

# Betriebsübergang, AVRAG und Insolvenz – Novellierung der Betriebsübergangsrichtlinie

Durch die jüngst erfolgte Novellierung der Betriebsübergangsrichtlinie wurde einerseits die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Nichtanwendung der Richtlinie in bestimmten Insolvenzfällen festgeschrieben und andererseits den Mitgliedstaaten die Möglichkeit der Begrenzung der Erwerberhaftung und der Zulassung „sanierungstauglicher“ Arbeitsbedingungen in jenen Insolvenzfällen eingeräumt, in denen die Richtlinie gilt. Der Beitrag befaßt sich mit dem Inhalt des „Insolvenzprivilegs“ und den mit dem neuen Art 4a der Richtlinie verbundenen Fragen.

RA Dr. Georg Schima

Wien

## 1. Ausgangslage

Der gesetzlich in Österreich seit 1. Juli 1993 durch das AVRAG<sup>1)</sup> in vorausschauender Umsetzung der EG-Betriebsübergangsrichtlinie<sup>2)</sup> grundsätzlich eingeführte Übernahmewang hinsichtlich der zu einem Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil gehörenden Arbeitnehmer im Falle von dessen Veräußerung bedeutet zweifellos eine Belastung für die betroffenen Unternehmungen und eine grundsätzliche Erschwerung des Betriebsüberganges<sup>3)</sup>.

Mögen die einem Betriebsübergang gesetzlich auferlegten Gestaltungsbeschränkungen im Normalfall noch einigermaßen handhabbar sein<sup>4)</sup>, so stellen sich im Falle einer Insolvenz besondere Probleme. Denn eine solche ist fast immer auch und manchmal zu einem wesentlichen Teil durch zu viel und zu teures (gemessen an den Marktverhältnissen und anderen Unternehmen derselben Branche) Personal verursacht. Derjenige, der einen Betrieb von einem insolventen Veräußerer erwirbt, ist daher typischerweise in besonderem Maße daran interessiert, einerseits nur einen Teil der Belegschaft und diesen andererseits zu billigeren Konditionen zu übernehmen. Das geltende österreichische Recht zieht diesbezüglich eine klare Grenze zwischen Konkurs und Ausgleich. Während im erstgenannten Fall die Zentralnorm des § 3 Abs 1 AVRAG nicht gilt und damit kein grundsätzlicher Übernahmewang für den Erwerber besteht<sup>5)</sup>, gilt im Ausgleichsverfahren e contrario das AVRAG

uneingeschränkt. Dies mag man – nicht zu Unrecht – rechtspolitisch kritisieren<sup>6)</sup>; de lege lata läßt sich aber daran nicht rütteln.

An der vermeintlich klaren Trennlinie des § 3 Abs 2 AVRAG – keine Anwendung des Gesetzes im Konkurs, unbeschränkte Anwendung im Ausgleichsverfahren – wurden freilich Zweifel laut. Diese Zweifel sehen manche in der EuGH-Judikatur begründet und wurden auch durch eine Entscheidung des OGH betreffend den Konkurs einer als Arbeitgeber auftretenden Betriebsgesellschaft mit nicht insolventer Besitzgesellschaft verstärkt.

Seit wenigen Monaten ist jedoch die insolvenzrechtliche Problematik auch in der Betriebsübergangsrichtlinie geregelt. Denn mit der neuen Richtlinie 98/50/EG des Rates vom 29. Juni 1998 wurde die Richtlinie 77/187/EWG geändert und gleich zur Gänze neu verlautbart. Die geänderte Richtlinie ist am Tage der Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften in Kraft getreten<sup>7)</sup>.

### 1.1. Der EuGH und das „Insolvenzprivileg“

Die bis vor kurzem geltende Fassung der Betriebsübergangsrichtlinie enthielt, wie gesagt, gar keine Ausnahme für Betriebsübergänge in einem Insolvenzverfahren. Dennoch hat der EuGH eine Konzeption entwickelt, die unter bestimmten Voraussetzungen die Nichtanwendung der Richtlinie bei Insolvenz des Veräußerers vorsieht. Prägend für die Judikatur wurde das Urteil vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache Abels<sup>8)</sup>. Dieses war, wie die Materialien zum AVRAG zeigen, auch für die Verankerung der Ausnahmebestimmung des § 3 Abs 2 AVRAG maßgebend<sup>9)</sup>.

Es ging damals um ein niederländisches Unternehmen, dem in einem eigens geregelten Verfahren ein Zahlungsaufschub

1) Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz, BGBl 1993/459 idGF; das Gesetz wurde seither in mehreren Novellen immer mehr um sachlich nicht zusammengehörende Materien angereichert und bietet mittlerweile ein recht unübersichtlich gewordenenes Bild.

2) Richtlinie 77/187/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen vom 14. Februar 1977, ABi Nr L 61 vom 5. März 1977, 26.

3) Im folgenden wird der Ausdruck „Betriebsübergang“ stellvertretend für Unternehmens-, Betriebs- und Betriebsteilübergang verwendet, sofern sich aus dem Zusammenhang nichts anderes ergibt.

4) Die mehr als fünfjährige anwaltliche Erfahrung des Verfassers im Zusammenhang mit dem AVRAG hat gezeigt, daß die in der Praxis gelegentlich zu beobachtende „Dämonisierung“ des AVRAG sicher übertrieben erscheint.

5) Ein uneingeschränkter Übernahmewang besteht schon deshalb außerhalb des Konkurses nicht, weil betriebsbedingte Kündigungen jedenfalls möglich bleiben (vgl explizit Art 4 Abs 1, letzter Satz RL; für Österreich *Gahleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung und AVRAG [1996] 125 ff; *Schrank*, Probleme der Kündigung im Zusammenhang mit einem Betriebs(teil)übergang, in *Tomandl*, Betriebs(teil)übergang 71 ff; *Peschek*, Rationalisierungen und der Bestandschutz beim Betriebsübergang, RdW 1997, 80 ff; OGH 28. August 1997, DRdA 1998, 284 ff, mit Anm v *Wagnest*.

6) Vgl *Konecny*, Unternehmenserwerb im Insolvenzverfahren und Arbeitsverhältnisse, *ecolex* 1993, 836 ff, 838; *Rechberger*, Insolvenzzrechtliche Probleme des Betriebs(teil)übergangs – zum Einfluß des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes auf die Unternehmenssanierung, in *Tomandl* (Hrsg), Der Betriebs(teil)übergang im Arbeitsrecht (1995) 55 ff, 63 ff; vgl auch *Schima*, Automatischer Übergang von Arbeitsverträgen bei Betriebsinhaberwechsel, RdW 1993, 216.

7) Art 3 RL 98/50/EG vom 29. Juni 1998, ABi L 201 vom 17. Juli 1998, 88 ff.

8) Rs 135/83 (Abels), ZIP 1985, 824 ff.

9) ErläutRV 1077 BigNR 18. GP 11; vgl auch *Rechberger* in *Tomandl*, Betriebsteilübergang 56 ff.

bewilligt worden war, das aber in der Folge in Konkurs verfiel und während des Konkursverfahrens vom Konkursverwalter an eine andere Gesellschaft übertragen wurde, die das Unternehmen weiterführte.

Der EuGH sprach aus, daß Art 1 Abs 1 der Richtlinie nicht auf den Übergang eines Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteils anwendbar sei, „wenn über das Vermögen des Veräußerers der Konkurs eröffnet worden ist und das betreffende Unternehmen oder der betreffende Betrieb zur Konkursmasse gehört; dies beläßt den Mitgliedstaaten jedoch die Möglichkeit, unabhängig vom Gemeinschaftsrecht die Grundsätze der Richtlinie auf einen solchen Übergang anzuwenden.“

Da die niederländische Regierung sowie die Kommission die Auffassung vertraten, daß schon aufgrund der in der niederländischen Fassung der Richtlinie verwendeten Formulierung in Art 1 Abs 1 die Anwendung auf Fälle des Übergangs aufgrund eines freiwillig abgeschlossenen Vertrages beschränkt, hingegen bei jeder Form des Übergangs im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens ausgeschlossen sei, welches auf die zwangsweise durchgeführte, gemeinschaftliche Verwertung des Schuldnervermögens oder auf die Überwindung der finanziellen Schwierigkeiten des Schuldners zur Vermeidung einer solchen Verwertung abziele, hatte sich der EuGH mit den unterschiedlichen sprachlichen Fassungen in Art 1 Abs 1 zu befassen. Während es nämlich in der deutschen Fassung auf eine „vertragliche Übertragung oder ... Verschmelzung“ ankommt<sup>10)</sup>, wird in der englischen Fassung der viel weitere Begriff „legal transfer“ verwendet.

Aufgrund dieser durch die Sprachenvielfalt innerhalb der EU bewirkten „Pattstellung“ wandte sich der EuGH der Klärung der Bedeutung des Art 1 Abs 1 „unter Berücksichtigung des Aufbaus der Richtlinie und ihrer Stellung im System des Gemeinschaftsrechts im Verhältnis zu den Regelungen für den Fall des Konkurses sowie ihrer Zielsetzung“ zu.

Mit einer in Anbetracht der Bedeutung der Angelegenheit recht knappen Begründung, in der die Besonderheiten des Konkursrechtes in allen Mitgliedstaaten ungeachtet der im einzelnen unterschiedlichen Ausprägungen hervorgehoben wurden, gelangte der EuGH zu der entscheidenden Schlussfolgerung, „daß in die Richtlinie eine entsprechende ausdrückliche Vorschrift aufgenommen worden wäre, wenn sie auch für den Übergang von Unternehmen im Rahmen solcher Verfahren hätte gelten sollen“.

Sodann widmete sich der EuGH den völlig unterschiedlichen Auffassungen der Verfahrensbeteiligten zur Frage, wie die wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen einer etwaigen Anwendbarkeit der Richtlinie im Konkursfall oder in einem vergleichbaren Verfahren zu beurteilen sind und ob eine solche Anwendbarkeit den Interessen der Arbeitnehmer nützt oder schadet.

Diese unterschiedlichen Ansätze, die wohl den Konflikt widerspiegeln, der sich vermutlich in jedem einzelnen Mitgliedstaat in Gestalt von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressenvertretungen ereignet, führten den EuGH zur Feststellung,

daß die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet seien, die Vorschriften der Richtlinie auch in Fällen des Übergangs von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen im Rahmen eines Konkursverfahrens anzuwenden, „das auf die Verwertung des Schuldnervermögens unter der Aufsicht des zuständigen Gerichts gerichtet ist“<sup>11)</sup>.

Für das niederländische Zahlungsaufschubverfahren vermochte der EuGH freilich eine solche Zielsetzung nicht auszumachen. Da dieses Verfahren in erster Linie auf die Sicherung der Vermögensmasse und gegebenenfalls die Weiterführung des Unternehmens durch Stundung von Zahlungsverpflichtungen gerichtet sei, um eine Regelung zu finden, die den Betrieb des Unternehmens für die Zukunft sicherstelle, hätten jene Gründe, die der Anwendung der Richtlinie auf den Übergang von Unternehmen im Rahmen eines Konkursverfahrens entgegenstünden, für ein Verfahren wie das niederländische Zahlungsaufschubverfahren, das „in einem frühen Stadium stattfindet“, keine Geltung.

In einigen weiteren Entscheidungen führte der EuGH die in der Rechtssache Abels vorgetragene Ansätze fort<sup>12)</sup>.

In den am selben Tage wie die Rechtssache Abels entschiedenen Rechtssachen Botzen<sup>13)</sup> und Industriebond FNV<sup>14)</sup> verwies der EuGH auf seine Begründung im Urteil Abels.

In einem Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache d'Ursos<sup>15)</sup> war zu beurteilen, ob die Richtlinie bei einer Betriebsveräußerung während des italienischen „Verfahrens der außerordentlichen Verwaltung“ anwendbar ist. Der EuGH folgte dabei nicht der Auffassung des Generalanwaltes, der wegen der strukturellen Ähnlichkeiten mit einem Konkursverfahren die generelle Unanwendbarkeit der Richtlinie auf Veräußerungen im Verfahren der außerordentlichen Verwaltung vertrat, sondern *differenzierte nach Verfahrensabschnitten*. Während der Phase der Fortsetzung der Tätigkeit des Unternehmens aufgrund behördlicher Anordnung unterlägen Betriebsübergänge der Richtlinie in vollem Umfang. Wenn hingegen keine behördliche Anordnung betreffend die Genehmigung der Unternehmensfortführung vorliege oder eine solche Anordnung bereits ausgelaufen sei, kämen nach italienischem Recht die Bestimmungen über die Zwangsliquidation im Verwaltungswege zur Anwendung, sodaß Betriebsübergänge außerhalb des Anwendungsbereiches der Richtlinie lägen<sup>16)</sup>.

Aus der bisherigen Rechtsprechung des EuGH läßt sich daher deutlich ableiten, daß es nach Ansicht des Gerichtshofes für die Beurteilung der Frage, ob die Richtlinie beim Übergang eines Unternehmens anwendbar ist, welches einem Verwaltungs-

11) Vgl ZIP 1985, 826 f.

12) Vgl auch den instruktiven Überblick in der jüngst erschienenen Monographie von Boesch, Betriebsübergang und Insolvenz (1998) 89 ff, dem auch für den Hinweis zu danken ist, daß die – vom eiligen Rechtsanwender oft nicht beachteten – Schlußanträge des Generalanwaltes Slynn unter Einbeziehung der Entstehungsgeschichte der Richtlinie wesentlich instruktiver als der EuGH selbst darlegen, warum die Veräußerung im Konkurs von der Richtlinie nicht erfaßt sein sollte (Boesch, Betriebsübergang und Insolvenz 91).

13) EuGH 7. Februar 1985, Rs 186/83, Slg 1985, 519 ff.

14) EuGH 7. Februar 1985, Rs 179/83, Slg 1985, 511 ff.

15) EuGH 25. Juli 1991, Rs C-362/89, Slg 1991, I-4119, NZA 1993, 137 ff.

16) Vgl auch Boesch, Betriebsübergang und Insolvenz 94 ff, sowie das auf derselben Linie liegende Urteil in der Rechtssache Spano, Slg 1995, I-4321.

10) Diese Beschränkung ist vom österreichischen Gesetzgeber gar nicht übernommen worden; vielmehr ergibt sich aus den Materialien zum AV-RAG explizit, daß dieses zB auch auf gesetzlich angeordnete Übertragungen anwendbar sein soll.

oder Gerichtsverfahren unterworfen ist, „entscheidend auf das mit dem fraglichen Verfahren angestrebte Ziel ankommt“<sup>17)</sup>.

Nicht restlos geklärt ist hingegen, ob der Gerichtshof auf den (in der Verwertung des gesamten oder nahezu gesamten Schuldnervermögens abzielenden) Zweck des betroffenen Verfahrenstyps abstellt oder bzw. oder auch auf das ganz konkret betroffene Verfahren, das – dies zeigen die österreichischen Erfahrungen – innerhalb eines als gesetzlicher Typ geregelten Verfahrens einen ganz unterschiedlichen Verlauf nehmen kann.

Meines Erachtens bietet die bisherige Judikatur deutlich mehr Anhaltspunkte dafür, daß der EuGH jedenfalls in erster Linie am konkret zu beurteilenden Verfahrenstyp anknüpft. Anders kann die Formulierung in der Rechtssache Abels, die Richtlinie sei auf ein Konkursverfahren nicht anzuwenden, „das auf die Verwertung des Schuldnervermögens unter der Aufsicht des zuständigen Gerichts *gerichtet*“<sup>18)</sup> ist“ oder die in der jüngsten Entscheidung in der Rechtssache Dassy geäußerte Meinung, entscheidend sei „das mit dem fraglichen Verfahren angestrebte Ziel“<sup>19)</sup>, nicht verstanden werden. In der letztgenannten Entscheidung heißt es allerdings unmittelbar im Anschluß daran, daß „jedoch auch die Ausgestaltung des *jeweiligen*“<sup>20)</sup> Verfahrens, insbesondere soweit sie zu einer Weiterführung oder Einstellung des Unternehmens führt ... zu berücksichtigen“ sei.

Zwar sollte man gerade beim EuGH der Versuchung widerstehen, in deutsch-österreichischer Rechtstradition einzelne Worte zu sezieren und auf die Goldwaage zu legen; Sinn ergeben die zitierten Ausführungen aber wohl nur, wenn der nach dem Gerichtshof hauptausschlaggebende Verfahrenszweck bzw. das Ziel des Verfahrens typisierend zu verstehen ist, wohingegen das – nach Meinung des EuGH zumindest zu berücksichtigende – „jeweilige“ Verfahren die konkrete Causa meint.

*Maßgebend muß also der in der zu beurteilenden nationalen Rechtsordnung geregelte Verfahrenstyp sein*<sup>21)</sup>, und dies erscheint vor

17) So der EuGH unter Verweis auf die Vorjudikatur wörtlich in seiner jüngsten Entscheidung in der Rechtssache Dassy (vgl. RdW 1998, 214 f.). Aus dieser Entscheidung selbst sind allerdings keine zusätzlichen Erkenntnisse zur Lösung der gegenständlichen Problematik zu gewinnen, weil dabei ein im französischem Recht geregeltes freiwilliges Liquidationsverfahren zu beurteilen war, das weder Zahlungsunfähigkeit noch Überschuldung des betroffenen Unternehmens zur Voraussetzung hat, sondern offenbar jenem Liquidationsverfahren vergleichbar ist, das nach österreichischem Recht bei entsprechendem Beschluß der Gesellschafter einer GmbH oder AG etc. eingreift. Etwas irreführend ist daher die dieser Entscheidung in RdW 1998, 214, vorangestellte Überschrift „Betriebsübergang und Insolvenz“, handelte es sich doch keineswegs um ein Insolvenzverfahren. Vor diesem Hintergrund ist nicht verwunderlich, daß der EuGH die volle Anwendbarkeit der Richtlinie bejahte.

18) Hervorhebung durch den Verfasser.

19) Hervorhebung durch den Verfasser.

20) Hervorhebung durch den Verfasser.

21) AM freilich *Rebhahn*, Unternehmungssanierung und AVRAG (noch unveröffentlichter Vortrag, gehalten am 22. September 1998 anlässlich des Zivilrechtsseminars in Altmünster), der aus den vom EuGH aufgestellten Kriterien ableiten möchte, daß es für die Zulässigkeit einer Ausnahme von der Richtlinie nur auf das konkrete Verfahren anzukommen hat. *Rebhahn* trug diese These allerdings insb. im Zusammenhang mit der Erörterung der Frage vor, ob der Zwangsausgleich von der Richtlinie ausgenommen ist bzw. ausgenommen werden kann und führte dazu aus, daß es nicht darauf anzukommen habe, daß der Zwangsausgleich in Österreich im Rahmen der Konkursordnung geregelt sei. Der letztgenannten Aussage ist mE grundsätzlich zuzustimmen; sie ist auch durch die in der Rechtssache d’Urso vertretene Differenzierung nach Verfahrensabschnitten wohl gedeckt. Nicht zutreffend und völlig unpraktikabel wäre es dagegen, weiter danach zu differenzieren, ob es im konkreten Konkurs- bzw. Zwangsausgleichs-

verfahren tatsächlich zu einer völligen Zerschlagung des Vermögens des Schuldners kommt oder nicht.

## 1.2. Der OGH und das „Konkursprivileg“

Der OGH hatte bislang noch nicht wirklich Gelegenheit, die (Nicht-)Anwendung der Betriebsübergangsrichtlinie bzw. des AVRAG in Insolvenzverfahren im allgemeinen und Konkursverfahren im besonderen näher zu problematisieren. Aufhorchen ließ diesbezüglich allerdings eine Entscheidung vom 27. September 1995<sup>22)</sup>, in der das Höchstgericht die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung des § 3 Abs 2 AVRAG bei einer in Konkurs verfallenen und als Arbeitgeber auftretenden Betriebsgesellschaft verneinte, deren Besitzgesellschaft, von der die Betriebsgesellschaft die Betriebsmittel gepachtet hatte, nicht insolvent war<sup>23)</sup>. Für eine detaillierte Auseinandersetzung mit dem Erkenntnis ist hier nicht der geeignete Platz; festzuhalten bleibt nur, daß aus arbeitsrechtlicher Sicht insbesondere die geradezu „sklavische Orientierung“ des OGH am Betriebsbegriff des ArbVG in keiner Weise überzeugt. Auch die Konstruktion einer „doppelten Veräußerereigenschaft“, die aus dieser strikten Orientierung abgeleitet wird, ist mE verfehlt<sup>24)</sup>.

Im gegenständlichen Zusammenhang sind nur die – wenn gleich spärlichen – Ausführungen zum „Insolvenzprivileg“ von Bedeutung. Nach einer kurzen Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH und insbesondere auf das Urteil in der Rechtssache d’Urso<sup>25)</sup> meint der OGH lapidar, es müsse hier nicht abschließend geprüft werden, „ob daher die Einschränkung in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage“<sup>26)</sup> ..., daß die Ausnahme des § 3 Abs 2 AVRAG deshalb vorgesehen worden sei, weil es im Konkurs in der Regel zur *Zerschlagung des Unternehmens*<sup>27)</sup> bzw. zur *Auflösung des verschuldeten Betriebes*<sup>28)</sup> komme, tatsächlich eine teleologische Reduktion der Gesetzesstelle in diesem Sinne erforderlich macht. Der zitierten Rechtsprechung des EuGH kann nämlich jedenfalls entnommen werden, daß die Bestimmung des § 3 Abs 2 AVRAG keinesfalls ausdehnend ausgelegt werden darf, sondern sie im strengen, insbesondere Umgehungen von RL und Gesetz weitestgehend ausschließendem Sinne zu verstehen ist“.

22) OGH ZIK 1996, 57 ff.

23) Aus dem veröffentlichten Sachverhalt geht nicht ganz klar hervor, ob die Betriebsgesellschaft sich wirklich nur darauf beschränkte, die Arbeitnehmer anzustellen, oder ob sie – wie bei der „klassischen“ Betriebsaufspaltung – auch über gewisse Betriebsmittel (Umlaufvermögen) verfügte. Vermutlich hätte dies aber an der Entscheidung des OGH nichts geändert.

24) Vgl. auch die diesbezügliche Kritik bei Boesch, Arbeitnehmerschutz oder Sanierung, *ecolex* 1996, 390 ff, 392 f, der offenbar aber auch das Ergebnis des OGH nicht billigt.

25) EuGH NZA 1993, 137 ff.

26) 1077 BlgNR 18. GP 11.

27) Hervorhebung durch den Verfasser.

28) Hervorhebung durch den Verfasser.

Nicht sachgerecht und auch durch die Judikatur des EuGH keineswegs gedeckt ist daran die den OGH offenbar bestimmende Überlegung, die Auslegung des § 3 Abs 2 AVRAG wäre uU dann teleologisch zu reduzieren, wenn das schuldnerische Unternehmen bzw der schuldnerische Betrieb nicht zerschlagen, dh aufgelöst wird.

Ankommen kann es aber nur darauf, ob das Vermögen des Schuldners zur Gänze (oder jedenfalls fast zur Gänze) verteilt wird und daher der Unternehmensträger (zB eine GmbH) zumindest wirtschaftlich nicht überlebt, oder ob es zu einer Sanierung des Schuldners (= Unternehmensträgers) kommt.

Während im erstgenannten Fall genau jene Konstellation vorliegt, an die der EuGH die Nichtanwendung der Richtlinie knüpft – der EuGH spricht keineswegs von einer „Zerschlagung des Unternehmens“, sondern vielmehr von einer „Verwertung des Schuldnervermögens unter der Aufsicht des zuständigen Gerichts“<sup>29)</sup> –, erscheint es im letztgenannten Fall zumindest nicht völlig sachfremd, die Richtlinie anzuwenden. Denn gleichzeitig Sanierung, Befreiung von einem Teil der Gläubigerforderungen und leichtere Befreiung von den Arbeitnehmern zu erlangen, würde ein doch eher unverdientes Privileg bedeuten.

Selbstverständlich muß aber die vom EuGH gezogene Ausnahme von der Anwendung der Richtlinie und muß auch § 3 Abs 2 AVRAG beim Verkauf lebender Unternehmen und Betriebe bzw Betriebsteile greifen, sofern sich der betroffene Insolvenzverfahrenstyp – allenfalls unter Berücksichtigung eines (ebenfalls vertypen) Verfahrensabschnittes (zB Zwangsausgleich im Konkursverfahren) – am Ziel der Verwertung des (gesamten) Schuldnervermögens orientiert.

Denn würde man – mit dem OGH – auf die Zerschlagung des Unternehmens bzw Betriebes abstellen, dann käme es bestenfalls zu Betriebssteilübergängen, in vielen Fällen aber zu Vorgängen, die als bloße Verwertung von Sachmitteln von vornherein weder der Richtlinie noch dem AVRAG unterliegen.

## 2. Zur Regelung der Insolvenzproblematik in der neuen Richtlinie

### 2.1. Nichtanwendung bei auf die Auflösung des Veräußerervermögens gerichteten Insolvenzverfahren

Der neu in die Richtlinie eingefügte Art 4 a widmet sich zur Gänze der Problematik insolventer bzw in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindlicher Unternehmen im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang.

Gemäß Art 4 a Abs 1 RL<sup>30)</sup> gelten, sofern die Mitgliedstaaten nichts anderes vorsehen, die Art 3 und 4 – also die zentralen Bestimmungen der Richtlinie – „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“.

Damit wurde die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Ausnahme bei Insolvenz in der Richtlinie festgeschrieben. Mehr geregelt hat der europäische Gesetzgeber dagegen nicht, sodaß alle – aus österreichischer Sicht – durch die bisherige Judikatur des EuGH nicht gelösten Fragen einerseits als weiterhin offen angesehen werden können, daß aber andererseits die zur Ausgangslage vor Novellierung der Richtlinie geäußerten Überlegungen nicht obsolet wurden.

Für Österreich stellt sich daher nach wie vor die Frage, ob die Ausnahmebestimmung des § 3 Abs 2 AVRAG hinsichtlich des Betriebsüberganges im Falle des – innerstaatlich als Teil des Konkursverfahrens geregelten – Zwangsausgleiches teleologisch reduziert werden muß, oder ob nicht sogar umgekehrt § 3 Abs 2 AVRAG auf den – nicht speziell geregelten, sondern nur rechtstatsächlich zu beobachtenden – Liquidationsausgleich im Ausgleichsverfahren analog angewendet werden kann.

Daß das österreichische Konkursverfahren grundsätzlich den Kriterien des neuen Art 4 a Abs 1 RL genügt, kann mE nicht zweifelhaft sein und ergibt sich keineswegs bloß aus § 1 KO, sondern auch aus der Ausgestaltung des gesamten Verfahrens. Dieses ist grundsätzlich auf die Verwertung des gesamten Schuldnervermögens gerichtet und strebt daher typischerweise – und darauf hat es primär anzukommen (siehe oben) – gerade nicht die Sanierung des ein Unternehmen betreibenden Schuldners an. Daran ändert auch der durch die Insolvenzreform 1982 stattgefundenen Paradigmenwechsel<sup>31)</sup> und dessen – allerdings in eine andere Richtung weisende – Neuauflage durch das IRÄG 1997 nichts. Während durch die Reform 1982 die Unternehmenssanierung nahezu „um jeden Preis“<sup>32)</sup> gefördert werden sollte, war bei der Reform des Jahres 1997 – wie zwar aus den Materialien nicht so deutlich wird, Teilnehmer an den diversen Beratungen jedoch berichteten – vor allem für die involvierten Sozialpartner in seltener Einmütigkeit die Überlegung bestimmend, daß nicht überlebensfähige Unternehmungen nicht unbeschränkt fortgeführt und auf diese Weise zur subventionierten und damit bedrohlichen Konkurrenz für gesunde Betriebe werden sollten.

Ob das jeweilige Konkursrecht mehr die Sanierung des Unternehmens oder eher dessen rasche Zerteilung fördert, ist aber – wie gesagt – für die Anwendung der Ausnahmebestimmung sowohl in der Richtlinie als auch des § 3 Abs 2 unmaßgeblich. Die Sanierung des ein Unternehmen betreibenden Schuldners bezweckt das gewöhnliche Konkursverfahren jedenfalls nicht.

Auch der Erwerb im Wege des Zwangsausgleiches kann mE nach der nunmehrigen Fassung der Richtlinie zulässigerweise unter § 3 Abs 2 AVRAG subsumiert werden<sup>33)</sup>. Wenngleich der Zwangsausgleich mit dem Ausgleich den Umstand der Restschuldbefreiung gemeinsam hat, ist er doch – anders als der vom Gesetzgeber als Leitbild vorgestellte Fortführungsausgleich – regelmäßig mit einer viel weitergehenden Verteilung des Schuldnervermögens und nicht selten auch mit einer Zerschlagung des schuldnerischen Unternehmens verbunden. Dies steht einer Korrektur im Einzelfall – insbesondere bei Verdacht des

31) Vgl Rechberger in Tomandl, Betriebs(teil)übergang (1995) 65.

32) In diesem Sinne Rechberger, ebenda.

33) So im Ergebnis auch Konecny, eolex 1993, 837, der allerdings eine stark rechtspolitisch gefärbte Begründung verwendet und meint, „daß das für den Ausgleich verfehlt Konzept des AVRAG nicht auf den Zwangsausgleich übertragen werden sollte“.

29) Entscheidung vom 7. Februar 1995, Rs 135/83 – Abels.

30) RL 98/50/EG des Rates vom 29. Juni 1998 zur Änderung der Richtlinie 77/187/EWG.

Mißbrauches oder der Umgehung der Richtlinie bzw des AVRAG – nicht im Wege. Kommt zB eine in der Praxis völlig unübliche Zwangsausgleichsquote zustande<sup>34</sup>), indiziert dies durchaus eine Gesetzesumgehung, für die das Bestehen einer spezifischen Umgehungsabsicht nicht, sondern bloß ein „funktionswidriger Normengebrauch“ erforderlich ist<sup>35</sup>).

Gemessen an der vom EuGH ausgemachten ratio der Nichtanwendung der Richtlinie im Falle bestimmter Insolvenzverfahren wäre diese Nichtanwendung beim Liquidationsausgleich sogar noch weit sachgerechter als beim Zwangsausgleich<sup>36</sup>), weil bei ersterem grundsätzlich das gesamte Vermögen verteilt wird und es daher jedenfalls nicht zur Sanierung des Schuldners kommt<sup>37</sup>).

Probleme ergeben sich aber in Anbetracht der nach der hier vertretenen Ansicht grundsätzlich gegebenen (siehe oben) Vorrangigkeit des zu beurteilenden Verfahrenstyps. Allerdings hat der EuGH in der Rechtssache d'Urso<sup>38</sup>) schon den Weg in Richtung Differenzierung nach (gesetzlich vertypten) Verfahrensabschnitten gewiesen. Ob dieser Ansatz beim gesetzlich nicht geregelten Liquidationsausgleich zu brauchbaren Ergebnissen führt, muß hier schon aus Platzgründen unerörtert bleiben.

*Aus dem Gesagten ergibt sich, daß ein unmittelbarer und zwingender Anpassungsbedarf für den österreichischen Gesetzgeber durch Art 4 a Abs 1 RL nicht begründet wird.* Denn die zitierte Bestimmung verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht dazu, den Betriebsübergang im „Konkursverfahren oder einem entsprechenden Verfahren mit dem Ziel der Auflösung des Vermögens des Veräußerers“ freizustellen. Wenn daher der österreichische Gesetzgeber in § 3 Abs 2 nur den Erwerb im Konkursverfahren ausnimmt, ist dies gemeinschaftsrechtlich nicht zu beanstanden. In Anbetracht des von der novellierten Richtlinie nunmehr jedoch weiter gezogenen Spielraums für Ausnahmen stellt sich zumindest verstärkt die Frage nach einer Analogiefähigkeit des § 3 Abs 2 AVRAG (insbesondere für den Liquidationsausgleich).

Die vor allem durch die Entscheidung des OGH vom 12. Oktober 1995<sup>39</sup>) ausgelöste Verunsicherung, ob tatsächlich –

34) Im Falle Atomic wurden angeblich 80 % (!) gezahlt.

35) Vgl *Krejci in Rummel*, ABGB<sup>1</sup> Rz 37 ff, 40 zu § 879 mwN.

36) Genau umgekehrt argumentierte *Rebhahn* (Unternehmenssanierung und AVRAG, noch unveröffentlichter Vortrag), der den Liquidationsausgleich als Erscheinungsform des Ausgleichsverfahrens nicht unter § 3 Abs 2 AVRAG subsumiert und wegen der ähnlich gelagerten Interessenlage beim Zwangsausgleich diesen aus der Ausnahmebestimmung herausnimmt. Zwingend ist diese Konzeption nicht, und sie kann auch keinesfalls mit dem – ohnehin verfehlten, wenngleich vom OGH gerade zu § 3 Abs 2 AVRAG bemühten (vgl OGH ZIK 1996, 58) – Prinzip begründet werden, daß Ausnahmebestimmungen restriktiv auszulegen seien.

37) *Rechberger in Tomandl*, Betriebs(teil)übergang 1995, 67. *Rechbergers* weiterer Befund, bei Unterstellung des Liquidationsausgleiches unter die Ausnahmebestimmung des § 3 Abs 2 AVRAG könne es kaum zu Betriebs(teil)übergängen im Sinne des Gesetzes kommen, sodaß sich die Problematik ohnehin nicht stelle, kann allerdings nicht ganz geteilt werden. Wenngleich das Ausgleichsverfahren betreffend die Konsum-Unternehmensgruppe nicht als „typisches“ Verfahren betrachtet werden kann, zeigt es doch, daß trotz Veräußerung praktisch des gesamten Vermögens des Schuldners (die diesem belassenen Vermögenswerte stellen einen sich im Promillebereich bewegenden, winzigen Anteil des früheren unternehmerischen Vermögens dar) zahlreiche als geradezu „lupenreine“ Anwendungsfälle des AVRAG zu wertende Betriebsübergänge stattfinden können.

38) EuGH NZA 1993, 137 ff.

39) ZIK 1996, 57 ff.

sieht man einmal vom Sonderfall des Zwangsausgleiches ab – alle Formen des Betriebsüberganges im Konkurs freigestellt sind, sollte aber durch Art 4 a Abs 1 RL ihr Ende haben. Zwar ist der Begriff „Konkursverfahren“ in der zitierten Vorschrift gemeinschaftsrechtlich auszulegen, sodaß theoretisch national geregelte Verfahren denkbar sind, die zwar Konkursverfahren heißen, jedoch explizit auf die Sanierung eines unternehmerischen Schuldners gerichtet sind; vom österreichischen Konkursverfahren läßt sich dies aber nicht behaupten. Es entspricht vielmehr jenem Typus, den der EuGH in den bisherigen Entscheidungen als ausnahmebegründend anerkannt hat.

## 2.2. Begrenzung der Erwerberhaftung bei „Zahlungsunfähigkeitsverfahren“

Art 4 a Abs 2 RL ermöglicht nunmehr den Mitgliedstaaten, bei Betriebsübergängen während eines der RL unterworfenen „Zahlungsunfähigkeitsverfahrens“ gegen den Veräußerer – unabhängig davon, ob dieses Verfahren zur Auflösung seines Vermögens eingeleitet wurde – dann, wenn dieses Verfahren unter der Aufsicht einer zuständigen öffentlichen Stelle (auch eines Insolvenzverwalters) steht, vorzusehen, daß ungeachtet des Art 3 Abs 1 „die vor dem Übergang bzw vor der Eröffnung des Zahlungsunfähigkeitsverfahrens fälligen Verbindlichkeiten des Veräußerers aufgrund von Arbeitsverträgen oder Arbeitsverhältnissen nicht auf den Erwerber übergehen, sofern dieses Verfahren nach dem Recht des betreffenden Mitgliedstaats einen Schutz gewährt, der dem von der Richtlinie 80/987/EWG des Rates vom 20. Oktober 1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers vorgesehenen Schutz zumindest gleichwertig ist“.

Ein *zwingender* Anpassungsbedarf für den österreichischen Gesetzgeber ergibt sich auch daraus somit nicht. Er *könnte* aber vorsehen, daß bei – von § 3 Abs 2 AVRAG nicht erfaßten – Betriebsübergängen im Ausgleichsverfahren die entweder vor dem Übergang oder<sup>40</sup>) vor der Eröffnung des Zahlungsunfähigkeitsverfahrens *fälligen* Verbindlichkeiten des Veräußerers nicht auf den Erwerber übergehen.

Die dadurch dem Gesetzgeber zur Verfügung stehende „Manövriermasse“ ist freilich begrenzt. Abfertigungs- und Pensionsansparungen für den Zeitraum vor dem Übergang aus in diesem Zeitpunkt aufrechten Arbeitsverhältnissen scheiden jedenfalls aus, weil diese Ansprüche nicht „fällig“ im Sinne des Art 4 a Abs 2 lit a sind.

An Ansprüchen aus im Übergangszeitpunkt aufrechten Arbeitsverhältnissen kommen insbesondere Ansprüche auf vom Veräußerer nicht abgeleitete Überstunden oder Zulagen etc in Betracht. Für diese haftet nach hA<sup>41</sup>) der Erwerber ungeachtet des in § 6 Abs 1 AVRAG enthaltenen, expliziten Verweises auf

40) In der deutschen Fassung des Art 4 a Abs 2 lit a heißt es etwas mißverständlich „bzw“. Die englische und französische Fassung sind diesbezüglich klarer und verwenden das Wort „oder“.

41) Vgl *Rummel*, Haftungsfragen im Zusammenhang mit einem Betriebs(teil)übergang – zur Reichweite des § 6 AVRAG und seiner Bedeutung im System der Haftungsregeln, in *Tomandl* (Hrsg), Der Betriebs(teil)übergang im Arbeitsrecht (1995) 91 ff, 96 f; *Gahleitner*, Arbeitgeberhaftung bei Betriebsübergang, *ecolex* 1994, 694 ff, 696; aM wohl! *Schrank*, *ecolex* 1993, 542.

§ 1409 ABGB kraft seines Vertragseintrittes (§ 3 Abs 1 AVRAG) unbeschränkt und ohne die Wohltaten des § 1409 ABGB<sup>42)</sup>.

Die Verankerung einer Beschränkung der Erwerberhaftung für Verbindlichkeiten aus im Übergangszeitpunkt beendeten Arbeitsverhältnissen – für diese gilt nach der hA die in § 6 Abs 1 AVRAG verwiesene Vorschrift des § 1409 ABGB – ist deshalb entbehrlich, weil im Falle der Veräußerung im Rahmen eines „Zahlungsunfähigkeitsverfahrens“ iSd Art 4 a Abs 2 lit a RL ohnehin § 1409 a ABGB die Erwerberhaftung des § 1409 Abs 1 ABGB ausschließt. Diese Bestimmung gelangt schon de lege lata bei Betriebsübergang in einem Insolvenzverfahren hinsichtlich jener Verbindlichkeiten des Veräußerers zur Anwendung, in die der Erwerber nicht aufgrund des § 3 Abs 1 AVRAG eintritt, was insbesondere bei im Übergangszeitpunkt rechtlich beendeten Arbeitsverhältnissen der Fall ist<sup>43)</sup>.

### 2.3. Verschlechterung der Arbeitsbedingungen bei Insolvenz- und Sanierungsverfahren

Hinzuweisen ist schließlich auf die Vorschrift des Art 4 a Abs 2 lit b RL. Danach können die Mitgliedstaaten unter denselben Voraussetzungen, die für die gesetzliche Beschränkbarkeit der Erwerberhaftung gelten<sup>44)</sup>, vorsehen, daß der „Erwerber, der Veräußerer oder die seine Befugnisse ausübenden Personen auf der einen Seite und die Vertreter der Arbeitnehmer auf der anderen Seite Änderungen der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer, insoweit das geltende Recht oder die geltende Praxis dies zulassen, vereinbaren können, die den Fortbestand des Unternehmens, Betriebs oder Unternehmens- bzw Betriebsteils sichern und dadurch der Erhaltung von Arbeitsplätzen dienen“.

Die Mitgliedstaaten können derartiges gemäß Art 4 a Abs 3 RL auch bei Übergängen vorsehen, „bei denen sich der Veräußerer nach dem einzelstaatlichen Recht in einer schwierigen

wirtschaftlichen Lage befindet, sofern das Bestehen einer solchen Notlage von einer zuständigen öffentlichen Stelle bescheinigt wird und die Möglichkeit einer gerichtlichen Aufsicht gegeben ist, falls das innerstaatliche Recht solche Bestimmungen am 17. Juli 1998 bereits enthält“.

Ermöglicht werden soll dadurch also bei Insolvenzverfahren, für die die Richtlinie gilt, den beteiligten Arbeitgebern und der Belegschaftsvertretung eine (aus der Sicht der Arbeitnehmer) verschlechternde und daher sanierungsfreundliche sowie arbeitsplatzhaltende Änderung der Arbeitsbedingungen.

Will man die dadurch dem nationalen Gesetzgeber gebotenen Möglichkeiten bewerten, so ist aus österreichischer Sicht zu berücksichtigen, daß § 4 Abs 1 AVRAG bloß die Aufrechterhaltung kollektivvertraglich verankerter Arbeitsbedingungen vorschreibt, dagegen richtigerweise weder diese Norm noch § 4 Abs 2 AVRAG im Zuge des (jedenfalls aber nach) Betriebsüberganges getroffenen individuellen Verschlechterungsvereinbarungen, die sich im überkollektivvertraglichen Bereich bewegen, im Wege stehen<sup>45)</sup>.

Die Besonderheit des Art 4 a Abs 2 lit b RL liegt dann primär darin, daß eine Art „Betriebsvereinbarungskompetenz“ geschaffen werden kann. Eine allgemeine Entgeltfestsetzungskompetenz der Betriebsvereinbarung würde allerdings einen tiefen Einschnitt in das österreichische Betriebsverfassungsrecht bedeuten<sup>46)</sup> und ist daher realistischerweise vom österreichischen Gesetzgeber nicht zu erwarten. Dieser Befund gilt noch verstärkt hinsichtlich der Frage der Zulassung unterkollektivvertraglicher Arbeitsbedingungen zwecks Sanierung und Arbeitsplatzhaltung. Ob Art 4 a Abs 2 lit b RL derartiges ermöglicht, ist nicht ganz geklärt. Mehrdeutig erscheint vor allem der Hinweis, daß „das geltende Recht oder die geltende Praxis dies zulassen müssen“. Daß derzeit die Vereinbarung unterkollektivvertraglicher Entlohnungen (auch für die Individualpartner) in Österreich gesetzwidrig ist, ergibt sich unmittelbar aus § 3 Abs 1 ArbVG. Dies gilt allerdings wohl für das Tarifvertragsrecht der meisten Mitgliedstaaten, sodaß sich die Frage stellt, ob die Formulierung tatsächlich als zwingende Aufrechterhaltung des Prinzips der Mindestarbeitsbedingungen gewertet werden kann.

Art 4 a Abs 3 RL würde es dem österreichischen Gesetzgeber mE auch erlauben, die Möglichkeit kollektiver Entgeltreduktionen bei Betriebsübergängen während eines *Reorganisationsverfahrens* vorzusehen. Denn dieses ist zwar kein „Zahlungsunfähigkeitsverfahren“ iSd Art 4 a Abs 2 RL, wohl aber ein unter Art 4 a Abs 3 RL fallendes Verfahren. Lohnend wäre dieser legislative Aufwand vermutlich nicht, weil nicht zu erwarten steht, daß bloß deshalb das Reorganisationsverfahren von der Praxis angenommen würde.

42) Für Kritik an der hA ist hier nicht der Platz. Festgehalten sei bloß, daß die von *Rebhahn* (Unternehmenssanierung und AVRAG, noch unveröffentlichter Vortrag) jüngst geäußerten Thesen einiges für sich haben, wonach zumindest eine der beiden in § 1409 ABGB enthaltenen Beschränkungen für die Erwerberhaftung – nämlich die betragsmäßige Begrenzung auf den Wert des übernommenen Unternehmens – keine richtlinienwidrige Beschränkung der Erwerberhaftung darstellt. *Rebhahn* ist zuzugeben, daß jedenfalls die Auslegung der innerstaatlichen Norm des § 6 AVRAG durch die Vertreter der hA eine seltsame ist, weil sich ihr zufolge die gesetzlichen Anordnungen zur Veräußererhaftung primär auf übergegangene Arbeitsverträge, die Vorschriften zur Erwerberhaftung dagegen gerade nicht auf derartige Fälle beziehen sollen, was *Rebhahn* treffend als „nicht gerade ideale Ausgangssituation für die in § 6 AVRAG gleichfalls angeordnete Solidarhaftung“ bezeichnet.

43) Vgl *Rummel in Tomandl, Betriebs(teil)übergang* (1995) 98 f, dessen Ablehnung der Anwendung des § 1409a ABGB hinsichtlich der Erwerberhaftung im Ausgleichsverfahren sich offensichtlich nur auf jene Verbindlichkeiten bezieht, in die der Erwerber auch im Ausgleichsverfahren (wo § 3 Abs 2 AVRAG ja nicht gilt) schon wegen § 3 Abs 1 AVRAG eintritt.

44) Anhängigkeit eines Zahlungsunfähigkeitsverfahrens, in dem die Richtlinie gilt und das nicht unbedingt zur Auflösung des Vermögens des Schuldners eingeleitet wurde, aber jedenfalls unter der Aufsicht einer öffentlichen Stelle oder eines Insolvenzverwalters steht.

45) Diesbezüglich herrschen allerdings unterschiedliche Auffassungen (vgl zB *Schrank in Tomandl, Betriebs(teil)übergang* [1995] 81 ff).

46) Vgl *Strasser in ArbVG HandKomm* 563.