jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2004/12/22 8ObA43/04p

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 22.12.2004

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Petrag als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Rohrer und Dr. Spenling sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Reinhard Drössler und ADir. Reg. Rat Winfried Kmenta als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Christian P*****, vertreten durch Dr. Charlotte Böhm, Rechtsanwältin in Wien, und der auf Seiten der klagenden Partei beigetretene Nebenintervenientin CCC ***** GesmbH, *****, vertreten durch Dr. Theodor Strohal, Dr. Wolfgang G. Kretschmer und Mag. Erich Rebasso, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei Dr. Susanne Fruhstorfer, Rechtsanwältin, 1010 Wien, Naglergasse 25, als Masseverwalterin im Konkurs der CCC ***** BetriebsgesmbH, *****, und der auf Seiten der beklagten Partei beigetretenen Nebenintervenientin Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds, vertreten durch die Finanzprokuratur, 1010 Wien, Singerstraße 17-19, wegen Feststellung einer Konkursforderung (Streitwert EUR 12.084,21 sA), infolge Revision der klagenden Partei und der auf Seiten der klagenden Partei beigetretenen Nebenintervenientin gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 15. Jänner 2004, GZ 10 Ra 160/03b-29, womit infolge Berufung der klagenden Partei und der auf Seiten der klagenden Partei beigetretenen Nebenintervenientin das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 13. Juni 2003, GZ 29 Cga 153/02k-21, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit EUR 824,68 (darin EUR 137,45 USt) und der Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei die mit EUR 687,23 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Unter der im Spruch genannten Anschrift der Nebenintervenientin auf Seiten des Klägers führte zunächst seit dem Jahr 1994 eine GmbH (im Folgenden CCC 1) einen Kartenspiel-Casinobetrieb. Bei dieser Gesellschaft war der Kläger ab 4. 12. 1995 als Koch beschäftigt. Mit Pachtvertrag vom 6. 8. 1999 wurde der Betrieb an eine GmbH mit im wesentlichen gleichlautenden Firmenbestandteilen (im Folgenden CCC 2), in deren Konkurs die Beklagte zur Masseverwalterin bestellt wurde, in Bestand gegeben. Sämtlich zur CCC 1 bestehenden Dienstverhältnisse, so auch jenes des Klägers, wurden an die Pächterin CCC 2 zu gleichen Rechten und Pflichten übertragen.

Mit Beschluss vom 21. 7. 2000 wurde über das Vermögen der CCC 1 der Konkurs eröffnet. Der in diesem Konkurs bestellte Masseverwalter veräußerte den Casinobetrieb mit Kaufvertrag vom 19. 2. 2001 an eine GmbH mit im Wesentlichen gleichen Firmenbestandteilen (in der Folge CCC 3). Die CCC 3 erklärte in diesem Kaufvertrag ausdrücklich,

in den Pachtvertrag mit der CCC 2 einzutreten.

Die CCC 2 befand sich zumindest seit Anfang des Jahres 2001 in einem finanziellen Engpass. Im März 2001 beantragte die Gebietskrankenkasse die Eröffnung des Konkurses, die schließlich durch eine Ratenvereinbarung abgewendet werden konnte. Ein weiterer Konkursantrag des Finanzamtes folgte im Mai 2001. Zu diesem Zeitpunkt kam der damalige Geschäftsführer der CCC 2 zu dem Schluss, dass es ihm trotz laufender Verhandlungen mit potenziellen Investoren nicht mehr gelingen werde, eine Insolvenz abzuwenden. Ende Mai 2001 teilte der Geschäftsführer den einzelnen Abteilungsleitern der CCC 2 mit, dass die Gehälter für Mai nicht zur Gänze bezahlt werden könnten. Die von den Abteilungsleitern informierten Mitarbeiter erkundigten sich daraufhin bei der Arbeiterkammer, wie sie sich verhalten sollten und erfuhren von der Möglichkeit des berechtigten vorzeitigen Austritts.

Der Geschäftsführer der CCC 2 verwies die leitenden Mitarbeiter an eine mit Sanierungsbemühungen beauftragte Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungskanzlei. Ohne dass die einzelnen Dienstnehmer dafür einen Auftrag erteilt hätten, formulierte diese für alle Dienstnehmer mit Namen und Adresse individualisierte Aufforderungsschreiben mit Austrittsandrohung. Die jeweils von ihren unmittelbaren Vorgesetzten in diesem Vorgehen bestärkten Dienstnehmer, auch der Kläger, unterfertigten am 1. 6. 2001 die ihnen im Betrieb übergegeben Aufforderungsschreiben mit jeweils folgendem gleichlautendem Inhalt:

"Sehr geehrte Geschäftsleitung!

Aufgrund ihrer Mitteilung vom 31. 5. 2001, dass sie aus wirtschaftlichen Gründen derzeit nicht in der Lage sind den mir zustehenden Gehalt für den Monat Mai 2001 zu bezahlen setze ich ihnen eine Nachfrist zur vollständigen Begleichung meiner Entgeltforderungen bis 6. 6. 2001.

Für den Fall der Nichtzahlung innerhalb der gesetzten Nachfrist stellen wir ihnen den berechtigten vorzeitigen Austritt wegen Enthaltung des Entgeltes in Aussicht."

Zu diesem Zeitpunkt waren zumindest beim Kläger keine älteren Forderungen als das Mai-Entgelt offen. Die Mahnschreiben wurden gesammelt im Büro der Beklagten abgegeben. In der Folge erhielten die Dienstnehmer am 6. 6. 2001 rund die Hälfte des laufenden Entgelts für den Monat Mai überwiesen; für den Kläger waren dies ATS 11.230.

Am 7. 6. 2001 wiederholten die Dienstnehmer - wieder in einer geschlossenen Aktion - ihre Aufforderungsschreiben und verlängerten die Nachfrist für die Zahlung des Restentgelts bis 15. 6. 2001. An diesem Tag fanden die Mitarbeiter schließlich ein von der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungskanzlei vorbereitetes Austrittsschreiben mit folgendem Inhalt vor:

"Sehr geehrte Geschäftsleitung!

Ich beziehe mich auf meine zwei Schreiben vom 1. und 7. Juni 2001 und erkläre hiemit - da bislang meine Restansprüche nicht beglichen wurden - mit heutigen Tag meinen berechtigten vorzeitigen Austritt.

Ich ersuche um Abrechnung meiner gesamten Ansprüche, Ausstellung eines Dienstzeugnisses sowie meiner sonstigen Arbeitspapiere, Überweisung des sich aus der Endabrechnung ergebenden Betrages und zeichne hochachtungsvoll ...."

Fast alle Mitarbeiter, so auch der Kläger, haben diese für sie jeweils bereits inklusive Vordruck von Namen und Adresse vorbereiteten Schreiben vom 15. 6. 2001 unterfertigt und im Lauf des Tages im Büro der CCC 2 abgegeben oder dorthin gefaxt.

Ebenfalls am Freitag den 15. 6. 2001 schlossen CCC 3 und CCC 2 eine bereits vorbereitete Auflösungsvereinbarung zum Pachtvertrag vom 6. 8. 1999 mit folgendem wesentlichen Inhalt:

"... II: Da mit Ablauf des heutigen Tages die Dienstnehmer der Pächterin den vorzeitigen berechtigten Austritt erklärt haben und sohin austreten und ein vom Finanzamt eingebrachter Konkursantrag nicht mehr abgewendet werden kann, ist es der Pächterin nicht mehr möglich, der ihr im Punkt 2. des Pachtvertrages obliegenden Betriebspflicht nachzukommen. Die Vertragspartner lösen daher das gegenständliche Pachtverhältnis mit Ablauf des heutigen Tages auf. Der Pachtgegenstand wird von der Pächterin zurückgestellt und erklärt die Verpächterin den Pachtgegenstand übernommen zu haben."

Spätestens Ende Mai 2001 hatte die CCC 3 bereits beschlossen, den Betrieb des Casinos im Fall der Insolvenz der CCC 2 selbst fortzusetzen. Gegenüber den Mitarbeitern der CCC 2 wurden die Fortführungspläne allerdings bis 16. 6. 2001 geheimgehalten um sie zu dem geplanten gemeinsamen vorzeitigen Austritt zu bewegen. Auch der Kläger hat bis zu

diesem Zeitpunkt nichts von einer alsbaldigen Weiterführung des Betriebes gewusst.

Nachdem im Lauf des 15. 6. 2001 der Spielbetrieb beendet und das Casino geschlossen worden war, trat der damalige Geschäftsführer der CCC 3 am Samstag, den 16. 6. 2001 unter Mithilfe der leitenden Mitarbeiter der CCC 2, welche die Adressen und Telefonnummern zur Verfügung stellten, mit der überwiegenden Zahl der gerade ausgetretenen Dienstnehmer der CCC 2 in Kontakt, um ihnen eine Weiterbeschäftigung bei der CCC 3 anzubieten. Auch der Kläger wurde noch am selben Wochenende und zwar am 17. 6. 2001 angesprochen und ab 19. 6. 2001 wieder als Koch bei der CCC 3 mit dem selben Gehalt wie bei der CCC 2 beschäftigt. Insgesamt wurden in dieser Weise mindestens 70 % der Mitarbeiter der CCC 2 innerhalb weniger Tage bei der CCC 3 zu gleichen oder ähnlichen Bedingungen wieder eingestellt.

Bereits am 17. 6. 2001 eröffnete die CCC 3 mit den früheren Dienstnehmern der CCC 2 den Casinobetrieb. Der Standort und die Einrichtung des Casinos und der Nebenbetriebe blieben unverändert, es wurden die selben Dienstleistungen wie von der CCC 2 angeboten, lediglich der Umfang des gastronomischen Angebots wurde etwas eingeschränkt. Für die Gäste war nicht erkennbar, dass der Betreiber des Casinos gewechselt hatte, es wurden auch keine neuen Firmentafeln angebracht. Die vorher bei der CCC 2 beschäftigten Dienstnehmer haben bei der CCC 3 wieder die selben Tätigkeiten wie zuvor verrichtet.

Mit seiner am 27. 6. 2002 beim Erstgericht eingelangten Klage begehrte der Kläger zuletzt an Kündigungsentschädigung für die Zeit von 16. 6. bis 29. 6. 2001, Sonderzahlungen zur Kündigungsentschädigung, Urlaubsentschädigung für 53 Werktage und Abfertigung von 3 Monatsentgelten sowie Zinsen EUR 12.084,21 netto. Er sei aus dem zur späteren Gemeinschuldnerin bestehenden Dienstverhältnis gemäß § 82a GewO 1859 wegen Vorenthaltens des Entgelts nach vorheriger Fristsetzung und Androhung des Austritts berechtigt vorzeitig ausgetreten. Zwar habe der Kläger am 18. 6. 2001 wieder bei der CCC 3 zu arbeiten begonnen, ein Betriebsübergang iSd § 3 Abs 1 AVRAG liege jedoch nicht vor, weil das Dienstverhältnis zur CCC 2 gerechtfertigt vorzeitig beendet worden seiMit seiner am 27. 6. 2002 beim Erstgericht eingelangten Klage begehrte der Kläger zuletzt an Kündigungsentschädigung für die Zeit von 16. 6. bis 29. 6. 2001, Sonderzahlungen zur Kündigungsentschädigung, Urlaubsentschädigung für 53 Werktage und Abfertigung von 3 Monatsentgelten sowie Zinsen EUR 12.084,21 netto. Er sei aus dem zur späteren Gemeinschuldnerin bestehenden Dienstverhältnis gemäß Paragraph 82 a, GewO 1859 wegen Vorenthaltens des Entgelts nach vorheriger Fristsetzung und Androhung des Austritts berechtigt vorzeitig ausgetreten. Zwar habe der Kläger am 18. 6. 2001 wieder bei der CCC 3 zu arbeiten begonnen, ein Betriebsübergang iSd Paragraph 3, Absatz eins, AVRAG liege jedoch nicht vor, weil das Dienstverhältnis zur CCC 2 gerechtfertigt vorzeitig beendet worden sei.

Die Beklagte wendete ein, das Dienstverhältnis des Klägers sei auf die CCC 3 übergegangen. Eine wirksame Beendigung des Dienstverhältnisses zur CCC 2 habe nicht statt gefunden, die Austrittserklärungen seien vielmehr nur zum Schein abgegeben worden. In Wirklichkeit sei eine einvernehmliche Auflösung der Dienstverhältnisse vorgelegen, die aber unwirksam sei. Arbeiternehmer könnten auf die ihnen durch das AVRAG eingeräumten Rechte nicht verzichten und es wirke die Eintrittssautomatik unabhängig vom allenfalls gegenteiligen Wollen des bisherigen oder des neuen Inhabers sowie des einzelnen Arbeitnehmers. Auch stelle die einvernehmliche Auflösung eine sittenwidrige Belastung eines an der Vereinbarung nicht beteiligten Dritten, nämlich des Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds, dar. Es gehe nicht an, mit Hilfe eines Scheingeschäfts Ansprüche auf Abfertigung, Kündigungsentschädigung und Urlaubsersatzleistung zu schaffen, die ohne dieses nicht bestanden hätten bzw erst zu einem späteren Zeitpunkt bei Vorliegen sonstiger Voraussetzungen gegenüber der Übernehmergesellschaft entstanden wären.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es traf die eingangs wiedergegebenen Feststellungen und führte zur rechtlichen Beurteilung aus, dass die Austrittserklärung nicht vom Kläger ausgegangen, sondern von der Arbeitgeberin selbst aktiv provoziert worden sei. Der Wille der Dienstgeberin sei so wie jener des Klägers auf die Beendigung des Dienstverhältnisses zum 15. 6. 2001 unter Wahrung aller Dienstnehmeransprüche gerichtet gewesen. Damit sei die Auflösung des Dienstverhältnisses des Klägers keineswegs einseitig, sondern einvernehmlich erfolgt, wobei die Zustimmung des Klägers und seiner Kollegen von der Arbeitgeberin durch List in Gestalt des Verschweigens relevanter Umstände bewirkt worden sei. Während die Dienstnehmer sich im Glauben wiegten, aus eigenem Antrieb zu handeln, hätten sie in Wahrheit lediglich der Pläne der Dienstgeberin ausgeführt. Die Übertragung des Betriebes sei von langer Hand geplant gewesen, seien sowohl CCC 2 als auch CCC 3 daran interessiert gewesen wären, nicht nur die laufenden Entgelte, sondern auch die beendigungsabhängigen Ansprüche auf den Insolvenz-Ausfallgeld-Fond zu überwälzen. Da der Kläger sich sofort vom neuen Betreiber zu den alten Bedingungen habe wieder einstellen lassen, sei er nun

keineswegs mehr als gutgläubig anzusehen. Er habe nicht nur billigend in Kauf genommen, sondern es durchaus beabsichtigt, dass ihm die beendigungsabhängigen Ansprüche aus dem Vordienstverhältnis vom Fond bezahlt werden, obwohl eine Beendigung oder auch nur eine nennenswerte Unterbrechung der Beschäftigung nicht stattgefunden habe. Bei der Übertragung des Casinobetriebes von der CCC 2 auf die CCC 3 liege unzweifelhaft ein Betriebsübergang iSd § 3 Abs 1 AVRAG vor. Es sei daher bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise davon auszugehen, dass die von der CCC 2 veranlasste Austrittserklärung des Klägers in Verbindung mit der Begründung des neuen Dienstverhältnisses zur CCC 3 gerade der Umgehung des gesetzlich zwingenden aber von den Vertragsteilen aus wirtschaftlichen Zweckmäßigkeitsgründen nicht gewollten Betriebsübergangs gedient habe. Damit sei die Austrittserklärung gemäß § 879 ABGB nichtig. Nach dem wahren, durch das nichtige Umgehungsgeschäft verdeckten Inhalt der vertraglichen Dreiecksbeziehung liege ein Betriebsübergang iSd § 3 AVRAG vor. Ein allenfalls gegenteiliges Wollen des bisherigen und des neuen Betriebsinhabers könne die Eintrittsautomatik ebenso wenig beseitigen, wie ein allenfalls gegenteiligen Wollen des betroffenen Arbeitnehmers. Zur Geltendmachung der Unwirksamkeit der einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei auch der Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der ehemaligen Arbeitgeberin legitimiert. Dieser sei nämlich schon in Anbetracht der im § 7 IESG normierten Bindungswirkung verpflichtet, die Interessen des Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds sowie der übrigen Konkursgläubiger zu wahren. Der Kläger sei daher so zu behandeln, als wäre sein Dienstvertrag im Zeitpunkt des Betriebsüberganges noch aufrecht gewesen.Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es traf die eingangs wiedergegebenen Feststellungen und führte zur rechtlichen Beurteilung aus, dass die Austrittserklärung nicht vom Kläger ausgegangen, sondern von der Arbeitgeberin selbst aktiv provoziert worden sei. Der Wille der Dienstgeberin sei so wie jener des Klägers auf die Beendigung des Dienstverhältnisses zum 15. 6. 2001 unter Wahrung aller Dienstnehmeransprüche gerichtet gewesen. Damit sei die Auflösung des Dienstverhältnisses des Klägers keineswegs einseitig, sondern einvernehmlich erfolgt, wobei die Zustimmung des Klägers und seiner Kollegen von der Arbeitgeberin durch List in Gestalt des Verschweigens relevanter Umstände bewirkt worden sei. Während die Dienstnehmer sich im Glauben wiegten, aus eigenem Antrieb zu handeln, hätten sie in Wahrheit lediglich der Pläne der Dienstgeberin ausgeführt. Die Übertragung des Betriebes sei von langer Hand geplant gewesen, seien sowohl CCC 2 als auch CCC 3 daran interessiert gewesen wären, nicht nur die laufenden Entgelte, sondern auch die beendigungsabhängigen Ansprüche auf den Insolvenz-Ausfallgeld-Fond zu überwälzen. Da der Kläger sich sofort vom neuen Betreiber zu den alten Bedingungen habe wieder einstellen lassen, sei er nun keineswegs mehr als gutgläubig anzusehen. Er habe nicht nur billigend in Kauf genommen, sondern es durchaus beabsichtigt, dass ihm die beendigungsabhängigen Ansprüche aus dem Vordienstverhältnis vom Fond bezahlt werden, obwohl eine Beendigung oder auch nur eine nennenswerte Unterbrechung der Beschäftigung nicht stattgefunden habe. Bei der Übertragung des Casinobetriebes von der CCC 2 auf die CCC 3 liege unzweifelhaft ein Betriebsübergang iSd Paragraph 3, Absatz eins, AVRAG vor. Es sei daher bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise davon auszugehen, dass die von der CCC 2 veranlasste Austrittserklärung des Klägers in Verbindung mit der Begründung des neuen Dienstverhältnisses zur CCC 3 gerade der Umgehung des gesetzlich zwingenden aber von den Vertragsteilen aus wirtschaftlichen Zweckmäßigkeitsgründen nicht gewollten Betriebsübergangs gedient habe. Damit sei die Austrittserklärung gemäß Paragraph 879, ABGB nichtig. Nach dem wahren, durch das nichtige Umgehungsgeschäft verdeckten Inhalt der vertraglichen Dreiecksbeziehung liege ein Betriebsübergang iSd Paragraph 3, AVRAG vor. Ein allenfalls gegenteiliges Wollen des bisherigen und des neuen Betriebsinhabers könne die Eintrittsautomatik ebenso wenig beseitigen, wie ein allenfalls gegenteiligen Wollen des betroffenen Arbeitnehmers. Zur Geltendmachung der Unwirksamkeit der einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei auch der Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der ehemaligen Arbeitgeberin legitimiert. Dieser sei nämlich schon in Anbetracht der im Paragraph 7, IESG normierten Bindungswirkung verpflichtet, die Interessen des Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds sowie der übrigen Konkursgläubiger zu wahren. Der Kläger sei daher so zu behandeln, als wäre sein Dienstvertrag im Zeitpunkt des Betriebsüberganges noch aufrecht gewesen.

Das Gericht zweiter Instanz gab den dagegen erhobenen Berufungen des Klägers sowie der auf Seiten des Klägers beigetretenen Nebenintervenientin nicht Folge. Es sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Von den insgesamt 120 Dienstnehmern seien vier nicht vorzeitig ausgetreten, sodass jedenfalls nicht davon gesprochen werden könne, es sei wegen Beendigung sämtlicher Dienstverhältnisse kein Betrieb mehr vorgelegen. Die Rücknahme eines Gastgewerbebetriebes durch den Verpächter und die unveränderte Weiterführung durch denselben stelle einen Betriebsübergang iSd § 3 Abs 1 AVRAG dar. Der vorliegende Sachverhalt zeichne sich gegenüber den bisherigen

ergangenen Erkenntnissen dadurch aus, dass nach den Feststellungen dem Kläger die Information über den geplanten Betriebsübergang bewusst vorenthalten worden sei. Dies könne aber im Ergebnis nicht anders beurteilt werden, als jene Fälle in denen eine Arbeitgeberkündigung oder eine einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses vorgelegen sei. Mangelnde Kenntnis der Sittenwidrigkeit störe die Nichtigkeit des sittenwidrigen Rechtsgeschäftes nicht. Das Fehlen subjektiver Faktoren bewirke nicht, dass Bedenkliches unbedenklich werde. Die Eintrittsautomatik habe unabhängig vom Wissen und Wollen des Klägers gewirkt. Der Kläger habe übrigens spätestens zu dem Zeitpunkt, als er zwei Tage nach seiner Austrittserklärung am selben Arbeitsplatz die selbe Tätigkeit mit den meisten der bisherigen Arbeitskollegen verrichtete, ohnedies erkennen müssen, dass ein Betriebsübergang stattgefunden habe. Damit sei spätestens dann von der Kenntnis der Sittenwidrigkeit der Austrittserklärung auszugehen. Halte der Kläger dennoch an der Geltendmachung der Beendigungsansprüche gegen die CCC 2 fest, so laufe dies auf eine Umgehung der Bestimmungen des AVRAG zu Lasten Dritter hinaus. Daher sei sein Vorgehen als iSd § 879 ABGB unwirksames Umgehungsgeschäft anzusehen. Die rein auf Umgehung der zwingenden Bestimmungen des AVRAG zu Lasten des Fonds gerichtete Vorgangsweise der Vertreter der CCC 2 habe die Eintrittsautomatik nicht zu hindern vermocht. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei daher als unwirksam zu qualifizieren. Das Arbeitsverhältnis des Klägers sei vielmehr gemäß § 3 Abs 1 AVRAG auf die CCC 3 übergegangen, sodass sich für Beendigungsansprüche gegenüber der Beklagten keine Rechtsgrundlage finde. Auch die Ausnahmebestimmung des § 3 Abs 2 AVRAG sei nicht anzuwenden, habe doch der Betriebsübergang zu einem Zeitpunkt stattgefunden, zu welchem über das Vermögen der CCC 2 noch nicht der Konkurs eröffnet gewesen sei.Das Gericht zweiter Instanz gab den dagegen erhobenen Berufungen des Klägers sowie der auf Seiten des Klägers beigetretenen Nebenintervenientin nicht Folge. Es sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Von den insgesamt 120 Dienstnehmern seien vier nicht vorzeitig ausgetreten, sodass jedenfalls nicht davon gesprochen werden könne, es sei wegen Beendigung sämtlicher Dienstverhältnisse kein Betrieb mehr vorgelegen. Die Rücknahme eines Gastgewerbebetriebes durch den Verpächter und die unveränderte Weiterführung durch denselben stelle einen Betriebsübergang iSd Paragraph 3, Absatz eins, AVRAG dar. Der vorliegende Sachverhalt zeichne sich gegenüber den bisherigen ergangenen Erkenntnissen dadurch aus, dass nach den Feststellungen dem Kläger die Information über den geplanten Betriebsübergang bewusst vorenthalten worden sei. Dies könne aber im Ergebnis nicht anders beurteilt werden, als jene Fälle in denen eine Arbeitgeberkündigung oder eine einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses vorgelegen sei. Mangelnde Kenntnis der Sittenwidrigkeit störe die Nichtigkeit des sittenwidrigen Rechtsgeschäftes nicht. Das Fehlen subjektiver Faktoren bewirke nicht, dass Bedenkliches unbedenklich werde. Die Eintrittsautomatik habe unabhängig vom Wissen und Wollen des Klägers gewirkt. Der Kläger habe übrigens spätestens zu dem Zeitpunkt, als er zwei Tage nach seiner Austrittserklärung am selben Arbeitsplatz die selbe Tätigkeit mit den meisten der bisherigen Arbeitskollegen verrichtete, ohnedies erkennen müssen, dass ein Betriebsübergang stattgefunden habe. Damit sei spätestens dann von der Kenntnis der Sittenwidrigkeit der Austrittserklärung auszugehen. Halte der Kläger dennoch an der Geltendmachung der Beendigungsansprüche gegen die CCC 2 fest, so laufe dies auf eine Umgehung der Bestimmungen des AVRAG zu Lasten Dritter hinaus. Daher sei sein Vorgehen als iSd Paragraph 879, ABGB unwirksames Umgehungsgeschäft anzusehen. Die rein auf Umgehung der zwingenden Bestimmungen des AVRAG zu Lasten des Fonds gerichtete Vorgangsweise der Vertreter der CCC 2 habe die Eintrittsautomatik nicht zu hindern vermocht. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei daher als unwirksam zu qualifizieren. Das Arbeitsverhältnis des Klägers sei vielmehr gemäß Paragraph 3, Absatz eins, AVRAG auf die CCC 3 übergegangen, sodass sich für Beendigungsansprüche gegenüber der Beklagten keine Rechtsgrundlage finde. Auch die Ausnahmebestimmung des Paragraph 3, Absatz 2, AVRAG sei nicht anzuwenden, habe doch der Betriebsübergang zu einem Zeitpunkt stattgefunden, zu welchem über das Vermögen der CCC 2 noch nicht der Konkurs eröffnet gewesen sei.

Rechtliche Beurteilung

Den dagegen erhobenen Revisionen kommt keine Berechtigung zu.

Die Beurteilung, ob ein Betriebsübergang im Sinne der Richtlinie 77/187/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen vom 14. 2. 1977, die durch die Richtlinie 98/50/EG vom 17. 7. 1998 neu gefasst wurde und nunmehr in die Richtlinie 2001/23/EG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von

Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen vom 12. März 2001 übergegangen ist, vorliegt, hängt - ebenso wie die Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen der die Betriebsübergangsrichtlinie umsetzenden Bestimmung des § 3 Abs 1 AVRAG - davon ab, ob eine wirtschaftliche Einheit unter Identitätswahrung übergegangen ist (RIS-Justiz RS0082749; RS0110832; SZ 72/180; 9 ObA 17/03w ua). Es kommt daher auf die Übernahme der materiellen und immateriellen Aktiva, des Großteils der Belegschaft, den Übergang der Kundschaft, den Grad der Ähnlichkeit zwischen der vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit, die Fortführung der wirtschaftlichen Einheit und die Übertragung einer organisierten Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung an. Dabei ist im Sinne eines beweglichen Systems eine Gesamtbewertung der einzelnen vorliegenden Tatbestandsmerkmale vorzunehmen, zumal der Betriebsübergang in einem sehr weiten Sinn zu verstehen ist (SZ 71/100; 9 ObA 17/03w). Ungeachtet der Frage ob und wie viele Mitarbeiter im Unternehmen der CCC 2 verblieben, weil sie keine Austrittserklärungen abgegeben haben, kann es nach den von den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen nicht fraglich sein, dass die praktisch völlig unveränderte Weiterführung des Betriebes am selben Standort mit im Wesentlichen identem Personal durch die CCC 3 die Voraussetzungen für die Annahme eines Betriebsüberganges in geradezu exemplarischer Art erfüllte.Die Beurteilung, ob ein Betriebsübergang im Sinne der Richtlinie 77/187/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen vom 14. 2. 1977, die durch die Richtlinie 98/50/EG vom 17. 7. 1998 neu gefasst wurde und nunmehr in die Richtlinie 2001/23/EG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen vom 12. März 2001 übergegangen ist, vorliegt, hängt - ebenso wie die Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen der die Betriebsübergangsrichtlinie umsetzenden Bestimmung des Paragraph 3, Absatz eins, AVRAG - davon ab, ob eine wirtschaftliche Einheit unter Identitätswahrung übergegangen ist (RIS-Justiz RS0082749; RS0110832; SZ 72/180; 9 ObA 17/03w ua). Es kommt daher auf die Übernahme der materiellen und immateriellen Aktiva, des Großteils der Belegschaft, den Übergang der Kundschaft, den Grad der Ähnlichkeit zwischen der vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit, die Fortführung der wirtschaftlichen Einheit und die Übertragung einer organisierten Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung an. Dabei ist im Sinne eines beweglichen Systems eine Gesamtbewertung der einzelnen vorliegenden Tatbestandsmerkmale vorzunehmen, zumal der Betriebsübergang in einem sehr weiten Sinn zu verstehen ist (SZ 71/100; 9 ObA 17/03w). Ungeachtet der Frage ob und wie viele Mitarbeiter im Unternehmen der CCC 2 verblieben, weil sie keine Austrittserklärungen abgegeben haben, kann es nach den von den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen nicht fraglich sein, dass die praktisch völlig unveränderte Weiterführung des Betriebes am selben Standort mit im Wesentlichen identem Personal durch die CCC 3 die Voraussetzungen für die Annahme eines Betriebsüberganges in geradezu exemplarischer Art erfüllte.

Für die Annahme eines Betriebsüberganges kommt es weiters darauf an, dass der Betriebsinhaber wechselt (EuGH RS 287/86 "Ny Moelle Kro"; RS C-29/91 "Redmond Stichting"; 9 ObA 47/04h ua). § 3 Abs 1 AVRAG spricht neutral und deckungsgleich mit Art 1 der Betriebsübergangsrichtlinie vom Betriebs-(teil-)übergang. Der Begriff des Veräußerers und Erwerbers ist dabei weit zu ziehen. Der EuGH verlangt für die Erfüllung der geforderten Merkmale keine Veräußerung und keinen Eigentumswechsel. Der Erwerber muss nicht Eigentümer sein, sondern es reicht aus, das er bloß rechtlich gesicherter oder tatsächlicher Inhaber mit Leitungsmacht im Bezug auf das betriebliche Geschehen ist. Ob der Betrieb mit oder ohne Gegenleistung, also durch Kauf, Tausch oder Schenkung veräußert wird oder ob daran bloß ein dingliches oder schuldrechtliches Nutzungsrecht begründet wird, ist nicht entscheidend. Es reicht aus, dass der für die Geschicke des Betriebes Verantwortliche ("Inhaber") wechselt. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Fruchtnießer den Betrieb wieder an den Eigentümer zurückstellt, oder der Betrieb von einem Pächter auf den anderen übergeht. Ebenso sind die Voraussetzungen des § 3 Abs 1 AVRAG bei Rücknahme des Betriebs durch den Verpächter und die unveränderte Weiterführung durch den selben erfüllt (EuGH RS 287/86 "Ny Moelle Kro"; 8 ObS 219/99k; RIS-Justiz RS0110832).Für die Annahme eines Betriebsüberganges kommt es weiters darauf an, dass der Betriebsinhaber wechselt (EuGH RS 287/86 "Ny Moelle Kro"; RS C-29/91 "Redmond Stichting"; 9 ObA 47/04h ua). Paragraph 3, Absatz eins, AVRAG spricht neutral und deckungsgleich mit Artikel eins, der Betriebsübergangsrichtlinie vom Betriebs-(teil-)übergang. Der Begriff des Veräußerers und Erwerbers ist dabei weit zu ziehen. Der EuGH verlangt für die Erfüllung der geforderten Merkmale keine Veräußerung und keinen Eigentumswechsel. Der Erwerber muss nicht Eigentümer sein, sondern es reicht aus, das er bloß rechtlich gesicherter oder tatsächlicher Inhaber mit Leitungsmacht im Bezug auf das

betriebliche Geschehen ist. Ob der Betrieb mit oder ohne Gegenleistung, also durch Kauf, Tausch oder Schenkung veräußert wird oder ob daran bloß ein dingliches oder schuldrechtliches Nutzungsrecht begründet wird, ist nicht entscheidend. Es reicht aus, dass der für die Geschicke des Betriebes Verantwortliche ("Inhaber") wechselt. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Fruchtnießer den Betrieb wieder an den Eigentümer zurückstellt, oder der Betrieb von einem Pächter auf den anderen übergeht. Ebenso sind die Voraussetzungen des Paragraph 3, Absatz eins, AVRAG bei Rücknahme des Betriebs durch den Verpächter und die unveränderte Weiterführung durch den selben erfüllt (EuGH RS 287/86 "Ny Moelle Kro"; 8 ObS 219/99k; RIS-Justiz RS0110832).

Gemäß § 3 Abs 1 AVRAG tritt im Fall des Betriebsübergangs der Erwerber als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Gemäß Abs 2 gilt Abs 1 nicht im Fall des Konkurses des Veräußerers. Nach gesicherter Rechtsprechung ist § 3 Abs 2 AVRAG nicht erweiternd dahin auszulegen, dass auch jene Fälle von dieser Ausnahmebestimmung erfasst sein sollen, in denen eine Übernahme zwar vor, aber im Hinblick auf einen bevorstehenden Konkurs stattfindet (RIS-Justiz RS0108285). In der Lehre (Rechberger "Insolvenzrechtliche Probleme des Betriebsteilübergangs, zum Einfluss des AVRAG auf die Unternehmenssanierung" in Tomandl "Der Betriebs(teil)übergang im Arbeitsrecht", 60 f; Holzer/Reissner AVRAG, 113) wird überzeugend darauf hingewiesen, dass für die Anwendung der Ausnahmebestimmung des § 3 Abs 2 AVRAG die bereits erfolgte Eröffnung des Konkurses maßgeblich sein muss. Derjenige der einen Betrieb oder Betriebsteil außerhalb eines Konkurses kauft oder pachtet, hat jedenfalls mit der Eintrittsautomatik des AVRAG zu rechnen und die Kosten der Übernahme der Arbeitsverhältnisse miteinzukalkulieren. Zu keinem anderen Ergebnis führt die richtlinienkonforme Auslegung des § 3 Abs 2 AVRAG. Gemäß Art 4a Abs 1 der hier anzuwendenden Betriebsübergangsrichtlinie RL 77/187/EWG idF RL 98/50/EG gelten, sofern die Mitgliedsstaaten nichts anderes vorsehen, die die Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer regelnden Art 3 und 4 nicht für Übergänge von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw Betriebsteilen bei denen gegen den Veräußerer unter der Aufsicht einer zuständigen öffentlichen Stelle ein Konkursverfahren oder ein entsprechendes Verfahren mit dem Ziel der Auflösung des Vermögens des Veräußerers eröffnet wurde. Unabhängig von der Tragweite dieser Bestimmung kann kein Zweifel daran bestehen, dass nur solche Betriebsübergänge von Ausnahmebestimmungen erfasst sein sollen, welche nach Eröffnung eines derartigen Insolvenzverfahrens stattfinden (9 ObA 41/03z; vgl auch zur offenbar noch restriktiveren Sicht des EuGH RS C-319/94 "Dethier"; RS C-399/96 "Sanders"). Mit der Frage des Geltungsbereichs des § 3 Abs 2 AVRAG innerhalb eines Insolvenzverfahrens und den sich daraus ergebenden Problemen für Auffanggesellschaften beschäftigt sich auch der vom Kläger zur Stützung seines Standpunktes zitierte Beitrag von Weber in wbl 1998, 518 ("Betriebsübergang im Insolvenzverfahren - Auffanggesellschaften durch automatischen Arbeitsvertragsübergang gefährdet?"). Hinweise darauf, die Autorin befürworte die Auslegung des § 3 Abs 2 AVRAG im vom Kläger gewünschten Sinn dahin, dass ein bloß im Hinblick auf ein zu eröffnendes Konkursverfahren bewerkstelligter Betriebsübergang von der Eintrittsautomatik ausgeschlossen werden müsse, sind dem Aufsatz nicht zu entnehmen.Gemäß Paragraph 3, Absatz eins, AVRAG tritt im Fall des Betriebsübergangs der Erwerber als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Gemäß Absatz 2, gilt Absatz eins, nicht im Fall des Konkurses des Veräußerers. Nach gesicherter Rechtsprechung ist Paragraph 3, Absatz 2, AVRAG nicht erweiternd dahin auszulegen, dass auch jene Fälle von dieser Ausnahmebestimmung erfasst sein sollen, in denen eine Übernahme zwar vor, aber im Hinblick auf einen bevorstehenden Konkurs stattfindet (RIS-Justiz RS0108285). In der Lehre (Rechberger "Insolvenzrechtliche Probleme des Betriebsteilübergangs, zum Einfluss des AVRAG auf die Unternehmenssanierung" in Tomandl "Der Betriebs(teil)übergang im Arbeitsrecht", 60 f; Holzer/Reissner AVRAG, 113) wird überzeugend darauf hingewiesen, dass für die Anwendung der Ausnahmebestimmung des Paragraph 3, Absatz 2, AVRAG die bereits erfolgte Eröffnung des Konkurses maßgeblich sein muss. Derjenige der einen Betrieb oder Betriebsteil außerhalb eines Konkurses kauft oder pachtet, hat jedenfalls mit der Eintrittsautomatik des AVRAG zu rechnen und die Kosten der Übernahme der Arbeitsverhältnisse miteinzukalkulieren. Zu keinem anderen Ergebnis führt die richtlinienkonforme Auslegung des Paragraph 3, Absatz 2, AVRAG. Gemäß Artikel 4 a, Absatz eins, der hier anzuwendenden Betriebsübergangsrichtlinie RL 77/187/EWG in der Fassung RL 98/50/EG gelten, sofern die Mitgliedsstaaten nichts anderes vorsehen, die die Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer regelnden Artikel 3 und 4 nicht für Übergänge von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw Betriebsteilen bei denen gegen den Veräußerer unter der Aufsicht einer zuständigen öffentlichen Stelle ein Konkursverfahren oder ein entsprechendes Verfahren mit dem Ziel der Auflösung des Vermögens des Veräußerers eröffnet wurde. Unabhängig von der Tragweite dieser Bestimmung kann kein Zweifel daran bestehen, dass nur solche Betriebsübergänge von Ausnahmebestimmungen erfasst sein

sollen, welche nach Eröffnung eines derartigen Insolvenzverfahrens stattfinden (9 ObA 41/03z; vergleiche auch zur offenbar noch restriktiveren Sicht des EuGH RS C-319/94 "Dethier"; RS C-399/96 "Sanders"). Mit der Frage des Geltungsbereichs des Paragraph 3, Absatz 2, AVRAG innerhalb eines Insolvenzverfahrens und den sich daraus ergebenden Problemen für Auffanggesellschaften beschäftigt sich auch der vom Kläger zur Stützung seines Standpunktes zitierte Beitrag von Weber in wbl 1998, 518 ("Betriebsübergang im Insolvenzverfahren - Auffanggesellschaften durch automatischen Arbeitsvertragsübergang gefährdet?"). Hinweise darauf, die Autorin befürworte die Auslegung des Paragraph 3, Absatz 2, AVRAG im vom Kläger gewünschten Sinn dahin, dass ein bloß im Hinblick auf ein zu eröffnendes Konkursverfahren bewerkstelligter Betriebsübergang von der Eintrittsautomatik ausgeschlossen werden müsse, sind dem Aufsatz nicht zu entnehmen.

Die genannte Autorin weist allerdings gegen Ende ihrer Ausführungen ausdrücklich auf die Gefahr der missbräuchlichen Inanspruchnahme von Zahlungsunfähigkeitsverfahren hin. Gemäß Art 4a Abs 4 der Betriebsübergangsrichtlinie haben die Mitgliedsstaaten dagegen die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen. Solchen Umgehungsversuchen habe der Oberste Gerichtshof schon bisher Einhalt geboten, indem er das allgemeine Rechtsprinzip der Sittenwidrigkeit herangezogen habe. Da die Regelungen der Richtlinie keine exakte Grenze zwischen den verschiedenen Insolvenzverfahren zu ziehen vermögen, werde diese Sittenwidrigkeits-Judikatur wohl auch künftig einerseits zur Einschränkung in Umgehungsfällen und andererseits als Abgrenzungsinstrument von Bedeutung sein. In diesem dargestellten Sinne judiziert der Oberste Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung, dass Kündigungen, die ihren tragenden Grund im Betriebsübergang haben, gemäß § 879 ABGB nichtig seien. Zwar enthalte § 3 AVRAG keine ausdrückliche Bestimmung über ein Kündigungsverbot, doch sei dieses zur Erreichung des Schutzzieles der Richtlinie geboten. Die nur wegen des Betriebsüberganges erfolgte Kündigung widerstreite dem Grundsatz des ex-lege-Überganges des Arbeitsverhältnisses (RIS-Justiz RS0102122; RS0108456).Die genannte Autorin weist allerdings gegen Ende ihrer Ausführungen ausdrücklich auf die Gefahr der missbräuchlichen Inanspruchnahme von Zahlungsunfähigkeitsverfahren hin. Gemäß Artikel 4 a, Absatz 4, der Betriebsübergangsrichtlinie haben die Mitgliedsstaaten dagegen die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen. Solchen Umgehungsversuchen habe der Oberste Gerichtshof schon bisher Einhalt geboten, indem er das allgemeine Rechtsprinzip der Sittenwidrigkeit herangezogen habe. Da die Regelungen der Richtlinie keine exakte Grenze zwischen den verschiedenen Insolvenzverfahren zu ziehen vermögen, werde diese Sittenwidrigkeits-Judikatur wohl auch künftig einerseits zur Einschränkung in Umgehungsfällen und andererseits als Abgrenzungsinstrument von Bedeutung sein. In diesem dargestellten Sinne judiziert der Oberste Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung, dass Kündigungen, die ihren tragenden Grund im Betriebsübergang haben, gemäß Paragraph 879, ABGB nichtig seien. Zwar enthalte Paragraph 3, AVRAG keine ausdrückliche Bestimmung über ein Kündigungsverbot, doch sei dieses zur Erreichung des Schutzzieles der Richtlinie geboten. Die nur wegen des Betriebsüberganges erfolgte Kündigung widerstreite dem Grundsatz des ex-lege-Überganges des Arbeitsverhältnisses (RIS-Justiz RS0102122; RS0108456).

Auch hinsichtlich der einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum Veräußerer judiziert der Oberste Gerichtshof, dass diese, verbunden mit der Vereinbarung der Weiterbeschäftigung beim Erwerber zu ungünstigeren Bedingungen, als unzulässige Umgehung des § 3 Abs 1 AVRAG zu werten sei (9 ObA 17/03w). In seiner Entscheidung 8 ObA 65/03x hat der erkennende Senat ausgesprochen, dass nach einvernehmlicher Auflösung des Dienstverhältnisses und unmittelbar anschließender Einstellung des Klägers im Betrieb des Übernehmers am selben Standort mit identen Betriebsmitteln und Dienstnehmern keine Rede davon sein könne, die Beendigung des Dienstverhältnisses zum Veräußererbetrieb sei ausschließlich im Interesse des Klägers gelegen und dieser habe in der Wahl seines zukünftigen Arbeitgebers frei sein wollen. Die Beendigung des Arbeitsvertrages des Klägers stehe vielmehr in objektivem Zusammenhang mit dem Betriebsübergang. Das verpönte Motiv, die zwingenden Bestimmungen des AVRAG zu unterlaufen, stehe somit prima facie fest, ohne dass der Beklagte dieses entkräften hätte können. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei unwirksam und es könne die entgegen dem wahren Willen des Klägers erfolgte "einvernehmliche" Beendigung des Arbeitsverhältnisses ihm daher nicht schaden. Der EuGH judiziert zu diesem Themenkreis, dass sich die Bestimmungen der Richtlinie insoweit als zwingend darstellen, dass von ihnen nicht zum Nachteil der Arbeitnehmer abgewichen werden dürfe. Die Wahrnehmung der den Arbeitnehmern durch die Richtlinie verliehenen Rechte hänge daher weder von der Zustimmung des Veräußerers oder des Erwerbers, noch von derjenigen der Arbeitnehmervertreter oder der Arbeitnehmer selbst ab. Ausgenommen sei lediglich der Fall, das letztere von der ihnen eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen nach dem Übergang aus freiem Entschluss das Arbeitsverhältnis nicht mit dem neuen Unternehmensinhaber fortzusetzen. Die Bestimmungen der Richtlinie seien für

jedermann verbindlich, einschließlich der gewerkschaftlichen Vertreter der Arbeitnehmer, die davon nicht durch Vereinbarungen mit dem Veräußerer oder dem Erwerber abweichen könnten (EuGH RS C-362/89 "d'Urso"; RS C-472/93 "Luigi Spano"). In der Rechtssache 324/86 ("Daddy's dance hall") hat der EuGH nicht nur darauf verwiesen, dass die Schutzbestimmungen der Betriebsübergangsrichtlinie zwingendes Recht seien, sondern auch hervorgehoben, dass die betroffenen Arbeitnehmer nicht auf die Rechte verzichten könnten, die ihnen aufgrund der Richtlinie zustehen und dass eine Verkürzung dieser Rechte selbst mit ihrer Zustimmung unzulässig sei. An dieser Auslegung ändere auch der Umstand nichts, dass der Arbeitnehmer als Ausgleich für die Nachteile, die ihm aufgrund einer Änderung seines Arbeitsverhältnisses entstehen, neue Vorteile solcherart erhält, dass er insgesamt gesehen nicht schlechter gestellt sei als vorher.Auch hinsichtlich der einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum Veräußerer judiziert der Oberste Gerichtshof, dass diese, verbunden mit der Vereinbarung der Weiterbeschäftigung beim Erwerber zu ungünstigeren Bedingungen, als unzulässige Umgehung des Paragraph 3, Absatz eins, AVRAG zu werten sei (9 ObA 17/03w). In seiner Entscheidung 8 ObA 65/03x hat der erkennende Senat ausgesprochen, dass nach einvernehmlicher Auflösung des Dienstverhältnisses und unmittelbar anschließender Einstellung des Klägers im Betrieb des Übernehmers am selben Standort mit identen Betriebsmitteln und Dienstnehmern keine Rede davon sein könne, die Beendigung des Dienstverhältnisses zum Veräußererbetrieb sei ausschließlich im Interesse des Klägers gelegen und dieser habe in der Wahl seines zukünftigen Arbeitgebers frei sein wollen. Die Beendigung des Arbeitsvertrages des Klägers stehe vielmehr in objektivem Zusammenhang mit dem Betriebsübergang. Das verpönte Motiv, die zwingenden Bestimmungen des AVRAG zu unterlaufen, stehe somit prima facie fest, ohne dass der Beklagte dieses entkräften hätte können. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei unwirksam und es könne die entgegen dem wahren Willen des Klägers erfolgte "einvernehmliche" Beendigung des Arbeitsverhältnisses ihm daher nicht schaden. Der EuGH judiziert zu diesem Themenkreis, dass sich die Bestimmungen der Richtlinie insoweit als zwingend darstellen, dass von ihnen nicht zum Nachteil der Arbeitnehmer abgewichen werden dürfe. Die Wahrnehmung der den Arbeitnehmern durch die Richtlinie verliehenen Rechte hänge daher weder von der Zustimmung des Veräußerers oder des Erwerbers, noch von derjenigen der Arbeitnehmervertreter oder der Arbeitnehmer selbst ab. Ausgenommen sei lediglich der Fall, das letztere von der ihnen eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen nach dem Übergang aus freiem Entschluss das Arbeitsverhältnis nicht mit dem neuen Unternehmensinhaber fortzusetzen. Die Bestimmungen der Richtlinie seien für jedermann verbindlich, einschließlich der gewerkschaftlichen Vertreter der Arbeitnehmer, die davon nicht durch Vereinbarungen mit dem Veräußerer oder dem Erwerber abweichen könnten (EuGH RS C-362/89 "d'Urso"; RS C-472/93 "Luigi Spano"). In der Rechtssache 324/86 ("Daddy's dance hall") hat der EuGH nicht nur darauf verwiesen, dass die Schutzbestimmungen der Betriebsübergangsrichtlinie zwingendes Recht seien, sondern auch hervorgehoben, dass die betroffenen Arbeitnehmer nicht auf die Rechte verzichten könnten, die ihnen aufgrund der Richtlinie zustehen und dass eine Verkürzung dieser Rechte selbst mit ihrer Zustimmung unzulässig sei. An dieser Auslegung ändere auch der Umstand nichts, dass der Arbeitnehmer als Ausgleich für die Nachteile, die ihm aufgrund einer Änderung seines Arbeitsverhältnisses entstehen, neue Vorteile solcherart erhält, dass er insgesamt gesehen nicht schlechter gestellt sei als vorher.

Auf letztere Entscheidung verwies der erkennende Senat unter anderem in seinem einen vergleichbaren Fall betreffenden Urteil 8 Ob 15/95, in welchem er die beendigungsabhängigen Ansprüche von nun beim Betriebsübernehmer beschäftigten Arbeitern gegen den Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen des übertragenden Unternehmens abwies. Er führte dort aus, dass die in Richtlinie und Gesetz vorgesehene Eintrittsautomatik unabhängig von allenfalls gegenteiligen Wollen des bisherigen und des neuen Inhabers ebenso wie des einzelnen betroffenen Arbeitnehmers wirke. Letzterem stehe zwar frei, das Arbeitsverhältnis nach dessen Übergang mit dem neuen Unternehmensinhaber nicht fortzusetzen, ein darüber hinaus gehendes Recht, durch einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Veräußerer und Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages mit dem Übernehmer die Bestimmungen des AVRAG zu Lasten Dritter - des Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds und der übrigen Konkursgläubiger - zu umgehen, stehe ihm jedoch nicht zu. Die partielle Gebundenheit des Arbeitnehmers ergebe sich unzweifelhaft aus der Existenz des speziell eingeschränkten Widerspruchrechts (§ 3 Abs 4 AVRAG) und des begünstigten Selbstkündigungsrechtes gegenüber dem Betriebsnachfolger (§ 3 Abs 5 AVRAG). Beides würde zumindest in der Kombination und wegen der materiellen Einschränkungen anderenfalls keinen Sinn machen. Zur Geltendmachung der Unwirksamkeit des einvernehmlich beendeten Arbeitsverhältnisses seien nicht allein die Arbeitnehmer legitimiert, sondern es komme diese Legitimation jedenfalls auch dem Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen des ehemaligen Arbeitgebers zu. Dieser sei nämlich schon in Anbetracht der im § 7 IESG normierten

Bindungswirkung verpflichtet, auch die Interessen des Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds sowie der übrigen Konkursgläubiger zu wahren. Da somit die einvernehmliche Beendigung der Dienstverhältnisse mit der GesmbH und der geradezu unmittelbar anschließende Abschluss neuer Verträge mit dem Übernehmer für einen im wesentlichen gleichartigen Arbeitsbereich als iSd § 879 ABGB unwirksames Umgehungsgeschäft anzusehen sei, sei die Beendigung der Arbeitsverhältnisse als unwirksam zu qualifizieren und seien die Kläger so zu behandeln, als wären ihre Dienstverträge im Zeitpunkt des Betriebsüberganges noch aufrecht gewesen. Diese Rechtsansicht wurde in der Folge in 8 ObS 126/00p aufrecht erhalten und neuerlich darauf verwiesen, dass dem Arbeitnehmer nicht das Recht zustehe, durch Beendigung des Dienstverhältnisses mit dem Veräußerer und Abschluss eines Arbeitsvertrages mit dem Übernehmer die Bestimmungen des AVRAG zu Lasten Dritter zu umgehen.Auf letztere Entscheidung verwies der erkennende Senat unter anderem in seinem einen vergleichbaren Fall betreffenden Urteil 8 Ob 15/95, in welchem er die beendigungsabhängigen Ansprüche von nun beim Betriebsübernehmer beschäftigten Arbeitern gegen den Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen des übertragenden Unternehmens abwies. Er führte dort aus, dass die in Richtlinie und Gesetz vorgesehene Eintrittsautomatik unabhängig von allenfalls gegenteiligen Wollen des bisherigen und des neuen Inhabers ebenso wie des einzelnen betroffenen Arbeitnehmers wirke. Letzterem stehe zwar frei, das Arbeitsverhältnis nach dessen Übergang mit dem neuen Unternehmensinhaber nicht fortzusetzen, ein darüber hinaus gehendes Recht, durch einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Veräußerer und Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages mit dem Übernehmer die Bestimmungen des AVRAG zu Lasten Dritter - des Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds und der übrigen Konkursgläubiger - zu umgehen, stehe ihm jedoch nicht zu. Die partielle Gebundenheit des Arbeitnehmers ergebe sich unzweifelhaft aus der Existenz des speziell eingeschränkten Widerspruchrechts (Paragraph 3, Absatz 4, AVRAG) und des begünstigten Selbstkündigungsrechtes gegenüber dem Betriebsnachfolger (Paragraph 3, Absatz 5, AVRAG). Beides würde zumindest in der Kombination und wegen der materiellen Einschränkungen anderenfalls keinen Sinn machen. Zur Geltendmachung der Unwirksamkeit des einvernehmlich beendeten Arbeitsverhältnisses seien nicht allein die Arbeitnehmer legitimiert, sondern es komme diese Legitimation jedenfalls auch dem Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen des ehemaligen Arbeitgebers zu. Dieser sei nämlich schon in Anbetracht der im Paragraph 7, IESG normierten Bindungswirkung verpflichtet, auch die Interessen des Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds sowie der übrigen Konkursgläubiger zu wahren. Da somit die einvernehmliche Beendigung der Dienstverhältnisse mit der GesmbH und der geradezu unmittelbar anschließende Abschluss neuer Verträge mit dem Übernehmer für einen im wesentlichen gleichartigen Arbeitsbereich als iSd Paragraph 879, ABGB unwirksames Umgehungsgeschäft anzusehen sei, sei die Beendigung der Arbeitsverhältnisse als unwirksam zu qualifizieren und seien die Kläger so zu behandeln, als wären ihre Dienstverträge im Zeitpunkt des Betriebsüberganges noch aufrecht gewesen. Diese Rechtsansicht wurde in der Folge in 8 ObS 126/00p aufrecht erhalten und neuerlich darauf verwiesen, dass dem Arbeitnehmer nicht das Recht zustehe, durch Beendigung des Dienstverhältnisses mit dem Veräußerer und Abschluss eines Arbeitsvertrages mit dem Übernehmer die Bestimmungen des AVRAG zu Lasten Dritter zu umgehen.

Das Erkenntnis 8 ObS 13/04a betraf die Klage eines anderen ehemaligen Arbeitnehmers der CCC 2 und nunmehrigen Dienstnehmers der CCC 3 gegen die IAF Service GmbH. Der erkennende Senat verwies dort ebenfalls darauf, dass die im AVRAG vorgesehene Eintrittsautomatik unabhängig vom Wollen der Beteiligten wirke und dass das Umgehungsgeschäft zwischen dem bisherigen und dem neuen Betriebsinhaber, das darauf abzielte, die Eintrittsautomatik des AVRAG und die damit verbundene Haftung des Betriebserwerbers für sämtliche Ansprüche des Arbeitnehmers zu unterlaufen, iSd § 879 unwirksam sei. Durch das Umgehungsgeschäft sollte genau der vom Gesetzgeber verpönte Fall, nämlich Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer in einem durchgehend und im Wesentlichen unverändert fortgeführten Betrieb zu geringerem Entgelt unter Befreiung von "Altlasten" verwirklicht werden. Die Ansprüche des Klägers seien deshalb nicht gesichert, weil der nicht insolvente derzeitige Betriebsinhaber (CCC 3) die Ansprüche des Klägers voll zu befriedigen habe. Dieses Unternehmen könne sich gegenüber dem Klägern nicht mit Erfolg darauf berufen, dass dessen Arbeitsverhältnis vor dem Betriebsübergang geendet habe. Die vom Kläger abgegebene Beendigungserklärung könne insoweit nicht als "sittenwidrig" angesehen werden, wenn der Kläger über die näheren Hintergründe nicht informiert gewesen sei.Das Erkenntnis 8 ObS 13/04a betraf die Klage eines anderen ehemaligen Arbeitnehmers der CCC 2 und nunmehrigen Dienstnehmers der CCC 3 gegen die IAF Service GmbH. Der erkennende Senat verwies dort ebenfalls darauf, dass die im AVRAG vorgesehene Eintrittsautomatik unabhängig vom Wollen der Beteiligten wirke und dass das Umgehungsgeschäft zwischen dem bisherigen und dem neuen Betriebsinhaber, das darauf abzielte, die Eintrittsautomatik des AVRAG und die damit

verbundene Haftung des Betriebserwerbers für sämtliche Ansprüche des Arbeitnehmers zu unterlaufen, iSd Paragraph 879, unwirksam sei. Durch das Umgehungsgeschäft sollte genau der vom Gesetzgeber verpönte Fall, nämlich Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer in einem durchgehend und im Wesentlichen unverändert fortgeführten Betrieb zu geringerem Entgelt unter Befreiung von "Altlasten" verwirklicht werden. Die Ansprüche des Klägers seien deshalb nicht gesichert, weil der nicht insolvente derzeitige Betriebsinhaber (CCC 3) die Ansprüche des Klägers voll zu befriedigen habe. Dieses Unternehmen könne sich gegenüber dem Klägern nicht mit Erfolg darauf berufen, dass dessen Arbeitsverhältnis vor dem Betriebsübergang geendet habe. Die vom Kläger abgegebene Beendigungserklärung könne insoweit nicht als "sittenwidrig" angesehen werden, wenn der Kläger über die näheren Hintergründe nicht informiert gewesen sei.

Der Senat verkennt nicht, dass nach den hier zu beurteilenden Feststellungen - anders als in der gerade zitierten Entscheidung - die Übernahme des Arbeitsverhältnisses des Klägers durch die CCC 3 zu gleichen Bedingungen wie bei

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