendig waren. Die Erstbeklagte wurde zur Planungs- und Errichtungsgesellschaft für alle in Österreich zu realisierenden Schieneninfrastrukturvorhaben (RV 311 BlgNR 22. GP 9). Die Aktien der Erstbeklagten sind der ÖBB-Holding AG zu 100 % vorbehalten (§ 30 BBG). Auch bei der Erstbeklagten wurden die in § 29 BBG angeführten Umstrukturierungsmaßnahmen gemäß § 41 BBG unabhängig von ihrer Eintragung in das Firmenbuch mit Ablauf des 31. 12. 2004 rechtswirksam. Auch die Erstbeklagte ging aus der Umstrukturierung der ÖBB hervor. Die nach den im 1. bis 5. und im 7. Hauptstück des 3. Teils des BBG angeordneten Spaltungsmaßnahmen mit dem Restvermögen ausgestattete Gesellschaft ÖBB wurde gemäß Paragraph 29, BBG in eine Aktiengesellschaft mit der Firma „ÖBB-Infrastruktur Bau Aktiengesellschaft“, also die Erstbeklagte, mit einem Grundkapital entsprechend dem Stammkapital der ÖBB nach den Abspaltungen umgewandelt (FN 71396w HG Wien). Nach der Umstrukturierung verblieben der Erstbeklagten insbesondere die bisherigen Teilbetriebe Planung und Engineering (Teilbereich Projekte), Kraftwerke und alle Liegenschaften, soweit sie nicht für die abgespaltenen Teilbetriebe betriebsnotwendig waren. Die Erstbeklagte wurde zur Planungs- und Errichtungsgesellschaft für alle in Österreich zu realisierenden Schieneninfrastrukturvorhaben Regierungsvorlage 311 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 9). Die Aktien der Erstbeklagten sind der ÖBB-Holding AG zu 100 % vorbehalten (Paragraph 30, BBG). Auch bei der Erstbeklagten wurden die in Paragraph 29, BBG angeführten Umstrukturierungsmaßnahmen gemäß Paragraph 41, BBG unabhängig von ihrer Eintragung in das Firmenbuch mit Ablauf des 31. 12. 2004 rechtswirksam.

Geht nun ein Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil auf einen anderen Inhaber über (Betriebsübergang), so tritt

dieser gemäß § 3 Abs 1 AVRAG als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Diese Rechtsfolge tritt im Fall der Gesamtrechtsnachfolge automatisch ein, sodass das AVRAG insofern als bloß deklarativ angesehen werden kann (vgl Holzer/Reissner, AVRAG<sup>2</sup> § 3 Erl 21; Krejci, Betriebsübergang 47 f; Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 232; Marhold/Friedrich, Arbeitsrecht 251; Schrammel, Arbeitsrecht 25, 201 f; 8 ObA 32/07z ua). Dies gilt auch für den Fall der partiellen Gesamtrechtsnachfolge, allerdings mit der Besonderheit, dass das AVRAG verhindert, dass ein Betriebsteil ohne die ihm zugeordneten Arbeitsverhältnisse übertragen wird (vgl Harrer, Die EU-gesellschaftsrechtlichen Vorgaben für die Regelung der Verschmelzung und der Spaltung von Aktiengesellschaften, in Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht, Teil 1: Gesellschaftsrecht 307 [391]; Holzer/Reissner aaO § 3 Erl 44; Kalss, Verschmelzung - Spaltung - Umwandlung, § 2 SpaltG Rz 15, § 14 SpaltG Rz 8; Krejci aaO 48; Schima, Umgründungen im Arbeitsrecht 48, 63; Wiesinger, Partielle Gesamtrechtsnachfolge und Arbeitsvertrag, ecoloex 1993, 619 [621] ua). Auch bei der Abspaltung zur Aufnahme gemäß § 1 Abs 2 Z 2 SpaltG, die ebenfalls eine partielle Gesamtrechtsnachfolge bewirkt, ist von einem Betriebsteilübergang iSd § 3 Abs 1 AVRAG auszugehen (vgl RV 1077 BlgNR 18. GP 11; Gahleitner in ZellKomm, § 3 AVRAG Rz 26; Pfeil in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 1153 Rz 9; Schima aaO 48 ua). Aufgrund der partiellen Gesamtrechtsnachfolge gehen die Arbeitsverhältnisse der dem abgespaltenen Teil zugeordneten Arbeitnehmer auf die aufnehmende Gesellschaft über (vgl Binder, AVRAG § 6 Rz40; Harrer aaO 391; Holzer/Reissner aaO § 3 Rz 26, 44; Jöst, Der Betriebsübergang, in Mazal/Risak, Arbeitsrecht, KapXIV Rz 42; Kalss aaO § 2 SpaltG Rz 15, § 14 SpaltG Rz 8; Wiesinger aaO 621 ua). Geht nun ein Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil auf einen anderen Inhaber über (Betriebsübergang), so tritt dieser gemäß Paragraph 3, Absatz eins, AVRAG als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Diese Rechtsfolge tritt im Fall der Gesamtrechtsnachfolge automatisch ein, sodass das AVRAG insofern als bloß deklarativ angesehen werden kann vergleiche Holzer/Reissner, AVRAG<sup>2</sup> Paragraph 3, Erl 21; Krejci, Betriebsübergang 47 f; Löschnigg, Arbeitsrecht<sup>10</sup> 232; Marhold/Friedrich, Arbeitsrecht 251; Schrammel, Arbeitsrecht 25, 201 f; 8 ObA 32/07z ua). Dies gilt auch für den Fall der partiellen Gesamtrechtsnachfolge, allerdings mit der Besonderheit, dass das AVRAG verhindert, dass ein Betriebsteil ohne die ihm zugeordneten Arbeitsverhältnisse übertragen wird vergleiche Harrer, Die EU-gesellschaftsrechtlichen Vorgaben für die Regelung der Verschmelzung und der Spaltung von Aktiengesellschaften, in Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht, Teil 1: Gesellschaftsrecht 307 [391]; Holzer/Reissner aaO Paragraph 3, Erl 44; Kalss, Verschmelzung - Spaltung - Umwandlung, Paragraph 2, SpaltG Rz 15, Paragraph 14, SpaltG Rz 8; Krejci aaO 48; Schima, Umgründungen im Arbeitsrecht 48, 63; Wiesinger, Partielle Gesamtrechtsnachfolge und Arbeitsvertrag, ecoloex 1993, 619 [621] ua). Auch bei der Abspaltung zur Aufnahme gemäß Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer 2, SpaltG, die ebenfalls eine partielle Gesamtrechtsnachfolge bewirkt, ist von einem Betriebsteilübergang iSd Paragraph 3, Absatz eins, AVRAG auszugehen vergleiche Regierungsvorlage 1077 BlgNR 18. Gesetzgebungsperiode 11; Gahleitner in ZellKomm, Paragraph 3, AVRAG Rz 26; Pfeil in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> Paragraph 1153, Rz 9; Schima aaO 48 ua). Aufgrund der partiellen Gesamtrechtsnachfolge gehen die Arbeitsverhältnisse der dem abgespaltenen Teil zugeordneten Arbeitnehmer auf die aufnehmende Gesellschaft über vergleiche Binder, AVRAG Paragraph 6, Rz40; Harrer aaO 391; Holzer/Reissner aaO Paragraph 3, Rz 26, 44; Jöst, Der Betriebsübergang, in Mazal/Risak, Arbeitsrecht, KapXIV Rz 42; Kalss aaO Paragraph 2, SpaltG Rz 15, Paragraph 14, SpaltG Rz 8; Wiesinger aaO 621 ua).

Im vorliegenden Fall betraf die Abspaltung zur Aufnahme den ÖBB-Teilbetrieb Güterverkehr, dem der Kläger unstrittig zugeordnet war. Dieser Teilbetrieb stellte eine „wirtschaftliche Einheit“ dar, deren Identität durch den Übergang der zugeordneten Mitarbeiter und der materiellen und immateriellen Betriebsmittel gewahrt blieb (vgl RIS-Justiz RS0108913 ua). Der Übergang dieser wirtschaftlichen Einheit auf die Zweitbeklagte bewirkte einen Betriebsteilübergang iSd § 3 Abs 1 AVRAG (Binder aaO § 3 Rz 41 mwN ua). Demzufolge ging auch das Arbeitsverhältnis des Klägers mit dem Übergang des Teilbetriebs von der Gesellschaft ÖBB, die nach den Abspaltungen verschiedener Teilbetriebe in die Erstbeklagte umbenannt wurde, auf die Zweitbeklagte über (vgl 8 ObA 32/07z zum Teilbetrieb Personenverkehr). Entgegen der Auffassung des Klägers liegt keine bloße „Funktionsnachfolge“ (vgl dazu Jöst aaO Rz 24 ua), sondern ein echter Betriebsteilübergang vor. Der Inhaber des Betriebs blieb nicht gleich, sondern es erfolgte ein Inhaberwechsel von einem Rechtssubjekt (Gesellschaft ÖBB) auf ein anderes (Zweitbeklagte). Dass die Aktien beider Beklagten in der Hand der ÖBB-Holding AG sind, deren Anteile wiederum dem Bund zustehen, steht dieser Beurteilung nicht entgegen. Die Behauptung des Klägers, mit der Umstrukturierung aufgrund des Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 sei vom Bund „ausschließlich“ das Ziel verfolgt worden, sich der Dienstnehmer in sittenwidriger Weise zu „entledigen“, findet weder im Gesetz noch in den Gesetzesmaterialien Deckung. Der Kläger ist im Fall der

Zweitbeklagten nach wie vor bei einer Gesellschaft beschäftigt, deren Anteile über die ÖBB-Holding AG zu 100 % dem Bund vorbehalten sind (§ 2 Abs 1 BBG). Von einer „Entledigung“ des Klägers durch den Bund kann daher keine Rede sein. Im vorliegenden Fall betraf die Abspaltung zur Aufnahme den ÖBB-Teilbetrieb Güterverkehr, dem der Kläger unstrittig zugeordnet war. Dieser Teilbetrieb stellte eine „wirtschaftliche Einheit“ dar, deren Identität durch den Übergang der zugeordneten Mitarbeiter und der materiellen und immateriellen Betriebsmittel gewahrt blieb (vergleiche RIS-Justiz RS0108913 ua). Der Übergang dieser wirtschaftlichen Einheit auf die Zweitbeklagte bewirkte einen Betriebsteilübergang iSd Paragraph 3, Absatz eins, AVRAG (Binder aaO Paragraph 3, Rz 41 mwN ua). Demzufolge ging auch das Arbeitsverhältnis des Klägers mit dem Übergang des Teilbetriebs von der Gesellschaft ÖBB, die nach den Abspaltungen verschiedener Teilbetriebe in die Erstbeklagte umbenannt wurde, auf die Zweitbeklagte über (vergleiche 8 ObA 32/07z zum Teilbetrieb Personenverkehr). Entgegen der Auffassung des Klägers liegt keine bloße „Funktionsnachfolge“ (vergleiche dazu Jöst aaO Rz 24 ua), sondern ein echter Betriebsteilübergang vor. Der Inhaber des Betriebs blieb nicht gleich, sondern es erfolgte ein Inhaberwechsel von einem Rechtssubjekt (Gesellschaft ÖBB) auf ein anderes (Zweitbeklagte). Dass die Aktien beider Beklagten in der Hand der ÖBB-Holding AG sind, deren Anteile wiederum dem Bund zustehen, steht dieser Beurteilung nicht entgegen. Die Behauptung des Klägers, mit der Umstrukturierung aufgrund des Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 sei vom Bund „ausschließlich“ das Ziel verfolgt worden, sich der Dienstnehmer in sittenwidriger Weise zu „entledigen“, findet weder im Gesetz noch in den Gesetzesmaterialien Deckung. Der Kläger ist im Fall der Zweitbeklagten nach wie vor bei einer Gesellschaft beschäftigt, deren Anteile über die ÖBB-Holding AG zu 100 % dem Bund vorbehalten sind (Paragraph 2, Absatz eins, BBG). Von einer „Entledigung“ des Klägers durch den Bund kann daher keine Rede sein.

Bei einem Betriebsübergang bleiben grundsätzlich gemäß § 3 Abs 3 Satz 1 AVRAG die Arbeitsbedingungen aufrecht, es sei denn, aus den Bestimmungen über den Wechsel der Kollektivvertragsangehörigkeit (§ 4 AVRAG), die betrieblichen Pensionszusagen (§ 5 AVRAG) und die Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen (§§ 31 und 32 ArbVG) ergibt sich anderes. Derartiges wurde allerdings in erster Instanz nicht substantiiert geltend gemacht. Gemäß § 3 Abs 3 Satz 2 AVRAG hat der Erwerber dem Arbeitnehmer jede aufgrund des Betriebsübergangs erfolgte Änderung der Arbeitsbedingungen unverzüglich mitzuteilen. Auch dies wurde von keiner Partei geltend gemacht. Der Arbeitnehmer kann gemäß § 3 Abs 4 AVRAG dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechen, wenn der Erwerber den kollektivvertraglichen Bestandschutz (§ 4) oder die betrieblichen Pensionszusagen (§ 5) nicht übernimmt. Der Kläger hat nun zwar in erster Instanz „aus prozessualer Vorsicht“ den Widerspruch gemäß § 3 Abs 4 AVRAG erklärt, diesen Einwand jedoch in Bezug auf die genannten Widerspruchsgründe nicht weiter substantiiert. Ob der Widerspruch gegen den Betriebsübergang auch auf andere Gründe als die in § 3 Abs 4 AVRAG genannten gestützt werden kann (s dazu den Überblick zum Meinungsstand bei Holzer/Reissner aaO § 3 Rz 164 ff und Schima aaO 79 ff ua), braucht hier nicht untersucht zu werden. Die Befürchtung des Klägers, die Zweitbeklagte sei ein „nicht überlebensfähiges“ und „insolvenzgefährdetes“ Gebilde, auf das er nicht übergehen wolle, hat sich bisher nicht erfüllt und ist offenbar polemisch gemeint. Es kommt daher auch nicht auf die Überlegungen des Berufungsgerichts an, dass der Widerspruch wegen der Insolvenzgefahr ohnehin verspätet erhoben worden wäre. Soweit der Kläger sonstige „Verschlechterungen“ der Arbeitsbedingungen geltend macht (zB Triennial- statt Biennalsprung), ist er darauf zu verweisen, dass dem Widerspruch gegen den Betriebsübergang das Konzept zugrundeliegt, dass sich der Arbeitnehmer damit dagegen wehrt, dass der Erwerber bestimmte Arbeitsbedingungen, die beim vorherigen Betriebsinhaber gegolten haben, „nicht übernimmt“ (so ausdrücklich § 3 Abs 4 AVRAG). Dieser Ansatz trifft jedoch hier nicht zu. Die vom Kläger beanstandeten „Verschlechterungen“ resultieren nämlich aus einer Vereinbarung, die bereits am 1. 5. 2004, also acht Monate vor dem Betriebsübergang in Kraft getreten ist. Der Kläger vermengt in der Revision das ursprüngliche In-Kraft-Treten der Vereinbarung bei den ÖBB am 1. 5. 2004 mit dem Umstand, dass die Regelung bei der Zweitbeklagten ab dem Betriebsübergang per 1. 1. 2005 Anwendung fand, und versucht daraus zu Unrecht abzuleiten, die Vereinbarung hätte für den Kläger überhaupt erst aufgrund des Betriebsübergangs gegolten. Tatsächlich trat sie jedoch bereits am 1. 5. 2004 in Kraft und galt daher schon vor dem Betriebsübergang. Zweifellos sollte schon mit dieser Vereinbarung die spätere Umstrukturierung der ÖBB vorbereitet werden. Für den Widerspruch gegen den Betriebsübergang ist aber entscheidend, dass der Kläger im vorliegenden Fall keiner Änderung der Arbeitsbedingungen gegenübersteht, der er aufgrund des Betriebsübergangs widersprechen könnte. Die Arbeitsbedingungen blieben für den Kläger gleich. Die vom Kläger aufgelisteten „Verschlechterungen“ hätten auch dann weiter bestanden, wenn er ohne Abspaltung bei den ÖBB beschäftigt geblieben wäre. Die erstmals in der Revision geäußerte Überlegung des Klägers, dass sich auch die Dienstnehmer der Erstbeklagten gegen den „Umgründungsvorgang“ wehren könnten, ist nicht zielführend. Vom Kläger

wird nämlich übersehen, dass bei den ÖBB lediglich eine formwechselnde Umwandlung auf die Erstbeklagte erfolgte, ohne dass sich an der Identität des Rechtsträgers etwas geändert hat (2 Ob 105/07s; 9 ObA 119/07a). Dort stellt sich daher weder das Problem des Betriebsübergangs noch jenes des Widerspruchs gegen den Betriebsübergang. Die vom Betriebsübergang losgelöste Frage der Zulässigkeit der Vereinbarung vom 30. 4. 2004 ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Verneint man sohin einen begründeten und zulässigen Widerspruch des Klägers gegen den infolge Abspaltung zur Aufnahme herbeigeführten Betriebsteilübergang auf die Zweitbeklagte, dann erweisen sich die beiden Hauptklagebegehren als unberechtigt. Bei einem Betriebsübergang bleiben grundsätzlich gemäß Paragraph 3, Absatz 3, Satz 1 AVRAG die Arbeitsbedingungen aufrecht, es sei denn, aus den Bestimmungen über den Wechsel der Kollektivvertragsangehörigkeit (Paragraph 4, AVRAG), die betrieblichen Pensionszusagen (Paragraph 5, AVRAG) und die Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen (Paragraphen 31 und 32 ArbVG) ergibt sich anderes. Derartiges wurde allerdings in erster Instanz nicht substantiiert geltend gemacht. Gemäß Paragraph 3, Absatz 3, Satz 2 AVRAG hat der Erwerber dem Arbeitnehmer jede aufgrund des Betriebsübergangs erfolgte Änderung der Arbeitsbedingungen unverzüglich mitzuteilen. Auch dies wurde von keiner Partei geltend gemacht. Der Arbeitnehmer kann gemäß Paragraph 3, Absatz 4, AVRAG dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechen, wenn der Erwerber den kollektivvertraglichen Bestandschutz (Paragraph 4,) oder die betrieblichen Pensionszusagen (Paragraph 5,) nicht übernimmt. Der Kläger hat nun zwar in erster Instanz „aus prozessualer Vorsicht“ den Widerspruch gemäß Paragraph 3, Absatz 4, AVRAG erklärt, diesen Einwand jedoch in Bezug auf die genannten Widerspruchsgründe nicht weiter substantiiert. Ob der Widerspruch gegen den Betriebsübergang auch auf andere Gründe als die in Paragraph 3, Absatz 4, AVRAG genannten gestützt werden kann (s dazu den Überblick zum Meinungsstand bei Holzer/Reissner aaO Paragraph 3, Rz 164 ff und Schima aaO 79 ff ua), braucht hier nicht untersucht zu werden. Die Befürchtung des Klägers, die Zweitbeklagte sei ein „nicht überlebensfähiges“ und „insolvenzgefährdetes“ Gebilde, auf das er nicht übergehen wolle, hat sich bisher nicht erfüllt und ist offenbar polemisch gemeint. Es kommt daher auch nicht auf die Überlegungen des Berufungsgerichts an, dass der Widerspruch wegen der Insolvenzgefahr ohnehin verspätet erhoben worden wäre. Soweit der Kläger sonstige „Verschlechterungen“ der Arbeitsbedingungen geltend macht (zB Triennial statt Biennalsprung), ist er darauf zu verweisen, dass dem Widerspruch gegen den Betriebsübergang das Konzept zugrundeliegt, dass sich der Arbeitnehmer damit dagegen wehrt, dass der Erwerber bestimmte Arbeitsbedingungen, die beim vorherigen Betriebsinhaber gegolten haben, „nicht übernimmt“ (so ausdrücklich Paragraph 3, Abs4 AVRAG). Dieser Ansatz trifft jedoch hier nicht zu. Die vom Kläger beanstandeten „Verschlechterungen“ resultieren nämlich aus einer Vereinbarung, die bereits am 1. 5. 2004, also acht Monate vor dem Betriebsübergang in Kraft getreten ist. Der Kläger vermengt in der Revision das ursprüngliche In-Kraft-Treten der Vereinbarung bei den ÖBB am 1. 5. 2004 mit dem Umstand, dass die Regelung bei der Zweitbeklagten ab dem Betriebsübergang per 1. 1. 2005 Anwendung fand, und versucht daraus zu Unrecht abzuleiten, die Vereinbarung hätte für den Kläger überhaupt erst aufgrund des Betriebsübergangs gegolten. Tatsächlich trat sie jedoch bereits am 1. 5. 2004 in Kraft und galt daher schon vor dem Betriebsübergang. Zweifellos sollte schon mit dieser Vereinbarung die spätere Umstrukturierung der ÖBB vorbereitet werden. Für den Widerspruch gegen den Betriebsübergang ist aber entscheidend, dass der Kläger im vorliegenden Fall keiner Änderung der Arbeitsbedingungen gegenübersteht, der er aufgrund des Betriebsübergangs widersprechen könnte. Die Arbeitsbedingungen blieben für den Kläger gleich. Die vom Kläger aufgelisteten „Verschlechterungen“ hätten auch dann weiter bestanden, wenn er ohne Abspaltung bei den ÖBB beschäftigt geblieben wäre. Die erstmals in der Revision geäußerte Überlegung des Klägers, dass sich auch die Dienstnehmer der Erstbeklagten gegen den „Umgründungsvorgang“ wehren könnten, ist nicht zielführend. Vom Kläger wird nämlich übersehen, dass bei den ÖBB lediglich eine formwechselnde Umwandlung auf die Erstbeklagte erfolgte, ohne dass sich an der Identität des Rechtsträgers etwas geändert hat (2 Ob 105/07s; 9 ObA 119/07a). Dort stellt sich daher weder das Problem des Betriebsübergangs noch jenes des Widerspruchs gegen den Betriebsübergang. Die vom Betriebsübergang losgelöste Frage der Zulässigkeit der Vereinbarung vom 30. 4. 2004 ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Verneint man sohin einen begründeten und zulässigen Widerspruch des Klägers gegen den infolge Abspaltung zur Aufnahme herbeigeführten Betriebsteilübergang auf die Zweitbeklagte, dann erweisen sich die beiden Hauptklagebegehren als unberechtigt.

Werden durch den nach dem Betriebsübergang anzuwendenden Kollektivvertrag oder die nach dem Betriebsübergang anzuwendenden Betriebsvereinbarungen Arbeitsbedingungen „wesentlich verschlechtert“, so kann der Arbeitnehmer gemäß § 3 Abs 5 AVRAG innerhalb eines Monats ab dem Zeitpunkt, ab dem er die Verschlechterung erkannte oder erkennen musste, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen oder der kollektivvertraglichen

Kündigungsfristen und -termine lösen. Dem Arbeitnehmer stehen die zum Zeitpunkt einer solchen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gebührenden Ansprüche wie bei einer Arbeitgeberkündigung zu. Um Unklarheiten, ob eine Verschlechterung als „wesentlich“ iSd § 3 Abs 5 AVRAG anzusehen ist, nicht allein dem Arbeitnehmer anzulasten, der das Risiko bei Erklärung einer „außerordentlichen Kündigung“ zu tragen hätte, hat der Gesetzgeber in § 3 Abs 6 AVRAG die Möglichkeit einer Feststellungsklage vorgesehen (Binder aaO § 3 Rz 127; Gahleitner aaO § 3 Rz 67; Holzer/Reissner aaO § 3 Erl 212; Schrank, Eintrittsautomatik bei Übergang, *ecolex* 1993, 541 [545] ua). Danach kann der Arbeitnehmer innerhalb eines Monats ab Kenntnis der Änderungen seiner Arbeitsbedingungen iSd § 3 Abs 5 AVRAG auf Feststellung der wesentlichen Verschlechterung der Arbeitsbedingungen klagen. Ebenso kann auch ein Feststellungsverfahren nach § 54 ASGG innerhalb eines Monats ab Kenntnis der Änderungen der Arbeitsbedingungen eingeleitet werden. Hat das Gericht eine wesentliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen festgestellt, kann der Arbeitnehmer innerhalb eines Monats ab Rechtskraft des Urteils das Arbeitsverhältnis nach § 3 Abs 5 AVRAG auflösen. Werden durch den nach dem Betriebsübergang anzuwendenden Kollektivvertrag oder die nach dem Betriebsübergang anzuwendenden Betriebsvereinbarungen Arbeitsbedingungen „wesentlich verschlechtert“, so kann der Arbeitnehmer gemäß Paragraph 3, Absatz 5, AVRAG innerhalb eines Monats ab dem Zeitpunkt, ab dem er die Verschlechterung erkannte oder erkennen musste, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen oder der kollektivvertraglichen Kündigungsfristen und -termine lösen. Dem Arbeitnehmer stehen die zum Zeitpunkt einer solchen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gebührenden Ansprüche wie bei einer Arbeitgeberkündigung zu. Um Unklarheiten, ob eine Verschlechterung als „wesentlich“ iSd Paragraph 3, Absatz 5, AVRAG anzusehen ist, nicht allein dem Arbeitnehmer anzulasten, der das Risiko bei Erklärung einer „außerordentlichen Kündigung“ zu tragen hätte, hat der Gesetzgeber in Paragraph 3, Absatz 6, AVRAG die Möglichkeit einer Feststellungsklage vorgesehen (Binder aaO Paragraph 3, Rz 127; Gahleitner aaO Paragraph 3, Rz 67; Holzer/Reissner aaO § 3 Erl 212; Schrank, Eintrittsautomatik bei Übergang, *ecolex* 1993, 541 [545] ua). Danach kann der Arbeitnehmer innerhalb eines Monats ab Kenntnis der Änderungen seiner Arbeitsbedingungen iSd Paragraph 3, Absatz 5, AVRAG auf Feststellung der wesentlichen Verschlechterung der Arbeitsbedingungen klagen. Ebenso kann auch ein Feststellungsverfahren nach Paragraph 54, ASGG innerhalb eines Monats ab Kenntnis der Änderungen der Arbeitsbedingungen eingeleitet werden. Hat das Gericht eine wesentliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen festgestellt, kann der Arbeitnehmer innerhalb eines Monats ab Rechtskraft des Urteils das Arbeitsverhältnis nach Paragraph 3, Absatz 5, AVRAG auflösen.

Der Kläger stützt nun sein gegen die Zweitbeklagte erhobenes Eventualbegehren auf Feststellung einer wesentlichen Verschlechterung der Arbeitsbedingungen ausdrücklich auf § 3 Abs 6 AVRAG, ohne allerdings zu behaupten, dass es ihm um die Bereinigung von Zweifeln im vorstehenden Sinn und um die Vorbereitung der außerordentlichen Kündigung nach § 3 Abs 5 AVRAG gehe. Die Frage des rechtlichen Interesses an der hilfsweise begehrten Feststellung iSd § 228 ZPO kann hier aber dahingestellt bleiben, weil - wie schon zum Widerspruch ausgeführt - der Kläger keine Verschlechterungen nach dem Betriebsübergang geltend macht, die nicht schon bei seinem vorherigen Dienstgeber gegolten haben. Das Eventualbegehren des Klägers ist daher schon aus diesem Grund unbegründet. Der Kläger stützt nun sein gegen die Zweitbeklagte erhobenes Eventualbegehren auf Feststellung einer wesentlichen Verschlechterung der Arbeitsbedingungen ausdrücklich auf § 3 Absatz 6, AVRAG, ohne allerdings zu behaupten, dass es ihm um die Bereinigung von Zweifeln im vorstehenden Sinn und um die Vorbereitung der außerordentlichen Kündigung nach Paragraph 3, Absatz 5, AVRAG gehe. Die Frage des rechtlichen Interesses an der hilfsweise begehrten Feststellung iSd § 228 ZPO kann hier aber dahingestellt bleiben, weil - wie schon zum Widerspruch ausgeführt - der Kläger keine Verschlechterungen nach dem Betriebsübergang geltend macht, die nicht schon bei seinem vorherigen Dienstgeber gegolten haben. Das Eventualbegehren des Klägers ist daher schon aus diesem Grund unbegründet.

Der Oberste Gerichtshof sieht auch keine Veranlassung zu einem Vorgehen nach Art 89 Abs 2 B-VG. Der Kläger behauptet pauschal die Verfassungswidrigkeit sämtlicher Bestimmungen des Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 im Wesentlichen mit derselben Begründung, die den Verfassungsgerichtshof bereits veranlasste, einen auf Art 140 B-VG gestützten Individualantrag zurückzuweisen (G 136/05, VfSlg 17.768). Der Antrag auf Aufhebung des gesamten Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 sei laut Verfassungsgerichtshof schon deshalb unzulässig, weil es offenkundig sei, dass keineswegs jede einzelne der angefochtenen Bestimmungen unmittelbar in die Rechtssphäre des Antragstellers eingreifen könne. Eine nachvollziehbare Begründung, in welcher Weise einzelne Bestimmungen des Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 unmittelbar in verfassungsmäßig gewährleistete Rechte des Rechtsmittelwerbers eingreifen würden, lässt sich auch den pauschal gehaltenen Ausführungen der in die Revision aufgenommenen „Bescheidbeschwerde“ nicht entnehmen (vgl 8 ObA 32/07z). Der Oberste Gerichtshof sieht auch keine Veranlassung zu

einem Vorgehen nach Artikel 89, Absatz 2, B-VG. Der Kläger behauptet pauschal die Verfassungswidrigkeit sämtlicher Bestimmungen des Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 im Wesentlichen mit derselben Begründung, die den Verfassungsgerichtshof bereits veranlasste, einen auf Artikel 140, B-VG gestützten Individualantrag zurückzuweisen (G 136/05, VfSlg 17.768). Der Antrag auf Aufhebung des gesamten Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 sei laut Verfassungsgerichtshof schon deshalb unzulässig, weil es offenkundig sei, dass keineswegs jede einzelne der angefochtenen Bestimmungen unmittelbar in die Rechtssphäre des Antragstellers eingreifen könne. Eine nachvollziehbare Begründung, in welcher Weise einzelne Bestimmungen des Bundesbahnstrukturgesetzes 2003 unmittelbar in verfassungsmäßig gewährleistete Rechte des Rechtsmittelwerbers eingreifen würden, lässt sich auch den pauschal gehaltenen Ausführungen der in die Revision aufgenommenen „Bescheidbeschwerde“ nicht entnehmen (vergleiche 8 ObA 32/07z).

Die Revision des Klägers ist daher insgesamt nicht berechtigt, weshalb es bei der Klageabweisung durch die Vorinstanzen zu bleiben hat.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§41, 50 ZPO.

**Textnummer**

E86817

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2008:009OBA00073.07M.0303.000

**Im RIS seit**

20.04.2008

**Zuletzt aktualisiert am**

22.05.2012

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)