

# TE OGH 2002/6/5 90bA97/02h

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 05.06.2002

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Maier als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Spenling und Univ. Doz. Dr. Bydlinski sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Helmut Brandl und Mag. Johann Ellersdorfer als weitere Richter in den verbundenen Arbeitsrechtssachen der klagenden Parteien 1.) Walter A\*\*\*\*\*, 2.) Friedrich F\*\*\*\*\*, 3.) Ing. Willibald K\*\*\*\*\*, 4.) Ing. Ewald K\*\*\*\*\*,

5.) Ing. Christian W\*\*\*\*\*, alle vertreten durch Dr. Gottfried Korn und andere, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei T\*\*\*\*\* Luftfahrt AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Andreas Grundei und andere, Rechtsanwälte in Wien, und die Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei A\*\*\*\*\* GmbH iL, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Georg Grießer und andere, Rechtsanwälte in Wien, wegen Feststellung (Streitwert EUR 181.682,09) infolge der Revisionen der beklagten Partei und der Nebenintervenientin gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 20. Dezember 2001, GZ 10 Ra 260/01f-138, mit dem das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 12. Dezember 2000, GZ 19 Cga 138/94s-127, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Den Revisionen wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, den klagenden Parteien zu gleichen Teilen die mit EUR 2.791,39 (darin EUR 465,23 USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Kläger sind Berufspiloten und waren Angestellte der Nebenintervenientin, die eine 100 %ige Tochter der Austrian Airlines (im Folgenden: AUA) ist. In der Generalversammlung der Nebenintervenientin vom 17. 5. 1994 wurde die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft mit Wirkung vom 1. 6. 1994 beschlossen. Mit ihren am 21. 6. 1994 eingebrachten Klagen begeherten die Kläger ursprünglich die Feststellung, dass sie in einem aufrechten Dienstverhältnis zur beklagten Partei stehen; hilfsweise beantragten sie, die am 6. 6. 1994 ausgesprochene Kündigung des Dienstverhältnisses für rechtsunwirksam zu erklären. Im Laufe des Verfahrens (Schriftsatz ON 107) erklärten sie, nunmehr ein Hauptbegehren und mehrere Eventualbegehren zu erheben. Im Rahmen des Hauptbegehrens werde die Feststellung des aufrechten Bestandes ihrer Dienstverhältnisse zur beklagten Partei, mit dem ersten Eventualbegehren die Feststellung des aufrechten Bestandes ihrer Dienstverhältnisse bis zum 31. 3. 1996 angestrebt. Das zweite Eventualbegehren hatte die Zahlung von Bruttobeträgen in Höhe von jeweils über S 500.000,- an offenem Gehalt zum Gegenstand. Im Rahmen eines dritten Eventualbegehrens wurde die Feststellung des aufrechten Bestandes der Dienstverhältnisse bis zum 31. 12. 1994 begehrt; in einem vierten Eventualbegehren streben die Zweit- bis Fünftkläger

die Feststellung des aufrechten Bestandes ihrer Dienstverhältnisse bis 12. 7. 1994 bzw 15. 7. 1994 (Zeitpunkt der Entlassungserklärungen) an. Zuletzt wurde schließlich ein Eventualbegehren auf Rechtsunwirksamklärung der Kündigungen vom 6. 6. 1994 gestellt. Die Kläger brachten dazu im Wesentlichen vor, dass ein Betriebsübergang von der Nebenintervenientin auf die beklagte Partei vorliege, wodurch die beklagte Partei als Dienstgeber in die bisherigen Dienstverträge zwischen den Klägern und der Nebenintervenientin eingetreten sei. Nachdem sich die Kläger geweigert hätten, neue Dienstverträge mit der beklagten Partei zu ungünstigeren Bedingungen abzuschließen und sich mit Schreiben vom 31. 5. 1994 bei der beklagten Partei dienstbereit erklärt hätten, habe die beklagte Partei am 6. 6. 1994 schriftlich die den Klägern am 15. 6. 1994 zugegangene Kündigung ausgesprochen. Diese Kündigung sei einzig wegen des vollzogenen Betriebsübergangs und nur zu dem Zweck ausgesprochen worden, ihnen die nach dem AVRAG zustehenden Rechte vorzuenthalten. Die Kündigung sei auch deshalb unwirksam, weil die Betriebsratsmandate der Kläger nicht erloschen seien, zumal auch die Ersatzmitglieder die Betriebsratsmitglieder über 14 Tage vertreten hätten. Die Kündigungen stellten sich auch als unzulässige Motivkündigungen dar; sie seien ausgesprochen worden, weil die Kläger das Angebot, zu wesentlich schlechteren Bedingungen zu arbeiten, nicht angenommen hätten. Sie seien keineswegs betriebsbedingt erfolgt, zumal die beklagte Partei aus Mangel an Piloten sogar andere Piloten habe beschäftigen müssen. Auch die später ausgesprochenen Kündigungen seien rechtsunwirksam; ein Entlassungsgrund sei nicht vorgelegen.

Die beklagte Partei bestritt einen Betriebsübergang nach den Bestimmungen des AVRAG; die Kläger seien auch nach dem 1. 6. 1994 Dienstnehmer der Nebenintervenientin geblieben. Eine unzulässige Motivkündigung liege nicht vor; die Kündigung sei ausgesprochen worden, weil die Kläger behauptet hätten, Arbeitnehmer der beklagten Partei zu sein. Die Kündigung sei auch personenbedingt erfolgt; die Kläger hätten nämlich 8 Tage vor Betriebseinstellung bei der Nebenintervenientin eine neue Betriebsratswahl initiiert und auch weitere Arbeitnehmer dazu gebracht, ihre Stimme für Betriebsratsmandate abzugeben. Die Kläger hätten streng geheime Geschäftsunterlagen einer qualifizierten Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Die Kündigungen seien auch betriebsbedingt gewesen; bei Aufrechterhaltung des bei der Nebenintervenientin bezogenen Lohnniveaus wäre bei der beklagten Partei eine zwei-Klassen-Belegschaft entstanden, was zu innerbetrieblichen Schwierigkeiten geführt hätte. Ein besonderer Schutz als Betriebsräte komme den Klägern nicht zu; deren Betriebsratsmandate seien wegen der Betriebseinstellung zum 31. 12. 1994 erloschen; eine Konstituierung eines neuen Betriebsrats sei nicht erfolgt. Das Feststellungsinteresse fehle, weil hinsichtlich aller behaupteten Ansprüche aus dem festzustellenden Rechtsverhältnis die Leistungsklage zulässig wäre.

Die dem Verfahren auf Seiten der beklagten Partei beigetretene Nebenintervenientin bestritt ebenfalls einen Betriebsübergang auf die beklagte Partei; ihr Geschäftsbetrieb sei mit 31. 5. 1994 zur Gänze eingestellt worden. Die Kläger seien von der Nebenintervenientin nach Einstellung des Betriebes zum 30. 9. 1994 gekündigt und dienstfrei gestellt worden. Weiters habe die Nebenintervenientin die Kläger Anfang Juni 1994 wegen deren Tätigkeit bei einer anderen Fluglinie entlassen.

Das Erstgericht stellte in seinem Urteil fest, dass das Dienstverhältnis des Erstklägers zur beklagten Partei bis zum 31. 12. 1994, die Dienstverhältnisse des Zweit-, Dritt- und Viertklägers bis zum 12. 7. 1994 und das Dienstverhältnis des Fünftklägers bis zum 15. 7. 1994 aufrecht bestanden habe. Weiters wies es das darüber hinausgehende Begehren auf Feststellung, dass die Dienstverhältnisse über den 31. 12. 1994 bzw den 12./15. 7. 1994 hinaus weiterhin aufrecht bestehen sowie sämtliche Eventualbegehren zurück. Es stellte ua folgendes fest:

Im Bereich der Nebenintervenientin gab es sogenannte "Stammpiloten" (Kapitäne), darunter die Kläger; diese hatten Dienstverträge mit der Nebenintervenientin. Die "Konzernpiloten" (Co-Piloten) waren ebenfalls Dienstnehmer der beklagten Partei, die allerdings mit Rückkehrrechten zur AUA ausgestattet waren.

Als ein neues Vorstandsteam Mitte 1993 die AUA übernahm, wurde eine schlechte Prognose für das Jahr 1993 erstellt, mit einer sich verschlechternden Tendenz für 1994. Es waren daher sowohl Sanierungsmaßnahmen als auch neue Kooperationsverhandlungen mit Lufthansa und ein anderes Projekt im Gespräch. Bei der AUA wurde der Grundsatzbeschluss gefasst, dass die AUA selbständig bleiben, aber ein Netz von Kooperationspartnern haben solle. Als Verlustbringer wurde der Regional- und Inlandsflugbetrieb analysiert. Das Verlustvolumen von 100 Mio ATS teilte sich in 30 Mio ATS aus dem Ergebnis der Nebenintervenientin und 70 Mio ATS auf Zuschüsse der AUA an die Nebenintervenientin. Die Nebenintervenientin führte den Regional- und Inlandflugverkehr. Da auch die Lufthansa bereits mit der beklagten Partei verhandelt hatte, was gegen die Interessen der AUA gewesen wäre, begann die AUA in Kaufverhandlungen mit den Anteilseignern der beklagten Partei einzutreten. Die AUA wollte beim Inlands- und

Regionalflugverkehr nicht, dass die Strecken von Gesellschaften befliegen werden, die gegen die Interessen der AUA arbeiten und dann Zubringerfunktionen für die AUA verloren gehen. Es sollte ein Netz aufgebaut werden, in dem von verschiedenen Kooperationspartnern Teile des Netzes geliefert werden. Die beklagte Partei wiederum suchte damals eine Allianz, da eine Konfrontation zwischen L\*\*\*\*\* und L\*\*\*\*\* auf einer Seite und der AUA auf der anderen Seite für die beklagte Partei existenzbedrohend gewesen wäre. Die AUA war am Zubringerverkehr der Bundesländer nach Wien interessiert und wollte sich diese Passagiere auch erhalten. Gleichzeitig war die AUA entschlossen, die hohen Verluste nicht weiter zu tragen. Die Initiative zur Einleitung von Gesprächen über Kooperationen mit der AUA ging von der beklagten Partei aus. Für die AUA stellte sich die Beteiligung an der beklagten Partei als ein Weg dar, im Regionalflugbereich zu bleiben. Aus luftfahrtpolitischen Gründen wäre eine ersatzlose Streichung der Betriebsleistung der Nebenintervenientin per 31. 5. 1994 nicht denkbar gewesen. Aus diesem Grund wurde von den Organen der AUA, der Nebenintervenientin, der beklagten Partei, der \*\*\*\*\* L\*\*\*\*\* GesmbH, der L\*\*\*\*\* AG und Gernot L\*\*\*\*\* eine Grundsatzvereinbarung unterzeichnet. Diese lautet im Wesentlichen:

"Grundsatzvereinbarung

abgeschlossen zwischen A\*\*\*\*\*-Aktiengesellschaft, \*\*\*\*\* und der A.A.S \*\*\*\*\* einerseits sowie von T\*\*\*\*\* Luftfahrt-Aktiengesellschaft (beklagte Partei), \*\*\*\*\* und deren Aktionäre andererseits betreffend eine Koordinierung der Regionalflugaktivitäten von A.A.S. und T\*\*\*\*\*. Zu einem noch festzulegenden Zeitpunkt (angestrebt wird der 1. Mai 1994) stellt die A.A.S. ihren Linienflugbetrieb zur Gänze ein und T\*\*\*\*\* bedienen alle A.A.S. Strecken in eigener Verantwortung. Zu diesem Zweck least T\*\*\*\*\* von Austrian Airlines bzw der A.L.F. sechs Flugzeuge der Type Fokker 50 und tritt in die bestehenden Leasingverträge ein (vorbehaltlich der Zustimmung des Leasinggebers). Was die beiden von der A.L.F. von der R\*\*\*\*\* erworbenen Dash-8/100 Flugzeuge anbetrifft, welche im Rahmen eines Vertrages zwischen der R\*\*\*\*\* und Austrian Airlines von der R\*\*\*\*\* auf dem Streckennetz von A.A.S. betrieben werden, so werden diese von T\*\*\*\*\* ebenfalls geleast und am 1. 1. 1995 zu einem Preis von ATS .... Mio für beide Flugzeuge von der A.L.F. erworben (Austrian Airlines wird veranlassen, dass die A.L.F. den Verkauf zu diesen Bedingungen durchführt). In den Vertrag Austrian Airlines/R\*\*\*\*\* tritt T\*\*\*\*\* anstelle von Austrian Airlines im Einvernehmen mit Austrian Airlines und R\*\*\*\*\* ein. Die gemeinsame Gesellschaft wird über eine Flotte von 23 Flugzeugen der Typen Fokker 50, Dash-7, Dash-8/100 verfügen. Gemäß gemeinsam erarbeitetem Roh-Budget wird mit einer Beförderungsleistung von 1,170.000 Passagieren im Jahr und einer Betriebsleistung von ATS 2,1 Mrd pro Jahr gerechnet.

Die Aktionäre der T\*\*\*\*\* räumen Austrian Airlines das Recht ein, sich mit 42,85 % (Nominale ATS 57,850.000,-) an T\*\*\*\*\* zu beteiligen.

Dies geschieht durch eine Erhöhung des Grundkapitals von derzeit

Nominale ATS 89,472.000,- auf Nominale ATS 135,000.000,- zum

Kurswert von ATS ... pro ATS 100,- Nominale, wofür Austrian Airlines

das alleinige Bezugsrecht eingeräumt wird, sowie durch Verkauf von

Aktien/Zwischenscheinen im Nominale ATS 8,353.900,- von der \*\*\*\*\*

L\*\*\*\*\* GesmbH, ATS 900.000,- von Herrn Gernot L\*\*\*\*\* und ATS

3,068.100,- von der L\*\*\*\*\* AG zum Kurswert von ATS ... unter

Einschluss der Abgeltung der Bezugsrechte.

Die Durchführung der vorstehenden Transaktionen erfolgt ehestens nachdem feststeht, dass keine kartellrechtliche Untersagung erfolgt, jedenfalls vor dem im 2. Absatz der Seite 1 genannten Zeitpunkt. Die Anzahl der von der Hauptversammlung gewählten Mitglieder des Aufsichtsrates der T\*\*\*\*\* wird in unmittelbarer Folge der Kapitalerhöhung von derzeit vier auf sieben Mitglieder erhöht. Die drei neuen Mitglieder des Aufsichtsrates werden von Austrian Airlines nominiert. Zusammen mit vier Belegschaftsvertretern besteht der Aufsichtsrat aus elf Mitgliedern.

...

Die (neue) T\*\*\*\*\* wird Regionalflugverkehr mit Turboprop- und Jet-Flugzeugen bis zu 80 Fluggastsitzplätzen in eigener Ergebnisverantwortung betreiben. Es wird vereinbart, dass keine Paralleldienste von Austrian Airlines auf dem

Streckennetz von T\*\*\*\*\* und umgekehrt ohne Zustimmung des betroffenen (besitzenden) Partners geführt werden. Das Streckenangebot der Gesellschaft soll sich in das strategische Konzept von Austrian Airlines einordnen, das heißt, dass das auf Basis wirtschaftlicher Grundsätze erstellte Flugprogramm sich nach den Anschlussinteressen von Austrian Airlines richtet. T\*\*\*\*\* übernehmen alle bisherigen AAS-Strecken (einschließlich der mit Austrian Airlines Flugnummern geflogenen Kurse) in unverändertem Umfang und verpflichtet sich, diese für die Dauer von zwei Jahren ab dem 1. 5. 1994 bzw dem tatsächlichen Zeitpunkt der Integration weiterzuführen. Die vor allem auf Zubringerdienste von den Bundesländern nach Wien auftretenden Verluste werden nach momentanem Stand durch Überschüsse bei Auslandsdiensten kompensiert. In weiterer Folge kann bei verlustbringenden Zubringerdiensten das Anbot verändert oder zur Gänze aus dem Markt genommen werden bzw würden Austrian Airlines einen Zuschuss zu solchen in ihrem Interesse liegenden Dienst leisten. Es besteht Übereinstimmung darüber, dass bei der Streckenplanung grundsätzlich kaufmännische Kriterien zur Anwendung gelangen.

T\*\*\*\*\* werden in einem weiteren Schritt - angestrebt wird die Jahresmitte 1994 - eine Verkehrs- und allenfalls auch Vorfeldabfertigung des gemeinsamen Flugangebotes in den Bundesländern installieren. Dazu sind eigene Abfertigungsorganisationen in Graz, Klagenfurt, Linz und Salzburg zu errichten, wobei dem bei Austrian Airlines beschäftigten Personal eine Neuanstellung zu T\*\*\*\*\* Konditionen angeboten wird. Für den Betrieb der sechs plus zwei Fokker 50 mietet T\*\*\*\*\* vorerst die für die Durchführung des Fokker 50 Programmes benötigten Piloten von der A.A.S. zu Stundensätzen an, ebenso wird die Wartung der Fokker 50 durch Austrian Airlines, gleichfalls auf Basis von zu vereinbarenden Kostensätzen pro Flugstunde, durchgeführt. Diese Stundensätze orientieren sich am Kostenniveau der T\*\*\*\*\*. Die beiden Dash-8/100 werden von R\*\*\*\*\* flugbetrieblich und technisch bis zum Ablauf gegenständlichen Vertrages betreut. Zum ehestmöglichen Zeitpunkt, jedenfalls aber mit fortschreitender Standardisierung der Flotte, werden die Dienstverträge zwischen der A.A.S. und ihren Piloten auf Kosten der A.A.S. aufgelöst und bieten T\*\*\*\*\* den Piloten der A.A.S. eine Anstellung zu T\*\*\*\*\* Konditionen an.

T\*\*\*\*\* werden von Austrian Airlines bestimmte Leistungen zukaufen. Als Grundsatz für die Verrechnung gelten Sparsamkeit und Marktüblichkeit. Die von Austrian Airlines zu erbringenden Leistungen umfassen den Lease von sechs Fokker 50 und (vorerst) zwei Dash-8/100, die Wartung der Fokker 50, die Kostenvergütung für die Fokker 50 Piloten (bis zu einem Eintritt in das T\*\*\*\*\* Dienstverhältnis), die Nutzung der Verkaufsorganisation und (teilweise) auch von Serviceleistungen auf Außenstationen der Austrian Airlines durch T\*\*\*\*\* und andere. Die für das Geschäftsjahr 1994 vereinbarten Entgelte finden sich in der Beilage zu dieser Vereinbarung. Die Entgelte sind jeweils für ein Geschäftsjahr zu vereinbaren, sowie dann neu festzusetzen, wenn sich die Voraussetzungen wesentlich geändert haben. Die Neueinstellung der Piloten der A.A.S. erfolgt nach dem zum Zeitpunkt der Anstellung geltenden T\*\*\*\*\* Kollektivvertrag, wobei diese Piloten in die Senioritätsliste der T\*\*\*\*\* integriert werden. Die genauen Modalitäten für die Anrechnung der Vordienstzeiten sowie für die Gehaltseinstufung werden einvernehmlich festgelegt. Das fliegende Personal wird mit lokalen Dienstorten in Wien, Innsbruck, Graz, Klagenfurt, Linz und Salzburg eingestellt. Gleiches gilt für die Mitarbeiter der Austrian Airlines Stationen in den Bundesländern.

Die von Austrian Airlines/A.L.F. geleaste Flugzeuge gehen in die Halterschaft von T\*\*\*\*\* über, wobei hinsichtlich der zwei Dash-8/100 Flugzeuge die Zustimmung der R\*\*\*\*\* notwendig ist. Für dieses Vorgehen ist eine Ausweitung der Beförderungsbewilligung der T\*\*\*\*\* erforderlich. Die Fokker 50 Flotte wird vorerst auf die Standorte Wien (drei), Salzburg (drei) und Graz (zwei) konzentriert, die Dash-8/100 der R\*\*\*\*\* kommen in Graz und Klagenfurt zum Einsatz. Es wird vereinbart, dass T\*\*\*\*\* einen Anteil an allfälligen Buchgewinnen beim Verkauf von Fokker 50 Flugzeugen erhalten, der dem Verhältnis zwischen Nutzung bei Austrian Airlines und bei T\*\*\*\*\* entspricht. Anschaffungswerte und Nutzungsbeginn der sechs Fokker 50 Flugzeuge sind nach Angabe von Austrian Airlines folgende .... In Anbetracht der Typenvielfalt wird mittelfristig eine Standardisierung der Flotte angestrebt. Die beiden Dash-7 sollen ebenso wie die zwei von A\*\*\*\*\* geleaste Fokker 50 durch Dash-8/300 ersetzt werden. Dies sollte bis März 1995 erfolgen; einem Abgang von vier Einheiten steht ein Zugang von drei Einheiten gegenüber. (Eine überzählige Dash-7 wird im Sommer 1994 als stand-by Flugzeug zur Verfügung stehen und im Oktober 1994 eine ausscheidende (geleaste) Fokker 50 ersetzen.) Mittelfristig sollen die verbleibenden sechs Fokker 50 in Wien konzentriert und der Verkehr von/nach den Bundesländern mit Dash-8/100 und Dash-8/300 betrieben werden. Die unterschiedliche Bemalung der Flugzeuge wird - aus Kostengründen - vorerst beibehalten. Die im Austrian Airlines Schema bemalten Flugzeuge erhalten den Zusatz "Operated by T\*\*\*\*\*", die im T\*\*\*\*\* Schema bemalten Flugzeuge den Zusatz "Austrian Regional". Eine Entscheidung über ein einheitliches Bemalungsschema sowie den Auftritt am Markt wird nach kommerziellen Kriterien zu einem

späteren Zeitpunkt getroffen. Mittelfristig wäre eine Änderung oder Adaption des Firmenwortlautes T\*\*\*\*\* Luftfahrt Aktiengesellschaft zu prüfen, die dem geänderten Tätigkeitsbereich Rechnung trägt und der Gesellschaft im Vertrieb Vorteile bringt.

Zur Abgrenzung der Interessen zwischen Austrian Airlines und T\*\*\*\*\* verpflichten sich Austrian Airlines und A.A.S. sowie ihre Tochter- und Beteiligungsgesellschaften, sofern auf diese maßgeblicher Einfluss ausgeübt werden kann, keine Turboprop-Flugzeuge von 80 oder weniger Fluggastsitzplätzen einzusetzen. Der mögliche Einsatz von T\*\*\*\*\* Flugzeugen auf dem Streckennetz der Austrian Airlines durch Auftragsdienste wird durch diese Vereinbarung nicht ausgeschlossen. Diese Vereinbarung wird unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung bzw Nichtuntersagung des Kartellgerichtes gemäß § 42b Kartellgesetz 1993 abgeschlossen. Sollte sich nach Einschätzung von Austrian Airlines und T\*\*\*\*\* eine Anmeldung dieses Vertrages nach EU/EWR Wettbewerbsrecht zweckmäßig erweisen, werden Austrian Airlines und T\*\*\*\*\* gemeinsam die erforderlichen Schritte setzen."Zur Abgrenzung der Interessen zwischen Austrian Airlines und T\*\*\*\*\* verpflichten sich Austrian Airlines und A.A.S. sowie ihre Tochter- und Beteiligungsgesellschaften, sofern auf diese maßgeblicher Einfluss ausgeübt werden kann, keine Turboprop-Flugzeuge von 80 oder weniger Fluggastsitzplätzen einzusetzen. Der mögliche Einsatz von T\*\*\*\*\* Flugzeugen auf dem Streckennetz der Austrian Airlines durch Auftragsdienste wird durch diese Vereinbarung nicht ausgeschlossen. Diese Vereinbarung wird unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung bzw Nichtuntersagung des Kartellgerichtes gemäß Paragraph 42 b, Kartellgesetz 1993 abgeschlossen. Sollte sich nach Einschätzung von Austrian Airlines und T\*\*\*\*\* eine Anmeldung dieses Vertrages nach EU/EWR Wettbewerbsrecht zweckmäßig erweisen, werden Austrian Airlines und T\*\*\*\*\* gemeinsam die erforderlichen Schritte setzen."

Die AUA suchte sich durch diese Grundsatzvereinbarung von ihren Verlusten zu entlasten. Die Beteiligung der AUA an der beklagten Partei sollte dieselbe sein wie die des anderen Hauptaktionärs; diesem sollten gewisse Vetorechte gesichert werden. Es sollte auch eine Abstimmung zwischen den beiden Fluglinien hinsichtlich der zu betreibenden Flugzeuge stattfinden. Die beklagte Partei sollte bis 80-sitzige Flugzeuge, AUA darüber bedienen. Eine Parallelbedienung von Strecken sollte nicht stattfinden. Sehr wichtig war auch, dass eine Unterbrechung im Zubringerverkehr nicht entstehen sollte. Die Grundsatzvereinbarung enthält eine Fortführungsverpflichtung, die für AUA wichtig war. Sie wollte ihre bisherigen Kunden nicht im Regen stehen lassen; die beklagte Partei sollte die Flugverbindungen aufrecht halten. In der Grundsatzvereinbarung sind die "bisherigen A.A.S.-Strecken" erwähnt, die durch den Flugplan determiniert werden. Diese Strecken werden von der beklagten Partei seit dem 1. 6. 1994 auch alle beflogen. Die Fortführungsverpflichtung war auch deshalb wichtig, weil sich die beklagte Partei nicht nur die einträglichen Strecken herausuchen sollte.

In der Grundsatzvereinbarung war als Integrationstermin der 1. 5. 1994 vorgesehen; es musste eine Verschiebung auf den neuen Termin 1. 6. 1994 erfolgen, weil nicht alle Maßnahmen gesetzt werden konnten, damit eine Unterbrechung des Flugbetriebes vermieden würde. Mit Schriftsatz vom 10. 3. 1994 meldeten die AUA und die beklagte Partei einen Zusammenschluss gemäß § 41 Kartellgesetz beim Kartellgericht an. In dem Antrag wird auf den wesentlichen Inhalt der Grundsatzvereinbarung hingewiesen. Das Kartellgericht ordnete mit Beschluss vom 13. 5. 1994 die Eintragung des Zusammenschlusses betreffend die AUA und die beklagte Partei an. Im Frühjahr 1994 erhielt der stellvertretende Flugbetriebsleiter der Nebenintervenientin und Flottenchef für Fokker 50 Maschinen vom damaligen Geschäftsführer der Nebenintervenientin das Mandat, das Flugbetriebliche abzuklären und mit der beklagten Partei Besprechungen zu führen, um die Weiterführung des Flugbetriebes durch die beklagte Partei zu gewährleisten. Der Auftrag lautete auf die Ermöglichung der reibungslosen Überführung des Flugbetriebes auf die beklagte Partei. Der Flugbetriebsleiter der Nebenintervenientin wurde von einem leitenden AUA-Mitarbeiter im April 1994 auch informiert, dass der Flugbetrieb von der beklagten Partei weitergeführt werden sollte. In der Folge wurde auch eine Arbeitsgruppe "AVRAG" eingerichtet, in der der Generalsekretär der AUA intern über das AVRAG referierte. Dabei wurden schließlich Angebote an die Piloten hinsichtlich Vertragsbeendigung und Beginn des Dienstverhältnisses bei der beklagten Partei erarbeitet. Im Rahmen dieser Arbeitsgruppe wurde seitens der beklagten Partei ein Rechtsgutachten in Auftrag gegeben, welches zu einer Nichtanwendung des AVRAG auf den vorliegenden Fall gelangte. Die vom Mitarbeitern der AUA mit der beklagten Partei geführten Gespräche dienten der Vorsorge, dass die betroffenen Kunden nicht "in der Luft hängen". In der Grundsatzvereinbarung war als Integrationstermin der 1. 5. 1994 vorgesehen; es musste eine Verschiebung auf den neuen Termin 1. 6. 1994 erfolgen, weil nicht alle Maßnahmen gesetzt werden konnten, damit eine Unterbrechung des Flugbetriebes vermieden würde. Mit Schriftsatz vom 10. 3. 1994 meldeten die AUA und die beklagte Partei einen

Zusammenschluss gemäß Paragraph 41, Kartellgesetz beim Kartellgericht an. In dem Antrag wird auf den wesentlichen Inhalt der Grundsatzvereinbarung hingewiesen. Das Kartellgericht ordnete mit Beschluss vom 13. 5. 1994 die Eintragung des Zusammenschlusses betreffend die AUA und die beklagte Partei an. Im Frühjahr 1994 erhielt der stellvertretende Flugbetriebsleiter der Nebenintervenientin und Flottenchef für Fokker 50 Maschinen vom damaligen Geschäftsführer der Nebenintervenientin das Mandat, das Flugbetriebliche abzuklären und mit der beklagten Partei Besprechungen zu führen, um die Weiterführung des Flugbetriebes durch die beklagte Partei zu gewährleisten. Der Auftrag lautete auf die Ermöglichung der reibungslosen Überführung des Flugbetriebes auf die beklagte Partei. Der Flugbetriebsleiter der Nebenintervenientin wurde von einem leitenden AUA-Mitarbeiter im April 1994 auch informiert, dass der Flugbetrieb von der beklagten Partei weitergeführt werden sollte. In der Folge wurde auch eine Arbeitsgruppe "AVRAG" eingerichtet, in der der Generalsekretär der AUA intern über das AVRAG referierte. Dabei wurden schließlich Angebote an die Piloten hinsichtlich Vertragsbeendigung und Beginn des Dienstverhältnisses bei der beklagten Partei erarbeitet. Im Rahmen dieser Arbeitsgruppe wurde seitens der beklagten Partei ein Rechtsgutachten in Auftrag gegeben, welches zu einer Nichtanwendung des AVRAG auf den vorliegenden Fall gelangte. Die vom Mitarbeitern der AUA mit der beklagten Partei geführten Gespräche dienten der Vorsorge, dass die betroffenen Kunden nicht "in der Luft hängen".

Bereits im Frühjahr 1994 fanden auch Kontakte der AUA und der beklagten Partei im Verkehrsministerium statt. Ein Vertreter des Ministeriums äußerte, es solle personell alles so weiter laufen wie bisher, das heißt der bisherige Fokker-Flottenchef solle weiterhin mit seinen ihm unterstellten Mitarbeitern für den Flugbetrieb verantwortlich bleiben. Thema war auch, ob die beklagte Partei die Bewilligung für die bisher von der beklagten Partei betriebenen Flugzeuge Fokker 50 bekommt; die Gespräche dienten auch dazu, dass die beklagte Partei die notwendige Konzessionserweiterung erhält. Die beklagte Partei verfügte nämlich vor dem 1. 6. 1994 über eine Linienflugkonzession für Inland und Ausland zur gewerbsmäßigen Beförderung von Personen und Sachen mit einem Umfang von 15 Motorflugzeugen der Gewichtsklassen E und F mit jeweils maximal 52 Fluggastsitzplätzen und 2 Motorflugzeugen der Gewichtsklasse E und F mit maximal 100 Fluggastsitzplätzen, weiters über Betriebsaufnahmegenehmigungen für den Flugzeugtyp Dash-7/8, nicht aber für Fokker 50. Es war klar, dass die Nebenintervenientin ihre Bewilligungen zurücklegen werde, sodass ein Konnex zwischen Zurücklegung der entsprechenden Genehmigungen durch die Nebenintervenientin und die Erteilung an die beklagte Partei bestand und klar war, dass nur die beklagte Partei die flugbetrieblichen Aktivitäten der Nebenintervenientin weiter machen und den Flugbetrieb übernehmen werde.

Die Erweiterung der Konzession für den Fluglinien- und Bedarfsverkehr von insgesamt 15 Motorflugzeugen wurden von der beklagten Partei am 7. 3. 1994 beantragt. In diesem Antrag wurden die Beteiligung der AUA an der beklagten Partei, die Einstellung des Fluglinienbetriebes durch die Nebenintervenientin und die Weiterführung aller bestehenden Flugstrecken der Nebenintervenientin in eigener Verantwortung durch die beklagte Partei samt dem in Aussicht genommenen Termin 1. 5. 1994 (der letztlich auf 1. 6. 1994 verschoben werden musste) erwähnt. Die beklagte Partei beantragte am 17. 3. 1994 auch die Betriebsaufnahmegenehmigung mit Flugzeugen des Typs Fokker 50. Mit Bescheiden vom 18. und 20. 5. 1994 wurden der beklagten Partei die Bewilligungen erteilt.

Nach dem 1. 6. 1994 deckte die beklagte Partei die vor diesem Zeitpunkt von der Nebenintervenientin betriebenen Binnen- und Regionalflugverkehrsstrecken, sowohl im Inland als auch im Ausland, zur Gänze ab. Die vor dem 1. 6. 1994 von der Nebenintervenientin befliegenen Strecken wurden von der beklagten Partei danach grundsätzlich mit den Fokker 50-Maschinen und den früheren Piloten der Nebenintervenientin bedient. Die beklagte Partei dehnte ihr Streckennetz auch auf Strecken aus, die bis dahin von der AUA bedient worden waren. Mit 1. 6. 1994 wurden 25 Stammpiloten von der Nebenintervenientin übernommen, welche bei der Nebenintervenientin ihr Dienstverhältnis zum 30. 4. 1994 einvernehmlich aufgelöst und im Mai 1994 bereits zu Konditionen der beklagten Partei bei der A.A.T. Dienst versehen hatten. 29 Konzernpiloten wurden im Wege von Leiharbeitsverträgen in drei - zeitlich geteilten - Gruppen zur Verfügung gestellt. Der Sollstand von 29 Kapitänen für den Betrieb von 8 Fokker 50 wurde um 6 Positionen unterschritten, sodass es unvermeidbar war, eine Fokker 50 am Boden zu halten. Um die für die AUA wichtigen Strecken im Zubringerverkehr betreiben zu können, musste der Dash 8-Betrieb umgestellt werden.

Entsprechend der mit der beklagten Partei getroffenen Grundsatzvereinbarung hatte die Nebenintervenientin ihren Stammpiloten eine einvernehmliche Auflösung der Dienstverhältnisse zum 30. 4. 1994 unter Bezahlung gesetzlicher bzw kollektivvertraglicher Abfertigungen, dreier weiterer Monatsgehälter und die Bezahlung einer Abgeltung der

Firmenpensionsansprüche, verbunden mit einem Generalverzicht und darüber hinausgehende Ansprüche und auch ein Verzicht auf Geltendmachung allfälliger Rechte nach dem AVRAG angeboten. Die Stammpiloten sollten nach dem 30. 4. 1994 ein für einen Monat befristetes Dienstverhältnis mit der Firma A\*\*\*\*\* im Mai 1994 eingehen und zu Bedingungen des Kollektivvertrages der beklagten Partei ab 1. 6. 1994 ein unbefristetes Dienstverhältnis zur beklagten Partei haben. Die befristete Tätigkeit bei A.A.T. bezog sich für jene Stammpiloten, die das Angebot der Nebenintervenientin angenommen hatten, nur auf ihre Dienstverträge, da den Flugbetrieb im Mai 1994 die Nebenintervenientin weitergeführt hatte. Es fand auch eine Betriebsversammlung bei der Nebenintervenientin statt, an der auch Vertreter des Vorstandes der AUA teilnahmen. Die Piloten wurden vor die Tatsache gestellt, dass entweder eine Übernahme der Piloten durch die beklagte Partei erfolge oder eine Beendigung der Dienstverhältnisse zur Nebenintervenientin. Seitens der AUA wurde eine Weiterbeschäftigung der Stammpiloten der A.A.S. bei der AUA abgelehnt. Die AUA rechnete nicht damit, dass einer der Stammpiloten das Angebot des Einstieges bei der beklagten Partei nicht annehmen werde. Ein Vorstandsmitglied erklärte, dass jene Piloten, die das Angebot der beklagten Partei nicht annehmen werden, gekündigt würden. Ein anderes Vorstandsmitglied der AUA, erklärte gegenüber dem Drittkläger, er werde auf der Straße stehen ohne Beschäftigung, wenn er sich auf einen AVRAG-Prozess einlasse. Der Generalsekretär äußerte bei der Betriebsversammlung, man wisse nicht, ob die Maßnahme einen Betriebsübergang darstelle, erwähnte aber, es solle durch Verwendung eines Zwischenvertrages mit der A.A.T. vermieden werden, dass das AVRAG zur Anwendung komme. Der Vorstand der beklagten Partei führte mit den Klägern auch persönliche Gespräche und zeigte ihnen das Interesse der beklagten Partei, dass die Kläger dort arbeiten. Die Vertreter der beklagten Partei waren daran interessiert, dass ihr Pilotenstand aufgefüllt werde.

Die Kläger, aber auch die anderen Piloten, die zu diesem Zeitpunkt Gespräche über die Fortsetzung ihrer Dienstverhältnisse führten, wussten auch, dass die beklagte Partei keine Standortgarantie geben wollte und eine erhöhte Versetzbarkeit innerhalb Österreichs die Folge gewesen wäre. Den Klägern wurden von der beklagten Partei Dienstverhältnisse mit präzisen Bedingungen über Einreihung im Gehaltsschema, Senioritätsdatum, Dienstorte und Vorrückungen angeboten.

Die Kläger erhielten nach dem 1. 6. 1994 trotz Erklärung ihrer Arbeitsbereitschaft weder eine Diensteinteilung von der Nebenintervenientin noch eine von der beklagten Partei. Mit Schreiben vom 6. 6. 1994 erklärte die beklagte Partei gegenüber den Klägern für den (von ihr bestrittenen) Fall eines Übergangs der Dienstverhältnisse die ordentliche Kündigung (zum 31. 12. 1994). Die Kündigungen wurden ausgesprochen, um zu verhindern, dass die Kläger durch den Betriebsübergang Dienstnehmer der beklagten Partei werden, ohne wie die anderen ehemaligen Piloten der Nebenintervenientin auf ihre Rechte aus dem Betriebsübergang zu verzichten. Im Juli 1994 sprach die beklagte Partei gegenüber allen Klägern mit Ausnahme des Erstklägers die Entlassung aus. Die daraufhin von den betroffenen Klägern angestrebten arbeitsgerichtlichen Verfahren, in denen die Entlassungen angefochten bzw die Feststellung begehrt wurde, dass die Dienstverhältnisse ungeachtet der ausgesprochenen Entlassung weiter aufrecht sind, wurden bis zur Rechtskraft des gegenständlichen Verfahrens unterbrochen. In der Folge sprach die beklagte Partei - für den Fall, dass die Dienstverhältnisse ungeachtet der bisherigen Auflösungserklärungen weiterhin bestehen sollten - mit Schreiben vom 11. 8. 1995 neuerlich die Kündigung zum 31. 3. 1996 aus. Unter Hinweis darauf, dass die Kündigungen nicht ordnungsgemäß vorgenommen worden seien, wurden sie mit Schreiben vom 21., 22. bzw 23. 9. 1995 wiederholt. Die hinsichtlich dieser Kündigungen von den Klägern angestrebten Verfahren sind ebenfalls unterbrochen.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsansicht, dass von einem Betriebsübergang von der Nebenintervenientin auf die beklagte Partei gemäß § 3 Abs 1 AVRAG auszugehen sei, womit die Dienstverhältnisse der Kläger über den 1. 6. 1994 hinaus - nunmehr zur beklagten Partei - fortbestanden hätten. Die Voraussetzungen für die Annahme eines Betriebsübergangs seien aufgrund der den betreffenden Vorgang kennzeichnenden tatsächlichen Umstände zu beurteilen, wie etwa die Übernahme der materiellen und immateriellen Aktiva, des Großteils der Belegschaft, des Übergangs der Kundschaft, des Grades der Ähnlichkeit zwischen der vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit und der Dauer einer eventuellen Einstellung dieser Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Übergang. Ein Betriebsübergang liege vor, wenn der neue Inhaber mit den übernommenen sachlichen und immateriellen Betriebsmitteln und mit Hilfe der Arbeitnehmer bestimmte arbeitstechnische Ziele erreichen könne. Bei der Übernahme von Betrieben iSd § 3 AVRAG komme es sehr häufig vor, dass Betriebe oder Betriebsteile nicht im Verhältnis 1:1 übergehen. Tatsache sei, dass die beklagte Partei von der Nebenintervenientin das Gerät übernommen habe, das diese selbst benützt hätte. Sinn des sogenannten "Deals" sei es gewesen, den Inlands- und

Regionalflugverkehr auf eine Art und Weise weiterzuführen, die der AUA alle Einflussnahmen weiterhin sichere; weiters sollten die innerhalb Österreichs reisenden Passagiere nicht an andere, allenfalls ausländische Fluggesellschaften verloren gehen. Die Nebenintervenientin habe mit teilweise von der AUA geleasten Maschinen den Inlands- und den Regionalflugverkehr durchgeführt, den nachher die beklagte Partei ausgeführt habe. Damit sei eine organisatorische Einheit auf die beklagte Partei übergegangen. Die Änderungen in den Flugplänen und Flugstrecken seien nicht sehr groß. Im Wesentlichen sei die Geschäftstätigkeit ident, wenn die Beklagte auch ab dem 1. 6. 1994 die Geschäftstätigkeit ausgeweitet habe. Jedenfalls habe sie auch die "Kundschaft" übernommen, zumal es geradezu Sinn und Zweck der Grundsatzvereinbarung gewesen sei, den Wechsel der Passagiere zu anderen Fluggesellschaften zu verhindern. Schließlich sei auch der nach Zahl und Sachkunde wesentliche Teil der Belegschaft übernommen worden, insbesondere alle Piloten, die nicht schon ein Rückkehrrecht zur AUA gehabt hätten. Es spiele dabei auch keine Rolle, dass ein überwiegender Anteil der Piloten in der Zeit vom 1. bis 31. 5. 1994 ein befristetes Dienstverhältnis zur A.A.T. eingegangen sei; in dieser Zeit hätten sie die bisherige Tätigkeit weitergeführt und auch die schon bisher verwendeten Maschinen weiterbedient. Die von der beklagten Partei mit Schreiben vom 6. 6. 1994 ausgesprochene Kündigung erweise sich als im Sinn des § 879 ABGB unwirksam, weil sie in unmittelbarer Folge eines Betriebsüberganges und wegen des erfolgten Betriebsüberganges ausgesprochen worden sei. Die aus Anlass des erfolgten Betriebsüberganges im Bestreben, das Bestehen von zwei Klassen von Piloten zu vermeiden, ausgesprochenen Kündigungen hätten keine Rechtswirksamkeit erlangen können. Die Voraussetzungen für verhaltensbedingte Kündigungen lägen nicht vor. Das Verhalten der Kläger im Zusammenhang mit der Betriebsratswahl stelle eine legale Möglichkeit dar, einen Verhandlungspartner herzustellen, damit über das Schicksal der - nach dem 1. 6. 1994 allein verbleibenden - Kläger Verhandlungen geführt werden könnten; das Verhalten der Kläger stelle keine Vertrauensunwürdigkeit dar, die die beklagte Partei berechtigt hätte, sofort nach dem Betriebsübergang Kündigungen auszusprechen. Das Erstgericht vertrat die Rechtsansicht, dass von einem Betriebsübergang von der Nebenintervenientin auf die beklagte Partei gemäß Paragraph 3, Absatz eins, AVRAG auszugehen sei, womit die Dienstverhältnisse der Kläger über den 1. 6. 1994 hinaus - nunmehr zur beklagten Partei - fortbestanden hätten. Die Voraussetzungen für die Annahme eines Betriebsüberganges seien aufgrund der den betreffenden Vorgang kennzeichnenden tatsächlichen Umstände zu beurteilen, wie etwa die Übernahme der materiellen und immateriellen Aktiva, des Großteils der Belegschaft, des Übergangs der Kundschaft, des Grades der Ähnlichkeit zwischen der vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit und der Dauer einer eventuellen Einstellung dieser Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Übergang. Ein Betriebsübergang liege vor, wenn der neue Inhaber mit den übernommenen sachlichen und immateriellen Betriebsmitteln und mit Hilfe der Arbeitnehmer bestimmte arbeitstechnische Ziele erreichen könne. Bei der Übernahme von Betrieben iSd Paragraph 3, AVRAG komme es sehr häufig vor, dass Betriebe oder Betriebsteile nicht im Verhältnis 1:1 übergehen. Tatsache sei, dass die beklagte Partei von der Nebenintervenientin das Gerät übernommen habe, das diese selbst benützt hätte. Sinn des sogenannten "Deals" sei es gewesen, den Inlands- und Regionalflugverkehr auf eine Art und Weise weiterzuführen, die der AUA alle Einflussnahmen weiterhin sichere; weiters sollten die innerhalb Österreichs reisenden Passagiere nicht an andere, allenfalls ausländische Fluggesellschaften verloren gehen. Die Nebenintervenientin habe mit teilweise von der AUA geleasten Maschinen den Inlands- und den Regionalflugverkehr durchgeführt, den nachher die beklagte Partei ausgeführt habe. Damit sei eine organisatorische Einheit auf die beklagte Partei übergegangen. Die Änderungen in den Flugplänen und Flugstrecken seien nicht sehr groß. Im Wesentlichen sei die Geschäftstätigkeit ident, wenn die Beklagte auch ab dem 1. 6. 1994 die Geschäftstätigkeit ausgeweitet habe. Jedenfalls habe sie auch die "Kundschaft" übernommen, zumal es geradezu Sinn und Zweck der Grundsatzvereinbarung gewesen sei, den Wechsel der Passagiere zu anderen Fluggesellschaften zu verhindern. Schließlich sei auch der nach Zahl und Sachkunde wesentliche Teil der Belegschaft übernommen worden, insbesondere alle Piloten, die nicht schon ein Rückkehrrecht zur AUA gehabt hätten. Es spiele dabei auch keine Rolle, dass ein überwiegender Anteil der Piloten in der Zeit vom 1. bis 31. 5. 1994 ein befristetes Dienstverhältnis zur A.A.T. eingegangen sei; in dieser Zeit hätten sie die bisherige Tätigkeit weitergeführt und auch die schon bisher verwendeten Maschinen weiterbedient. Die von der beklagten Partei mit Schreiben vom 6. 6. 1994 ausgesprochene Kündigung erweise sich als im Sinn des Paragraph 879, ABGB unwirksam, weil sie in unmittelbarer Folge eines Betriebsüberganges und wegen des erfolgten Betriebsüberganges ausgesprochen worden sei. Die aus Anlass des erfolgten Betriebsüberganges im Bestreben, das Bestehen von zwei Klassen von Piloten zu vermeiden, ausgesprochenen Kündigungen hätten keine Rechtswirksamkeit erlangen können. Die Voraussetzungen für verhaltensbedingte Kündigungen lägen nicht vor. Das Verhalten der Kläger im Zusammenhang mit der Betriebsratswahl stelle eine legale

Möglichkeit dar, einen Verhandlungspartner herzustellen, damit über das Schicksal der - nach dem 1. 6. 1994 allein verbleibenden - Kläger Verhandlungen geführt werden könnten; das Verhalten der Kläger stelle keine Vertrauensunwürdigkeit dar, die die beklagte Partei berechtigt hätte, sofort nach dem Betriebsübergang Kündigungen auszusprechen.

Da die nach dem 6. 6. 1994 ausgesprochenen Entlassungen bzw die weiteren Kündigungen Gegenstand eigener Rechtsstreitigkeiten seien, liege insoweit Streitanhängigkeit vor, weshalb die Eventualbegehren zurückzuweisen seien. Da aus diesem Grunde auch die Berechtigung der Entlassungen (zu einem vor dem Kündigungstermin liegenden Beendigungszeitpunkt) nicht überprüft werden könne, habe sich die Feststellung des Fortbestehens der Dienstverhältnisse auf die im Spruch angeführten Zeitpunkte zu beschränken.

Das Berufungsgericht änderte über Berufung der Kläger die Entscheidung des Erstgerichtes dahin ab, dass es feststellte, dass die Arbeitsverhältnisse zwischen den Streitteilen "durch die Kündigung vom 6. 6. 1994 nicht beendet wurden". Mit ihrem Rekurs gegen den zurückweisenden Teil der erstinstanzlichen Entscheidung verwies es die Kläger auf die Entscheidung über die Berufung. Es vertrat die Rechtsansicht, dass die Frage eines Betriebsübergangs aufgrund der tatsächlichen Umstände zu beurteilen sei, wie etwa der Übernahme der materiellen oder immateriellen Aktiva und des Großteils der Belegschaft, des Übergangs der Kundschaft, des Grads der Ähnlichkeit zwischen der vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit und der Dauer einer eventuellen Einstellung dieser Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Übergang. Diese Tatbestandsmerkmale seien im Rahmen eines beweglichen Systems anzuwenden, sodass ein Betriebsübergang auch dann anzunehmen sei, wenn einzelne der aufgezeigten Tatbestandsmerkmale nicht oder nur ansatzweise, andere dafür aber umso ausgeprägter verwirklicht seien. Dem AVRAG sei der Betriebsbegriff der Betriebsverfassung zugrundezulegen. Bei der Nebenintervenientin habe ein Flugbetrieb im engeren Sinn bestanden, der auf die beklagte Partei übergegangen sei. Die beklagte Partei habe im Wesentlichen die gleichen Strecken angefliegen wie vorher die Nebenintervenientin; sie habe dabei auch einen Teil der Piloten der Nebenintervenientin sowie der von dieser genutzten Maschinen verwendet. Im Wesentlichen sei auch ein identer Kundenkreis (Passagierkreis) angesprochen worden. Die Zurücklegung der behördlichen Bewilligungen durch die Nebenintervenientin und deren Erteilung an die beklagte Partei sei im Rahmen einer koordinierten Aktion mit den Behörden erfolgt, um zu vermeiden, dass bei den betreffenden Strecken eine Unterbrechung und ein Abwandern der Passagiere eintreten könnte. Auch wenn die Flugzeuge nicht im Eigentum der Nebenintervenientin gestanden seien, sei bei einer Gesamtbetrachtung nicht zu übersehen, dass auch diese im Rahmen einer geplanten Aktion von der beklagten Partei weiter genutzt worden seien. Auch insoweit sei ein nahtloses Übergehen des Flugverkehrs von der Nebenintervenientin auf die beklagte Partei abgesprochen gewesen. Nach der höchstgerichtlichen Judikatur könne man immer davon ausgehen, dass eine Kündigung "aufgrund des Betriebsübergangs" erfolgt und daher als unwirksam anzusehen sei, wenn der Übergang nicht nur der äußere Anlass, sondern der tragende Grund für die Kündigung ist. Je näher die Kündigung oder deren Beendigungswirkung beim Übergangszeitpunkt liege, desto naheliegender sei die Vermutung der Gesetzesumgehung und desto stärker seien die Anforderungen an die ausreichende sachliche Entkräftung der Umgehungsvermutung. Der beklagten Partei sei der Beweis nicht gelungen, dass andere Gründe zu den Kündigungen geführt hätten. Den Klägern könne jedenfalls nicht vorgehalten werden, dass die beklagte Partei nicht überlebensfähig gewesen wäre, wenn sie das Lohnniveau der Nebenintervenientin hätte halten müssen; ein solcher Umstand könne sie nicht berechtigen, die Arbeitsverhältnisse der Kläger in einer zeitlichen Nähe zum Betriebsübergang zu kündigen. Derartige wirtschaftliche Überlegungen hätte die beklagte Partei vor der Betriebsübernahme anstellen müssen. Die Kündigungen vom 6. 6. 1994 seien somit unwirksam, zumal das Erstgericht festgestellt habe, dass die Kündigungen aufgrund des Betriebsübergangs ausgesprochen worden seien. Nicht nur eine Kündigung durch den Veräußerer vor dem Betriebsübergang, sondern auch eine solche durch den Erwerber unmittelbar danach unterliege der Nichtigkeitssanktion des § 879 ABGB. Auch nach Art 4 Abs 1 der Betriebsübergangs-Richtlinie werde die Kündigung durch den Veräußerer und den Erwerber gleichgestellt. Bei richtlinienkonformer Auslegung des AVRAG ergebe sich daher, dass auch Kündigungen durch den Erwerber - ebenso wie solche durch den Veräußerer - nichtig seien. Angesichts der mehreren (auf verschiedene Beendigungszeitpunkte bezogen) Auflösungserklärungen der beklagten Partei könne im vorliegenden Verfahren nur überprüft werden, ob die Arbeitsverhältnisse durch die Kündigung vom 6. 6. 1994 beendet wurden. Da dies nicht der Fall sei und auf eine allfällige zweite Kündigung nicht Rücksicht genommen werden könne, durch die aber allein das Feststellungsinteresse weggefallen sein könnte, sei auszusprechen, dass die Dienstverhältnisse der Kläger durch die Kündigung vom 6. 6. 1994 nicht beendet wurden. Damit werde dem Hauptbegehren der Kläger zur Gänze Folge gegeben, wodurch sich ein

Eingehen auf die Eventualbegehren erübrige. Das Berufungsgericht änderte über Berufung der Kläger die Entscheidung des Erstgerichtes dahin ab, dass es feststellte, dass die Arbeitsverhältnisse zwischen den Streitparteien "durch die Kündigung vom 6. 6. 1994 nicht beendet wurden". Mit ihrem Rekurs gegen den zurückweisenden Teil der erstinstanzlichen Entscheidung verwies es die Kläger auf die Entscheidung über die Berufung. Es vertrat die Rechtsansicht, dass die Frage eines Betriebsübergangs aufgrund der tatsächlichen Umstände zu beurteilen sei, wie etwa der Übernahme der materiellen oder immateriellen Aktiva und des Großteils der Belegschaft, des Übergangs der Kundschaft, des Grads der Ähnlichkeit zwischen der vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit und der Dauer einer eventuellen Einstellung dieser Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Übergang. Diese Tatbestandsmerkmale seien im Rahmen eines beweglichen Systems anzuwenden, sodass ein Betriebsübergang auch dann anzunehmen sei, wenn einzelne der aufgezeigten Tatbestandsmerkmale nicht oder nur ansatzweise, andere dafür aber umso ausgeprägter verwirklicht seien. Dem AVRAG sei der Betriebsbegriff der Betriebsverfassung zugrunde zu legen. Bei der Nebenintervenientin habe ein Flugbetrieb im engeren Sinn bestanden, der auf die beklagte Partei übergegangen sei. Die beklagte Partei habe im Wesentlichen die gleichen Strecken angefliegen wie vorher die Nebenintervenientin; sie habe dabei auch einen Teil der Piloten der Nebenintervenientin sowie der von dieser genutzten Maschinen verwendet. Im Wesentlichen sei auch ein identer Kundenkreis (Passagierkreis) angesprochen worden. Die Zurücklegung der behördlichen Bewilligungen durch die Nebenintervenientin und deren Erteilung an die beklagte Partei sei im Rahmen einer koordinierten Aktion mit den Behörden erfolgt, um zu vermeiden, dass bei den betreffenden Strecken eine Unterbrechung und ein Abwandern der Passagiere eintreten könnte. Auch wenn die Flugzeuge nicht im Eigentum der Nebenintervenientin gestanden seien, sei bei einer Gesamtbetrachtung nicht zu übersehen, dass auch diese im Rahmen einer geplanten Aktion von der beklagten Partei weiter genutzt worden seien. Auch insoweit sei ein nahtloses Übergehen des Flugverkehrs von der Nebenintervenientin auf die beklagte Partei abgesprochen gewesen. Nach der höchstgerichtlichen Judikatur könne man immer davon ausgehen, dass eine Kündigung "aufgrund des Betriebsübergangs" erfolgt und daher als unwirksam anzusehen sei, wenn der Übergang nicht nur der äußere Anlass, sondern der tragende Grund für die Kündigung ist. Je näher die Kündigung oder deren Beendigungswirkung beim Übergangszeitpunkt liege, desto naheliegender sei die Vermutung der Gesetzesumgehung und desto stärker seien die Anforderungen an die ausreichende sachliche Entkräftung der Umgehungsvermutung. Der beklagten Partei sei der Beweis nicht gelungen, dass andere Gründe zu den Kündigungen geführt hätten. Den Klägern könne jedenfalls nicht vorgehalten werden, dass die beklagte Partei nicht überlebensfähig gewesen wäre, wenn sie das Lohnniveau der Nebenintervenientin hätte halten müssen; ein solcher Umstand könne sie nicht berechtigen, die Arbeitsverhältnisse der Kläger in einer zeitlichen Nähe zum Betriebsübergang zu kündigen. Derartige wirtschaftliche Überlegungen hätte die beklagte Partei vor der Betriebsübernahme anstellen müssen. Die Kündigungen vom 6. 6. 1994 seien somit unwirksam, zumal das Erstgericht festgestellt habe, dass die Kündigungen aufgrund des Betriebsübergangs ausgesprochen worden seien. Nicht nur eine Kündigung durch den Veräußerer vor dem Betriebsübergang, sondern auch eine solche durch den Erwerber unmittelbar danach unterliege der Nichtigkeitssanktion des Paragraph 879, ABGB. Auch nach Artikel 4, Absatz eins, der Betriebsübergangs-Richtlinie werde die Kündigung durch den Veräußerer und den Erwerber gleichgestellt. Bei richtlinienkonformer Auslegung des AVRAG ergebe sich daher, dass auch Kündigungen durch den Erwerber - ebenso wie solche durch den Veräußerer - nichtig seien. Angesichts der mehreren (auf verschiedene Beendigungszeitpunkte bezogen) Auflösungserklärungen der beklagten Partei könne im vorliegenden Verfahren nur überprüft werden, ob die Arbeitsverhältnisse durch die Kündigung vom 6. 6. 1994 beendet wurden. Da dies nicht der Fall sei und auf eine allfällige zweite Kündigung nicht Rücksicht genommen werden könne, durch die aber allein das Feststellungsinteresse weggefallen sein könnte, sei auszusprechen, dass die Dienstverhältnisse der Kläger durch die Kündigung vom 6. 6. 1994 nicht beendet wurden. Damit werde dem Hauptbegehren der Kläger zur Gänze Folge gegeben, wodurch sich ein Eingehen auf die Eventualbegehren erübrige.

Den dagegen von der Beklagten sowie der Nebenintervenientin erhobenen Revisionen kommt keine Berechtigung zu.

### **Rechtliche Beurteilung**

Zu den prozessualen Fragen:

Zu Unrecht gehen die Revisionswerberinnen davon aus, dass die Kläger das Ersturteil zwar hinsichtlich der teilweisen Zurückweisung des Hauptbegehrens sowie des Eventualbegehrens angefochten, in ihrem Rechtsmittelantrag die Zurückweisung des Eventualbegehrens jedoch nicht mehr bekämpft hätten, weshalb das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung in unzulässiger Weise über den Rechtsmittelantrag hinausgegangen sei.

Tatsächlich haben die Kläger in ihrem Rechtsmittel (Berufung und Rekurs) einerseits eine geänderte Formulierung des klagestattgebenden Teils der erstgerichtlichen Entscheidung beantragt und andererseits darauf hingewiesen, dass diese Umformulierung ein gänzlich Obsiegen der Kläger mit ihren Hauptbegehren bedeute, weshalb sich ein Eingehen auf die - nur bei zumindest teilweiser Abweisung des Hauptbegehrens zu behandelnden - Eventualbegehren gänzlich erübrige. Unter dieser Voraussetzung, der sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, ist es nur konsequent, im Rahmen des Rechtsmittelantrags eine Abänderung der angefochtenen Entscheidung lediglich im Hinblick auf den (umzuformulierenden) Ausspruch über das Hauptbegehren zu verlangen. Unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts des Rechtsmittels kann daher nicht davon gesprochen werden, dass die Kläger die Zurückweisung des Eventualbegehrens in ihrem Rechtsmittelantrag nicht bekämpft hätten.

Richtig ist, dass das Erstgericht hinsichtlich des Erstklägers einerseits das Bestehen des Dienstverhältnisses (zumindest) bis zum 31. 12. 1994 festgestellt, andererseits aber das "Eventualbegehren", es werde festgestellt, dass die Dienstverhältnisse der Kläger bis zum 31. 12. 1994 aufrecht bestanden hätten, in Punkt 4. des Spruchs seiner Entscheidung zurückgewiesen hat. Dabei handelte es sich ersichtlich um einen bloßen Irrtum, der angesichts der Formulierung des Urteils durch das Berufungsgericht jede Bedeutung verloren hat. Zu Unrecht gehen die Revisionswerberinnen auch davon aus, dass das Berufungsgericht die vom Erstgericht ausgesprochene Zurückweisung bestätigt habe. In Wahrheit hat es - der Rechtsauffassung der Kläger folgend - unter Berufung auf die Entscheidung 8 ObA 11/01b die Auffassung vertreten, dass mit seinem Ausspruch dem Hauptbegehren der Kläger zur Gänze Folge gegeben werde (S 74 in ON 138), weshalb auf die Eventualbegehren nicht einzugehen sei (S 77 in ON 138). Im Entscheidungstenor wurde dies durch die Formulierung zum Ausdruck gebracht, dass die Kläger mit ihrem Rekurs gegen die Zurückweisung auf die Entscheidung über die Berufungen verwiesen werden. Insgesamt kann kein Zweifel am Entscheidungswillen des Berufungsgerichts bestehen. Dieses vertrat die Auffassung, dass die für eine Entscheidung über die Eventualbegehren erforderliche innerprozessuale Bedingung, nämlich das (zumindest teilweise) Unterliegen mit dem Hauptbegehren nicht eingetreten sei, sodass ein Eingehen auf die Eventualbegehren nicht in Betracht komme.

Soweit die Rechtsmittelwerberinnen den Berufungsgericht weiter vorwerfen, es habe zu Unrecht eine Klageänderung im Berufungsverfahren, nicht aber eine bloß deutlichere Fassung des bisherigen Klagebegehrens zugelassen, so sind sie darauf hinzuweisen, dass bereits der klagestattgebende Teil des Ersturteils - abweichend vom Wortlaut des Klagebegehrens - vom Erstgericht selbst formuliert worden war. Soweit die Kläger in ihrer Berufung in Anlehnung an die Entscheidung 8 ObA 11/01b begehrt haben, im Feststellungsausspruch über das Fortbestehen des Dienstverhältnisses nicht den - in Anbetracht der kurz danach ausgesprochenen Kündigungen - in Betracht kommenden frühestmöglichen Kündigungstermin aufzunehmen, sondern vielmehr auszusprechen, dass die Dienstverhältnisse durch die Kündigung vom 6. 6. 1994 nicht beendet wurden, so ist darin keine (im Berufungsverfahren unzulässige) Klageänderung zu sehen, sondern vielmehr nur ein Antrag an das Berufungsgericht, der vom Erstgericht selbst gewählten Formulierung eine treffendere und unmissverständliche Fassung zu geben; der Ausspruch des Erstgerichtes könnte ja durchaus auch so verstanden werden, dass die Dienstverhältnisse der Kläger nur bis zu den genannten Termin gedauert hätten, was dem Entscheidungswillen des Erstgerichts aber nicht entsprechen würde.

Die Vorinstanzen haben übereinstimmend die Auffassung vertreten, dass angesichts der weiteren Auflösungserklärungen der beklagten Partei, die jeweils Gegenstand eigener (bis zur rechtskräftigen Erledigung dieses Verfahrens unterbrochener) Rechtsstreitigkeiten sind, im vorliegenden Verfahren in der Sache nur über die Wirksamkeit der Kündigung vom 6. 6. 1994 abgesprochen werden könne. Das Berufungsgericht vermeinte, aus der Entscheidung 8 ObA 11/01b ableiten zu können, dass die Feststellung der Unwirksamkeit der ersten Kündigung auch im vorliegenden Fall einen vollen Erfolg der Kläger mit ihrem Hauptbegehren bedeute. Auch wenn diese Ansicht unrichtig sein sollte, wären dadurch nur die Kläger beschwert, die jedoch kein Rechtsmittel wegen unvollständiger Erledigung ihrer Sachanträge erhoben haben.

Die beklagte Partei beruft sich zwar in ihrer Revision auf eine angebliche Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens iSd § 503 Z 2 ZPO wegen einer vom Berufungsgericht zu Unrecht tolerierten, im Berufungsverfahren nicht zulässigen Klageänderung - dazu wurde bereits Stellung genommen -, und meint, dass das Ersturteil - ausgehend von der von der beklagten Partei nicht geteilten Rechtsansicht (gemeint offenbar: zu den materiellen Rechtsfragen) - im Sinne einer Zurückweisung des über den Zuspruch hinausgehenden Hauptbegehrens sowie der Eventualbegehren

wiederherzustellen sei, beantragt aber schließlich nur mehr, das "Klagebegehren kostenpflichtig abzuweisen". Schon mangels eines entsprechenden Rechtsmittelanspruchs kommt daher eine Wiederherstellung der erstgerichtlichen Entscheidung nicht in Betracht. Die Nebenintervenientin beantragt demgegenüber eine Abänderung der berufsgerichtlichen Entscheidung dahin, dass die Klagen "ab- bzw zurückgewiesen werden", lässt jedoch nicht erkennen, inwieweit sie sich (bzw die beklagte Partei) durch eine allenfalls unterlassene Erledigung von Teilen des Klagebegehrens beschwert erachtet. Gerade die beklagte Partei hat ja stets die Auffassung vertreten, dass über die nach dem 6. 6. 1994 ausgesprochenen Auflösungserklärungen ausschließlich in den darüber jeweils anhängig gemachten Verfahren abgesprochen werden dürfe und hinsichtlich der Feststellungsbegehren der Kläger insoweit Streitanhängigkeit vorliege. Genau diese Konsequenz hat nun im Ergebnis die Entscheidung des Berufungsgerichts, das den Standpunkt vertreten hat, über die Wirksamkeit der weiteren Entlassungs- bzw Kündigungserklärungen im vorliegenden Verfahren nicht absprechen zu können. Das bloße Interesse an einer günstigeren Kostenentscheidung stellt nach herrschender Judikatur angesichts der Rechtsmittelbeschränkung des § 528 Abs 2 Z 3 ZPO keinen Umstand dar, der eine Beschwer für ein Rechtsmittel an den Obersten Gerichtshof begründen könnte (vgl etwa JBI 1987, 534, SZ 37/84, ÖBI 2000, 72, WoBI 2001/143, SZ 61/6 ua). Zu Unrecht bestreiten die Revisionswerberinnen auch ein ausreichendes Feststellungsinteresse der Kläger. Es entspricht der überwiegenden Judikatur, dass die Feststellung des aufrechten Dienstverhältnisses dann zulässig ist, wenn mit der möglichen Leistungsklage nur einzelne daraus entspringende Ansprüche geltend gemacht werden könnten, das rechtliche Interesse des Arbeitnehmers aber darüber hinausgeht und unter anderem auch arbeitslosen- und sozialversicherungsrechtliche Belange betrifft (ZAS 1976/24, EvBI 1993/43, Arb 11.247 mwN). Da die beklagte Partei stets bestritten hat, dass die Dienstverhältnisse der Kläger überhaupt auf sie übergegangen sind, ist ihnen ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung zuzubilligen. Der erkennende Senat sieht keine Veranlassung, von der zitierten Rechtsprechung zum Feststellungsinteresse im Zusammenhang mit dem strittigen Bestand von Dienstverhältnissen abzugehen. Die beklagte Partei beruft sich zwar in ihrer Revision auf eine angebliche Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens iSd Paragraph 503, Ziffer 2, ZPO wegen einer vom Berufungsgericht zu Unrecht tolerierten, im Berufungsverfahren nicht zulässigen Klageänderung - dazu wurde bereits Stellung genommen -, und meint, dass das Ersturteil - ausgehend von der von der beklagten Partei nicht geteilten Rechtsansicht (gemeint offenbar: zu den materiellen Rechtsfragen) - im Sinne einer Zurückweisung des über den Zuspruch hinausgehenden Hauptbegehrens sowie der Eventualbegehren wiederherzustellen sei, beantragt aber schließlich nur mehr, das "Klagebegehren kostenpflichtig abzuweisen". Schon mangels eines entsprechenden Rechtsmittelanspruchs kommt daher eine Wiederherstellung der erstgerichtlichen Entscheidung nicht in Betracht. Die Nebenintervenientin beantragt demgegenüber eine Abänderung der berufsgerichtlichen Entscheidung dahin, dass die Klagen "ab- bzw zurückgewiesen werden", lässt jedoch nicht erkennen, inwieweit sie sich (bzw die beklagte Partei) durch eine allenfalls unterlassene Erledigung von Teilen des Klagebegehrens beschwert erachtet. Gerade die beklagte Partei hat ja stets die Auffassung vertreten, dass über die nach dem 6. 6. 1994 ausgesprochenen Auflösungserklärungen ausschließlich in den darüber jeweils anhängig gemachten Verfahren abgesprochen werden dürfe und hinsichtlich der Feststellungsbegehren der Kläger insoweit Streitanhängigkeit vorliege. Genau diese Konsequenz hat nun im Ergebnis die Entscheidung des Berufungsgerichts, das den Standpunkt vertreten hat, über die Wirksamkeit der weiteren Entlassungs- bzw Kündigungserklärungen im vorliegenden Verfahren nicht absprechen zu können. Das bloße Interesse an einer günstigeren Kostenentscheidung stellt nach herrschender Judikatur angesichts der Rechtsmittelbeschränkung des Paragraph 528, Absatz 2, Ziffer 3, ZPO keinen Umstand dar, der eine Beschwer für ein Rechtsmittel an den Obersten Gerichtshof begründen könnte vergleiche etwa JBI 1987, 534, SZ 37/84, ÖBI 2000, 72, WoBI 2001/143, SZ 61/6 ua). Zu Unrecht bestreiten die Revisionswerberinnen auch ein ausreichendes Feststellungsinteresse der Kläger. Es entspricht der überwiegenden Judikatur, dass die Feststellung des aufrechten Dienstverhältnisses dann zulässig ist, wenn mit der möglichen Leistungsklage nur einzelne daraus entspringende Ansprüche geltend gemacht werden könnten, das rechtliche Interesse des Arbeitnehmers aber darüber hinausgeht und unter anderem auch arbeitslosen- und sozialversicherungsrechtliche Belange betrifft (ZAS 1976/24, EvBI 1993/43, Arb 11.247 mwN). Da die beklagte Partei stets bestritten hat, dass die Dienstverhältnisse der Kläger überhaupt auf sie übergegangen sind, ist ihnen ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung zuzubilligen. Der erkennende Senat sieht keine Veranlassung, von der zitierten Rechtsprechung zum Feststellungsinteresse im Zusammenhang mit dem strittigen Bestand von Dienstverhältnissen abzugehen.

Unklar ist, welche Rechtsfolge die Nebenintervenientin mit ihrer Behauptung anstrebt, dem (an das Gericht zweiter Instanz gerichteten) Rechtsmittel der Kläger habe eine formelle Beschwer gefehlt, weil ihnen das Erstgericht

"wortgetreu" das zugesprochen habe, was sie mit ihrem Eventualfeststellungsbegehren verlangt hätten. Dem kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil das Absprechen über einen Eventualantrag regelmäßig eine Abweisung oder ein Übergehen des Hauptbegehrens voraussetzt. Ist das Berufungsgericht der Auffassung, dass der seinen beabsichtigten Inhalt nach klar nachvollziehbare Ausspruch des Erstgerichts - etwa aus verfahrensrechtlichen Gründen - bei unverändertem sachlichem Gehalt neu zu formulieren ist, so hat es im Übrigen

**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)