

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

07.02.2008

Geschäftszahl

9ObA161/07b

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Dr. Hopf sowie die fachkundigen Laienrichter KR Mag. Paul Kunsy und Peter Schleinbach als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Siegfried S*****, vertreten durch Dr. Georg Grießer ua, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei F***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Wolfgang Leitner ua, Rechtsanwälte in Wien, wegen Feststellung (Streitwert 40.000 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 27. März 2007, GZ 8 Ra 134/06v-11, womit das Urteil des Landesgerichts Korneuburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 7. Juli 2006, GZ 34 Cga 23/06y-6, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass sie zu lauten haben:

„Das Klagebegehren des Inhalts, es werde festgestellt, dass das Dienstverhältnis des Klägers infolge Betriebsübergangs von der A***** GmbH auf die beklagte Partei übergegangen sei und nunmehr zur beklagten Partei aufrecht bestehe, wird abgewiesen. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.748,06 EUR (darin 458,01 EUR USt) bestimmten Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 4.045,40 EUR (darin 408,90 EUR USt und 1.592 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit 4.101,72 EUR (darin 294,12 EUR USt und 2.337 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger, der mit einem Grad der Behinderung von 50 vH dem Kreis der begünstigten Behinderten iSd BEinstG angehört, ist seit dem 1. 4. 1998 Arbeitnehmer der A***** GmbH. Am 25. 10. 2005 wurde über das Vermögen seiner Arbeitgeberin der Konkurs eröffnet (*****), Landesgericht Korneuburg). Im Zuge des Konkursverfahrens kaufte die Beklagte das Anlagevermögen und die Warenvorräte der Gemeinschuldnerin und bezahlte für deren Kundenstock und Goodwill eine Abfindung. Vom Kaufvertrag nicht umfasst waren die Forderungen der Gemeinschuldnerin gegen Dritte. Die Beklagte führte die „wirtschaftliche Einheit“ der Gemeinschuldnerin ohne Unterbrechung am bisherigen Standort fort. Unternehmensgegenstand, Kundenstock und Produkte blieben dabei im Wesentlichen gleich. Von den 310 vor der Konkurseröffnung beschäftigten Arbeitnehmern der Gemeinschuldnerin sind nunmehr rund 260 Arbeitnehmer bei der Beklagten beschäftigt. Der Kläger begehrt mit der vorliegenden Klage die Feststellung, dass sein Arbeitsverhältnis infolge Betriebsübergangs von der Gemeinschuldnerin auf die Beklagte übergegangen sei und nunmehr zu dieser aufrecht bestehe. Es sei ein Betriebs- oder Betriebsteilübergang iSd § 3 Abs 1 AVRAG von der Gemeinschuldnerin auf die Beklagte erfolgt, weshalb das vormals zur Gemeinschuldnerin bestehende Arbeitsverhältnis des Klägers auf die Beklagte übergegangen sei. Die Ausnahmebestimmung des § 3 Abs 2 AVRAG, wonach für Betriebsübergänge im Fall des Konkurses ein Übergang der Arbeitsverhältnisse nicht stattfinde, sei restriktiv auszulegen. Nach dem Schutzzweck der BetriebsübergangsRL 77/187/EWG bzw RL 2001/23/EG solle der Fortbestand der Arbeitsverhältnisse unabhängig von einem Inhaberwechsel gewährleistet werden. Bei richtlinienkonformer Auslegung und teleologischer Reduktion des § 3 Abs 2 AVRAG sei daher

davon auszugehen, dass diese Bestimmung nur auf unternehmensauflösende Konkursverfahren anzuwenden sei. Nur damit ließen sich auch Missbräuche steuern, die aus der Arbeitgeberdisposition über die Art des einzuleitenden Insolvenzverfahrens folgen können. Ein unternehmensauflösendes Konkursverfahren liege jedoch hier nicht vor, weil die Beklagte die betriebliche Einheit der Gemeinschuldnerin fortführe. Zuzufolge Betriebsübergangs sei daher ein ex lege-Übergang des Arbeitsverhältnisses des Klägers auf die Beklagte erfolgt. Die Beklagte bestritt das Klagevorbringen, beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete ein, dass die Ausnahmebestimmung des § 3 Abs 2 AVRAG Deckung in Art 5 Abs 1 der RL 2001/23/EG finde. Entgegen der Auffassung des Klägers stelle diese Richtlinienbestimmung nicht auf die Auflösung des Unternehmens, sondern ausschließlich auf die Liquidation des Vermögens des Veräußerers ab. Letztere sei hier erfolgt. Das Arbeitsverhältnis des Klägers sei nicht auf die Beklagte übergegangen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren unter Zugrundelegung des vorstehend wiedergegebenen, unstrittigen Sachverhalts statt. In rechtlicher Hinsicht ging es vom Vorliegen eines Betriebsübergangs iSd § 3 Abs 1 AVRAG aus. Die BetriebsübergangsRL 77/178/EWG habe ursprünglich gar keine Ausnahme für Konkursverfahren vorgesehen. Erst die Rechtsprechung des EuGH habe eine solche Ausnahme bejaht. Die RL 98/50/EG und die RL 2001/23/EG hätten dann nachgezogen. Auch die Rechtsprechung des EuGH (insbesondere Rs C-319/94, Dethier) weise restriktive Tendenzen auf. Ohne entsprechende Einschränkung des Konkursbegriffs hätte es der Unternehmer in der Hand, die Bestimmungen der Richtlinie bzw des § 3 Abs 1 AVRAG zu umgehen. Sowohl die Richtlinie als auch das AVRAG haben das Ziel, Arbeitnehmer bei Betriebsübergängen zu schützen. Ausnahmen seien daher eng auszulegen. Die Anwendbarkeit des § 3 Abs 2 AVRAG müsse auf jene Konkursverfahren beschränkt werden, in denen das Unternehmen aufgelöst werde. Somit sei im vorliegenden Fall keine Anwendbarkeit des § 3 Abs 2 AVRAG gegeben, weshalb ein ex lege-Übergang der Rechte und Pflichten auf den neuen Arbeitgeber erfolgt sei. Das Berufungsgericht gab der gegen das Ersturteil wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung erhobenen Berufung der Beklagten nicht Folge. Die ordentliche Revision sei gemäß § 502 Abs 1 ZPO zulässig, weil zur gegenständlichen Konstellation eine oberstgerichtliche Rechtsprechung fehle. Das Berufungsgericht trat der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts bei. Es setzte sich ausführlich mit der bisherigen Judikatur des Obersten Gerichtshofs und des EuGH auseinander und würdigte eingehend das Schrifttum zu den Folgen eines Betriebsübergangs im Konkurs. Der Oberste Gerichtshof habe bereits zu 8 Ob 15/95 betont, dass § 3 Abs 2 AVRAG keinesfalls ausdehnend ausgelegt werden dürfte. Zu 8 ObA 7/03t sei die Richtlinienkonformität des § 3 Abs 2 AVRAG bejaht worden. Eine wörtliche Auslegung des § 3 Abs 2 AVRAG ergebe zwar, dass die Bestimmung ausnahmslos in allen Fällen des Konkurses die Anwendbarkeit des § 3 Abs 1 AVRAG ausschließe; in den letzten Jahren sei jedoch das Schwergewicht des Konkursverfahrens von der bloßen Zerschlagung des insolventen Unternehmens auf dessen Sanierung gelegt worden. Selbst im bereits eröffneten Konkurs habe die Unternehmensrettung Priorität (§§ 114a f KO). Durch § 3 Abs 2 AVRAG solle die Gesamtveräußerung des Unternehmens im Konkurs erleichtert werden. Das Konkursverfahren sehe daher keineswegs mehr zwingend die Zerschlagung des Unternehmens vor, sodass die unterschiedslose Anwendung des § 3 Abs 2 AVRAG auf sämtliche Fälle des Konkurses fragwürdig erscheine. Die Tragweite der BetriebsübergangsRL könne nicht allein auf Grund einer wörtlichen Auslegung bestimmt werden. Entscheidend sei vielmehr der Zweck, der darin bestehe, die Aufrechterhaltung der Rechte der Arbeitnehmer bei einem Wechsel des Unternehmensinhabers so weit wie möglich zu gewährleisten, indem den Arbeitnehmern die Möglichkeit gegeben werde, ihr Beschäftigungsverhältnis mit dem neuen Inhaber fortzusetzen. Eine richtlinienkonforme Auslegung des § 3 Abs 2 AVRAG könne daher nur derart erfolgen, dass die Bestimmung nach teleologischer Reduktion nur auf jene Konkursverfahren angewendet werde, in denen tatsächlich eine Auflösung des Unternehmens erfolge. Komme es hingegen zu einer Fortführung des Unternehmens, sei es mit den wirtschaftlichen und sozialen Zielen der Richtlinie nicht in Einklang zu bringen, dass die Beschäftigten die Rechte verlieren, die ihnen die Richtlinie zuerkenne. Wenn es im Insolvenzverfahren zur Veräußerung und Weiterführung des im Wesentlichen unverändert fortbestehenden Betriebs durch den Erwerber komme, dann sei die Ausnahmebestimmung des § 3 Abs 2 AVRAG im Sinn der einschränkenden Auslegung nicht anzuwenden. Das Arbeitsverhältnis des Klägers sei deshalb auf die Beklagte als Erwerberin übergegangen.

Bei der erstmaligen Behauptung des Klägers in der Berufung, er sei auf Grund seiner Behinderteneigenschaft diskriminiert worden, handle es sich hingegen um eine unzulässige und daher unbeachtliche Neuerung. Vom Berufungsgericht werde auch nicht die Auffassung des Klägers geteilt, sein Arbeitsverhältnis sei bereits auf Grund seiner Behinderteneigenschaft auf die Beklagte übergegangen. Die Rechtsstellung eines begünstigten Behinderten sei nicht mit dem besonderen Bestandschutz eines Belegschaftsvertreters (§§ 120 f ArbVG) vergleichbar.

Gegen die Berufungsentscheidung richtet sich die Revision der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass das Klagebegehren abgewiesen werde.

Der Kläger beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision der Beklagten ist zulässig und berechtigt. Geht ein Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil auf einen anderen Inhaber über (Betriebsübergang), so tritt dieser nach § 3 Abs 1 AVRAG als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse ein. Dies gilt allerdings nach § 3 Abs 2 AVRAG nicht im Fall des Konkurses des Veräußerers. Ausgehend vom unstrittigen Sachverhalt besteht im vorliegenden Fall kein Zweifel daran, dass ein „Betriebsübergang“ iSd § 3 Abs 1 AVRAG stattgefunden hat. Strittig ist jedoch, ob hier der Ausnahmefall des § 3 Abs 2 AVRAG vorliegt.

Vor dem Eingehen auf § 3 Abs 2 AVRAG ist zunächst der Blick auf das Gemeinschaftsrecht zu richten. Die Stammfassung der BetriebsübergangsRL 77/187/EWG vom 14. 2. 1977 enthielt noch keine ausdrückliche Ausnahme für Betriebsübergänge in der Insolvenz (Schima, Betriebsübergang, AVRAG und Insolvenz-Novellierung der Betriebsübergangsrichtlinie, ZIK 1998, 156 ua). Schon bald war der EuGH mit daraus resultierenden Problemen konfrontiert. Im Fall Abels (Rs 135/83, Slg 1985, 469) wurden vom EuGH Aussagen getroffen, die richtungweisend waren und in späteren Entscheidungen noch verfeinert wurden. Im Kern sei zwischen „Konkursverfahren“ und „anderen Insolvenz- und Sanierungsverfahren“ zu differenzieren. Die BetriebsübergangsRL beziehe sich nicht auf Konkursverfahren (ieS), sodass es den Mitgliedstaaten freistehe, die Vorschriften der Richtlinie in Konkursituationen überhaupt nicht oder aber - ohne europarechtliche Verpflichtung - auch zur Gänze oder teilweise anzuwenden (Reissner/Reckenzaun, Zur Auslegung von § 3 Abs 2 AVRAG, ZIK 2007, 182). Die RL 98/50/EG des Rates vom 29. 6. 1998 änderte die RL 77/187/EWG, folgte der Rechtsprechung des EuGH und schuf mit dem neu eingeführten Art 4a eine ausdrückliche Ausnahmebestimmung für Insolvenzfälle. In den Erwägungsgründen 3 und 7 der RL 98/50/EG hieß es dazu auszugsweise wie folgt:

„(3) Ziel der vorliegenden Richtlinie ist die Überarbeitung der Richtlinie 77/187/EWG unter Berücksichtigung der Auswirkungen des Binnenmarktes, der Tendenzen in der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Sanierung von Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten, der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften

(7) Im Hinblick auf die Sicherstellung des Überlebens zahlungsunfähiger Unternehmen ist den Mitgliedstaaten ausdrücklich zu gestatten, bei Übergängen im Rahmen eines Liquidationsverfahrens die Artikel 3 und 4 der Richtlinie 77/187/EWG nicht anzuwenden.“

Art 4a Abs 1 der RL 98/50/EG lautete wie folgt:

„Sofern die Mitgliedstaaten nichts anderes vorsehen, gelten die 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 (worunter auch ein von einer zuständigen Behörde ermächtigter Insolvenzverwalter verstanden werden kann) ein Konkursverfahren oder ein entsprechendes Verfahren mit dem Ziel der Auflösung des Vermögens des Veräußerers eröffnet wurde.“

Mit der RL 2001/23/EG des Rates vom 12. 3. 2001 wurden die Ansprüche der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen neu geregelt und die vorhergehenden RL 77/187/EWG und 98/50/EG aufgehoben. Der Art 4a Abs 1 der RL 98/50/EG wurde vom Art 5 Abs 1 der RL 2001/23/EG abgelöst. Am Wortlaut dieser Bestimmung hat sich dabei nichts geändert. Richtlinien sind grundsätzlich nicht unmittelbar anwendbar, sondern bedürfen der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten in das nationale Recht (Art 249 EG). Der Einzelne kann durch die Richtlinie nicht unmittelbar verpflichtet werden. Es besteht keine direkte horizontale Wirkung im Verhältnis zwischen Privatpersonen. Die innerstaatlichen Behörden haben aber die inhaltlich von der Richtlinie berührten Normen soweit wie möglich im Einklang mit der Richtlinie („richtlinienkonform“) auszulegen (9 ObA 264/98h, DRdA 2000/20 [Smutny, DRdA 2000, 122]; 9 ObA 46/04m, DRdA 2005/34 [Eichinger]; 9 ObA 106/06p; RIS-Justiz RS0111214 ua). Für die richtlinienkonforme Auslegung sind die Entscheidungen des EuGH maßgeblich (9 ObA 140/99z; RIS-Justiz RS0102121 ua).

Die Richtlinienkonformität des § 3 Abs 2 AVRAG ist im österreichischen Schrifttum umstritten (vgl jüngst zu dieser Bestimmung Marhold, Betriebsübergang trotz Konkurs?, ASoK 2007, 406; Reissner/Reckenzaun aaO 182, jeweils mwN). Von einem Teil der Lehre wird aus den Entscheidungen des EuGH (insbesondere Rs C-362/89, d'Urso, Slg 1991, I-4105, und Rs C-319/94, Dethier, Slg 1998, I-1061) die Tendenz abgeleitet, eine Ausnahme von der Erwerberhaftung sei dann nicht anzuerkennen, wenn das Unternehmen als solches erhalten bleibe. Es sei daher auch § 3 Abs 2 AVRAG entsprechend restriktiv auszulegen (Binder, AVRAG § 3 Rz 68, 71 ua). Bei der richtlinienkonformen Auslegung dieser Bestimmung (vgl Mayr, Fragen der Haftung eines Erwerbers bei Betriebsübergang im Konkurs gegenüber dem Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds, ZIK 2004, 85 ua) ist zu beachten, dass eine solche nur soweit erfolgen kann, als das nationale Recht dem Rechtsanwender einen Spielraum einräumt. Sie wird sohin durch die nationalen Auslegungsregeln begrenzt. Daraus folgt, dass einer nach Wortlaut und Sinn eindeutigen nationalen Regelung im Wege der richtlinienkonformen Interpretation kein entgegengesetzter Sinn verliehen werden darf. Die richtlinienkonforme Interpretation darf somit den normativen Gehalt der nationalen Regelung nicht grundlegend neu bestimmen (RIS-Justiz RS0114158 ua).

Der klare Wortlaut des § 3 Abs 2 AVRAG (vgl Nadler, Unternehmensverkauf durch den Masseverwalter - Der asset deal im Konkursverfahren 177), der im Fall des Konkurses des Veräußerers sämtliche Übergangsarten des § 3 Abs 1 AVRAG einschließt, gibt keinen Spielraum zu einer flexiblen Auslegung (Grießer, Insolvenzversicherung und Haftung des Unternehmenserwerbers gem § 6 AVRAG, RdW 1998, 617 [624]). Es handelt sich um eine

generelle (pauschale) Ausnahmebestimmung (Marhold aaO 406). Der Oberste Gerichtshof gelangte zu 8 Ob 15/95 (DRdA 1997/12 [Kirschbaum]) zu der rechtlichen Beurteilung, dass die Bestimmung des § 3 Abs 2 AVRAG keinesfalls ausdehnend ausgelegt werden darf, sondern im strengen, insbesondere Umgehungen von Richtlinie und Gesetz weitgehend ausschließenden Sinn zu verstehen ist. Ob eine teleologische Reduktion der Bestimmung auf den Fall der Zerschlagung des Unternehmens im Konkurs zu erfolgen habe, blieb allerdings in dieser Entscheidung ausdrücklich ungeprüft. Das Fehlen eines Interpretationsspielraums erkennen auch jene Autoren, die meinen, dass die Richtlinienkonformität des § 3 Abs 2 AVRAG durch eine teleologische Reduktion herbeigeführt werden müsse. Diese wollen den Anwendungsbereich des § 3 Abs 2 AVRAG auf unternehmensauflösende Konkursverfahren einengen, sodass die Betriebsübernahme durch eine Auffanggesellschaft zum Arbeitsvertragsseintritt nach § 3 Abs 1 AVRAG führe (vgl Binder aaO § 3 Rz 71; Jöst in Mazal/Risak, Arbeitsrecht Kap XIV Rz 33 ua). Andere Autoren vertreten die Auffassung, dass die Ausnahme des § 3 Abs 2 AVRAG auch ohne Zerschlagung, ja sogar bei der Sanierung der wirtschaftlichen Einheit „Unternehmen“ anzuwenden sei (vgl Weber, Betriebsübergang in Insolvenzverfahren - Auffanggesellschaften durch automatischen Arbeitsvertragsübergang gefährdet?, wbl 1998, 518 [523]; dies, Arbeitnehmerschutz contra Sanierung?, EuZW 1998, 583 [585]; Chalupsky/Duursma-Kepplinger, Die Fortführung des Unternehmens über Nachfolgegesellschaften im Konkurs, in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement - Sanierung - Insolvenz² 373 [406 f]; Rebhahn, Arbeitsrecht bei Betriebsübergang:

Eintrittspflicht bei Insolvenz und Haftungsfragen, JBl 1999, 621 [631], 710 [720] ua).

Holzer/Reissner (AVRAG² § 3 Rz 140) lehren, gestützt vor allem auf Runggaldier (Betriebsübergang und Übergang der Arbeitsverhältnisse, RdW 1992, 375 [377]), Konecny (Unternehmenserwerb im Insolvenzverfahren und Arbeitsverhältnisse, ecolex 1993, 836 [837]) und Gahleitner (in Gahleitner/Leitsmüller, Umstrukturierung und AVRAG Rz 293), dass die eigentliche Motivation für die Ausnahmebestimmung des § 3 Abs 2 AVRAG darin gesehen werden müsse, dass das hohe Schutzniveau der Eintrittsautomatik in Insolvenzverfahren zu kontraproduktiven Auswirkungen führe, wenn eine Fortführung und Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern so kostspielig gemacht werde, dass als Ausweg nur mehr die Liquidation bzw Zerstörung sanierbarer wirtschaftlicher Substanz möglich erscheine, wodurch dem Schutzbedürfnis der Arbeitnehmerseite erst Recht nicht entsprochen werde. Laut der jüngsten Untersuchung des § 3 Abs 2 AVRAG durch Reissner/Reckenzaun (aaO 184) sei diese Ausnahmebestimmung europarechtlich nicht zu beanstanden. Sie beziehe sich vom Wortlaut her auf den Konkurs des Veräußerers im formellen Sinn und damit auf ein Verfahren mit den umfassenden Wirkungen des Konkursbeschlags betreffend das gesamte der Exekution unterworfenen Vermögen (§ 1 Abs 1 KO) des Schuldners. Die relevanten typischen Zwecksetzungen des Verfahrens dürften nicht mit einem möglichen Ausgang desselben gleichgesetzt werden. Das Argument mit der Zwecksetzung könne sinnvoller Weise nur objektiv-typisierend geprüft werden; dh es gehe um die Frage, was die „generelle Zielsetzung“ des Verfahrens sei. Diese liege beim Konkursverfahren eben in der Verwertung des vorhandenen Vermögens zu Gunsten der Gläubiger, unbeschadet des Umstands, dass in einzelnen Insolvenzrechtsordnungen - so in der österreichischen (insbesondere durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz [IRÄG] 1997, BGBl I 1997/114) - der Sanierungsgedanke im Bereich des Konkursrechts größeres Gewicht erlangt habe. Auch wenn also im Konkurs die Sanierung des Unternehmens oder eines Teils davon angestrebt werden solle und vielleicht auch tatsächlich gelinge, ändere dies nichts am vorrangigen Zweck des Verfahrens und führe dies insbesondere nicht zur Anwendbarkeit der BetriebsübergangsRL. Der EuGH agiere angesichts der verschiedenen nationalen Ausgangslagen sinnvoller Weise formal. Sobald ein „Konkursverfahren“ oder ein damit vergleichbares Verfahren vorliege, komme die Richtlinie nicht zur Anwendung. Zielsetzung und Ausgestaltung des österreichischen Konkursverfahrens entsprächen dem europarechtlichen Konkursbegriff. Es sei daher schon aus diesem Grund nicht geboten, § 3 Abs 2 AVRAG restriktiv zu interpretieren (Reissner/Reckenzaun aaO 184).

Die teleologische Reduktion stellt bei zu weit geratenen gesetzlichen Tatbeständen das Gegenstück zur Analogie dar (P. Bydlinski in KBB² § 7 Rz 5 mwN ua). Sie verschafft der ratio legis gegen einen überschießend weiten Gesetzeswortlaut Durchsetzung (RIS-Justiz RS0008979 ua). Die teleologische Reduktion einer gesetzlichen Regelung erfordert den klaren Nachweis des Gesetzeszwecks, an dem sich die (letztlich den Gesetzeswortlaut korrigierende) Auslegung orientieren soll (RIS-Justiz RS0106113 ua). Die Gesetzesmaterialien zu § 3 Abs 2 AVRAG verweisen nun darauf, dass ein Übergang im Zusammenhang mit einem Konkurs nach der Judikatur des EuGH (Rs 135/83, Abels, Slg 1985, 469) von der RL 77/187/EWG nicht erfasst sei. Der Erwerb aus einer Konkursmasse sei ausgenommen, weil es im Konkurs in der Regel zur Zerschlagung des Unternehmens, der (Betriebs-)Einheit bzw zur Auflösung des überschuldeten Unternehmens bzw Betriebs komme (RV 1077 BlgNR 18. GP 11). Daraus könnte man den (unzutreffenden) Eindruck gewinnen, der Erwerb einer Konkursmasse werde nur deshalb vom Anwendungsbereich des § 3 Abs 1 AVRAG ausgenommen, weil es im Konkursfall in der Regel ohnedies nicht zu einem Betriebsübergang komme. Denn bei einer „Zerschlagung“ oder „Auflösung“ eines Unternehmens bliebe wohl kaum ein Betrieb über, der weitergegeben werden könne (vgl Rechberger, Insolvenzzrechtliche Probleme des Betriebs-[teil]-übergangs: Zum Einfluss des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes auf die Unternehmenssanierung, in Tomandl, Der Betriebs-[teil]-übergang im Arbeitsrecht 55 [58]). Wie in der Literatur mehrfach aufgezeigt wurde, ist aus der „nicht ganz zufriedenstellenden“ (Gahleitner aaO Rz 293), „in sich höchst unstimmgigen“ (Rechberger aaO 58) und „missverständlichen“ (Weber, Arbeitsverhältnisse in Insolvenzverfahren 189) Begründung in den Materialien zu § 3 Abs 2 AVRAG nicht der Schluss zu ziehen, dass der Gesetzgeber im Rahmen einer „Überregelung“ mit der genannten Vorschrift Fälle

erfasst und Folgen herbeigeführt hätte, die von ihm nicht erkannt oder bedacht worden wären und dass er trotz des weitergehenden Wortlauts nur die Zerschlagung des Unternehmens bzw die Auflösung des überschuldeten Unternehmens oder Betriebs im Auge gehabt hätte (9 ObA 106/06p). Nicht erst mit dem IRÄG 1997 (insbesondere § 114a KO; s hiezu Riel,

Die Neuregelung der Unternehmensfortführung im Konkurs durch das IRÄG 1997, AnwBl 1997, 891), sondern schon mit dem IRÄG 1982, BGBl 1982/370, verfolgte der Gesetzgeber vornehmlich das Ziel einer Unternehmenssanierung und -fortführung (vgl Weinhäupl, Betriebs-, Betriebsteil- bzw Unternehmensübergang und Insolvenz 78; Rechberger aaO 58; Konecny aaO 836; Riel in Konecny/Schubert, KO § 114a Rz 2 f ua). Es ist somit dem Gesetzgeber, der trotz Insolvenz des Inhabers eine klare Präferenz für die Fortführung des Unternehmens zum Ausdruck gebracht hat, nicht zu unterstellen, dass er diese Absicht durch eine Einschränkung der Anwendung des § 3 Abs 2 AVRAG auf unternehmenszerschlagende Insolvenzen wieder zunichte machen wollte. Eine derartige teleologische Reduktion des § 3 Abs 2 AVRAG ist daher nicht zulässig. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der österreichische Gesetzgeber in § 3 Abs 2 AVRAG festgelegt hat, dass im Fall der Veräußerung auch eines ganzen Unternehmens im Konkurs § 3 Abs 1 AVRAG nicht zur Anwendung gelangt (vgl Grillberger, Betriebsübergang und Arbeitsverhältnis - Neuregelung durch das AVRAG, wbl 1993, 305 [307 f]; Konecny aaO 837; Rechberger aaO 59; Gahleitner aaO Rz 293; Schima aaO 159; Baumgartner, Unternehmensschließung oder -fortführung 59; Nadler aaO 178 f; Mayr aaO 85; Reissner/Reckenzaun aaO 184, 186 ua). Selbst unter der Hypothese der Richtlinienwidrigkeit ist daher die generelle (pauschale) Ausnahmebestimmung des § 3 Abs 2 AVRAG auf den vorliegenden Fall anzuwenden (9 ObA 106/06p). Der Anregung des Revisionsgegners, den EuGH mit der Frage der Richtlinienkonformität des § 3 Abs 2 AVRAG zu befassen, kann daher nicht entsprochen werden.

Die Rechtsprechung vertrat vor dem In-Kraft-Treten des AVRAG die Auffassung, dass der Erwerber des Betriebs bei nach dem MuttSchG geschützten Arbeitnehmerinnen nicht in die Arbeitsverhältnisse eintritt, sondern diese zum früheren Inhaber aufrecht bleiben (4 Ob 152-155/80, SZ 53/171, ZAS 1982, 146 [Thaller]; EA Salzburg, Arb 10.048; EA Feldkirch, Arb 10.390 ua). Der Oberste Gerichtshof verwies dazu darauf, dass keine allgemeine Regelung bestehe, wonach wegen der Betriebs- und Unternehmensbezogenheit der Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübergang der Singulärsukzessor ex lege in die bestehenden Arbeitsverhältnisse einzutreten habe. Der Gesetzeszweck des MuttSchG gebiete nicht eine so starke Bindung der geschützten Arbeitnehmerinnen an den Betrieb. Die dieser Rechtsprechung kritisch gegenüberstehende Lehre gelangte zu dem Schluss, dass diese Rechtsprechung konsequenterweise wohl auch für die Arbeitsverhältnisse der begünstigten Behinderten iSd BEinstG (bzw der begünstigten Invaliden iSd InvEG) gelten müsste (vgl Runggaldier, Der Übergang von Arbeitsverhältnissen im Rahmen einer Unternehmensteilung, DRdA 1988, 355 [359]; Reissner in DRdA 2007/43, 392 ua). Nach § 3 Abs 1 AVRAG gehen nun im Fall des Betriebsübergangs alle Arbeitsverhältnisse - ohne Rücksicht darauf, ob etwa ein besonderer Kündigungsschutz nach dem MuttSchG, BEinstG etc besteht - über (8 ObA 7/05w, DRdA 2004/43 [Reissner]). Davon wurde jedoch in § 3 Abs 2 AVRAG die vorstehend erörterte Ausnahme beim Betriebsübergang im Fall des Konkurses normiert. Diese Ausnahme differenziert - wie die Grundregel nach § 3 Abs 1 AVRAG - nicht danach, ob ein besonderer Kündigungsschutz nach dem MuttSchG, BEinstG etc besteht oder nicht, betrifft daher grundsätzlich alle Arbeitsverhältnisse (vgl zur Frage der abschließenden Regelung des § 3 Abs 2 AVRAG Konecny aaO 837; Nadler aaO 179 f; vgl zu besonders geschützten Arbeitnehmerkreisen teils relativierend, teils krit Binder aaO § 3 Rz 74; Holzer/Reissner aaO § 3 Erl 152 ua). Der Senat sieht nun keine Notwendigkeit, von der mit 4 Ob 152-155/80 (SZ 53/171) begründeten Rechtsprechung abzuweichen und im Fall des § 3 Abs 2 AVRAG hinsichtlich der begünstigten Behinderten iSd BEinstG eine Ausnahme von der Ausnahme anzunehmen.

Der Revisionsgegner weist zutreffend darauf hin, dass die Rechtsprechung diese Frage bei Belegschaftsvertretern - und zwar sowohl vor (4 Ob 152-155/80, SZ 53/171, ZAS 1982, 146 [Thaller] ua), als auch nach dem In-Kraft-Treten des AVRAG (8 ObA 7/05w, DRdA 2007/43 [Reissner]) - anders beurteilt hat. Dort wurde jedoch betont, dass der Gesetzgeber mit dem Sonderrechtsschutz der §§ 120 ff ArbVG auch bewirken wollte, dass der neue Betriebsinhaber ex lege in die Arbeitsverhältnisse der Betriebsratsmitglieder eintritt. Der tragende Grund für diese Rechtsprechung zum Bestandschutz der Belegschaftsvertreter liegt in der Bestrebung, der Belegschaft des Betriebs, solange dieser unverändert fortbesteht, die im ArbVG vorgesehene Vertretung zu sichern. Schutzobjekt dieser Regelung ist jedenfalls auch die Belegschaft (8 ObA 7/05w). Diese Gründe treffen auf den Kläger als begünstigten Behinderten iSd BEinstG nicht zu. Die zitierte Rechtsprechung zu den Belegschaftsvertretern ist daher hier nicht anwendbar.

Eine Diskriminierung wegen der Behinderung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses zur Beklagten nach § 7b Abs 1 Z 1 BEinstG hat der Kläger in erster Instanz nicht geltend gemacht. Rechtsfolge einer derartigen Diskriminierung wäre auch nicht, wie vom Kläger gewünscht, die Begründung des Arbeitsverhältnisses, sondern lediglich Schadenersatz (§ 7e Abs 1 BEinstG). Der Kläger hat in erster Instanz auch keine Einstellungsdiskriminierung wegen des Alters nach § 17 Z 1 GIBG geltend gemacht. Auch hier wäre als Rechtsfolge nur Schadenersatz und nicht die Begründung des Arbeitsverhältnisses vorgesehen (§ 26 Abs 1 GIBG). Die diesbezüglichen Ausführungen in der Revisionsbeantwortung widerstreiten im Übrigen dem Neuerungsverbot (§ 504 Abs 2 ZPO). Hierauf kann daher nicht eingegangen werden. Es kann deshalb auch dahingestellt bleiben, ob die Beklagte „ohnedies“ jederzeit „Rationalisierungskündigungen“ (übernommener Arbeitnehmer) aussprechen könnte.

Nach Art 5 Abs 4 der BetriebsübergangsRL 2001/23/EG haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit Insolvenzverfahren nicht in missbräuchlicher Weise in Anspruch genommen werden, um Arbeitnehmern die in dieser Richtlinie vorgesehenen Rechte vorzuenthalten. Entsprechende Sicherungen enthält das österreichische Recht etwa im Strafrecht (s insb §§ 156, 159, 160 StGB) oder im Konkursrecht, wonach das Konkursgericht bei der Konkurseröffnung nach § 69 iVm §§ 66, 67, 173 Abs 5 KO die Insolvenzlage zu prüfen hat (vgl 9 ObA 106/06p). Das Gericht ist, auch was das Vorliegen der Insolvenz des Schuldners betrifft, berechtigt und verpflichtet, seinen allfälligen Zweifeln von Amts wegen nachzugehen, wenn es Anzeichen für eine missbräuchliche Konkursantragstellung durch einen solventen Schuldner gibt (Dellinger in Konecny/Schubert, KO § 69 Rz 59 mwN; 8 Ob 99/04y; RIS-Justiz RS0064997 ua). Dieses Thema muss jedoch hier nicht weiter vertieft werden, weil der Kläger ohnehin keinen Missbrauch der Gemeinschuldnerin bzw der Beklagten behauptete. Aus von ihm bloß theoretisch angestellten Überlegungen ist für seinen Prozessstandpunkt nichts zu gewinnen.

Zusammenfassend vermochte der Kläger keine Rechtsgrundlage für den von ihm angenommenen Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte darzutun. Der begründeten Revision der Beklagten ist daher Folge zu geben und das Klagebegehren durch Abänderung der Urteile der Vorinstanzen abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41, 50 Abs 1 ZPO. Hinsichtlich der Berufung beträgt der der Beklagten gebührende dreifache Einheitssatz jedoch nicht wie von ihr verzeichnet 180 %, sondern zufolge des 10.170 EUR übersteigenden Streitwerts lediglich 150 % (§ 23 Abs 3 und 9 RATG).