



Republik Österreich  
Arbeits- und Sozialgericht  
Wien

35 Cga 82/12b - 52

(12 Cga 36/13b)

### Im Namen der Republik

Das Arbeits- und Sozialgericht Wien erkennt durch den Richter Mag. Wolfgang Schuster als Vorsitzenden und die fachkundigen Laienrichter Mag. Heinz Rosenauer (Dienstgeber) und Mag. Andrea Klausner (Dienstnehmer) in den zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbundenen Arbeitsrechtssachen der klagenden Parteien

**1. Betriebsrat Bord der Austrian Airlines AG**, Office Park 2, 1300 Flughafen Wien, **2. Karl Minhard**, geboren 30.12.1966, Pilot, Porzellangasse 62/17, 1090 Wien, beide vertreten durch den Betriebsratsvorsitzenden Karl Minhard, per Adresse ebenda, dieser wiederum vertreten durch Dr. Roland Gerlach, Rechtsanwalt in 10030 Wien, Pfarrhofgasse 16/2, wider die beklagte Partei **Austrian Airlines AG**, Office Park 2, Postfach 100, 1300 Flughafen Wien, vertreten durch Dr. Andreas Grundei, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Kohlmarkt 11, **wegen § 54 Abs 1 ASGG (Feststellung, RATG EUR 21.000,-- GGG 790,--)** nach mit beiden Teilen durchgeführter öffentlicher mündlicher Streitverhandlung zu Recht:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der von der klagenden Partei vertretenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, sohin auch des Zweitklägers, zur beklagten Partei auch über den 01.07.2012 hinaus aufrecht besteht.

2. Die beklagte Partei ist daher schuldig binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution der erstklagenden Partei die mit EUR 31.329,92 (darin enthalten EUR 5.214,52 an USt und EUR 42,80 an Barauslagen) sowie der zweitklagenden Partei die mit EUR 3.713,-- (darin enthalten EUR 618,23 an USt und EUR 4,-- an Barauslagen) bestimmten Prozesskosten zu Handen des Klagevertreters zu ersetzen.

**E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Die beklagte Partei ist eine zu FB111000k des Handelsgerichtes Wien protokollierte Aktiengesellschaft mit Sitz in 1300 Flughafen-Wien.

Sie ist ein österreichisches Luftverkehrsunternehmen im Sinne des § 101 Luftfahrtgesetz.

Es bestehen 3 verschiedene Tätigkeitsbereiche für

Arbeitnehmer der beklagten Partei:

Kaufmännischer Bereich, Technischer Bereich (beide Bereiche beschäftigten das sogenannte "Bodenpersonal"), Flugbereich ("Bord- oder fliegendes Personal").

Die bei der beklagten Partei beschäftigten Arbeitnehmer im Flugbereich können wie folgt unterteilt werden:

Cockpitpersonal (Piloten):

Hier ist zwischen erstem Offizier (im allgemeinen Sprachgebrauch „Copilot“ und „Kapitän“ zu unterscheiden,

Kabinenpersonal: Hier ist zwischen Junior- und Seniorflugbegleitern zu unterscheiden, bei Juniorflugbegleitern weiters zwischen solchen mit und solchen ohne Diplom.

Jedenfalls bis zum 30.06.2012 fand auf die Dienstverhältnisse von etwa 2.400 Arbeitnehmern der beklagten Partei der Kollektivvertrag für das Bordpersonal der Austrian Airlines und Lauda Air (KV Bord) samt Garantieverklärung Anwendung.

Der **KV OS Bord** ist wie folgt gegliedert:

KV Bord + Anhänge IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII sowie Anhang "Entgelt Ausfallsversicherung" und "Vertrag betreffend Beteiligung, Kauf und Gründung".

Weiters besteht ein **Zusatzkollektivvertrag 2** für Eintritte bei der beklagten Partei vor 01.04.2004,

sowie ein Zusatzprotokoll 6, **Zusatzkollektivvertrag**  
**"Einsparungspaket"**.

Arbeitnehmer in der Kabine und im Cockpit, die vor 01.04.2004 bei der beklagten Partei eingetreten sind unterliegen auch dem Zusatzkollektivvertrag 2 (in weiterer Folge KV alt); für Arbeitnehmer, die nach dem 01.04.2004 ihr Dienstverhältnis zur beklagten Partei begründet haben, finden ebenfalls die obangeführten kollektivvertraglichen Bestimmungen Anwendung, dies allerdings mit der Ausnahme des Zusatzkollektivvertrages 2.

Beim **KV Bord alt** sind nachstehende Bestimmungen hervorzuheben:

Teil 1, Geltungsbereich (**„Scope Clause“**):

*„Dieser Kollektivvertrag gilt für das Bordpersonal der Austrian Airlines AG - im Folgenden kurz Austrian genannt -, für das Bordpersonal der Lauda Air Luftfahrt GmbH - im Folgenden kurz Lauda Air genannt - und für das Bordpersonal aller österreichischen Luftfahrtunternehmen, die Austrian kontrolliert, oder an denen Austrian Anteile hält, und nicht ausschließlich Regionalflugverkehr betreiben.*

1.1 *Der Regionalflugverkehr umfasst den Betrieb von Flugzeugen mit Turboprobellerantrieb und von Flugzeugen mit Stahltriebwerken (oder Unducted Fan) mit 30 bis*

80 Sitzplätzen sowie von Derivaten mit mehr als 80 Sitzplätzen bis maximal 110 Sitzplätzen, die mit dem gleichen Typing oder im Rahmen von CCQ mit einem vom Luftfahrtunternehmen tatsächlich betriebenen Regionalflugzeug mit bis zu 80 Sitzen geflogen werden dürfen, wenn ein gemischter Einsatz laut Operations Manual (OM) zulässig ist. Als Sitzplatzanzahl gilt die maximale zulässige Sitzanzahl bei 31 inch seat pitch und all passengers configuration. [...]

*Anhang X (Senioritätsregelung Piloten)*

*6. Auflösung des Dienstverhältnisses*

*6.1. Kündigungen wegen Piloten-Überschusses erfolgen in der absteigenden Reihenfolge der Senioritätsnummern. Solcherart gekündigte Piloten behalten ihr Senioritätsdatum bis zu einer eventuellen Wiedereinstellung, längstens aber für die Dauer von 5 Jahren."*

Eine vergleichbare Regelungen findet sich auf für Flugbegleiter im Anhang XI (Senioritätsregelung Flugbegleiter).

Die **Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt GmbH** (in weiterer Folge: Tyrolean) ist ebenfalls wie die beklagte Partei ein Luftfahrtunternehmen im Sinne der

§§ 101 ff Luftfahrtgesetz, registriert zu FN47242z des Landesgerichtes Innsbruck mit Geschäftsanschrift 6020 Innsbruck, Fürstenweg 176.

Gesellschafterin der Tyrolean ist die beklagte Partei.

Am 30.04.2012 beschloss der Vorstand der beklagten Partei den Flugbetrieb der beklagten Partei - dieser ist ein Teilbetrieb des Gesamtbetriebes der beklagten Partei - in die Tochtergesellschaft Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt GmbH einzubringen.

Mit Schreiben des Fachverbandes vom 15.02.2012 wurde der **Kollektivvertrag für das Bordpersonal der Austrian Airlines AG und Lauda Air (OS-KV Bord)**, samt allen Zusatzkollektivverträgen, Anhängen und Zusatzprotokollen vom Fachverband der Autobus-, Luftfahrt- und Schifffahrtsunternehmungen Luftfahrt der Wirtschaftskammer Österreich zum 30.06.2012 gekündigt.

Seitens der Gewerkschaft vida wurde hingegen der **Kollektivvertrag für das Bordpersonal von Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt GmbH (VO-KV Bord)** ebenfalls zum 30.06.2012 gekündigt.

Mit E-Mail vom 01.05.2012 informierte die beklagte Partei ihre Arbeitnehmer vom geplanten Teilbetriebsübergang auf die Tyrolean; weiters brachte die beklagte Partei den Arbeitnehmern zur Kenntnis, dass ab 01.07.2012 die Unternehmensrichtlinie

"Arbeitsbedingungen für das Bordpersonal" für die übergegangenen Dienstverhältnisse anzuwenden ist.

Für die Arbeitnehmergruppe Cockpitpersonal KV Alt, Kabinenpersonal KV Alt sowie Cockpitpersonal KV Neu konzidierte die beklagte Partei eine wesentliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen durch den Betriebsübergang, und anerkannte damit ein außerordentliches Kündigungsrecht gemäß § 3 Absatz 5 AVRAG.

**Der Zweitkläger** ist Vorsitzender des Betriebsrates Bord. Er ist Pilot und als solcher auf einer Boing 767 eingesetzt.

Im Zeitpunkt der Klageeinbringung war die Erstklägerin der für das Bordpersonal der beklagten Partei zuständige Gruppenbetriebsrat.

Am 1.7.2012 wurden sämtliche Arbeitnehmer der Flugbetriebes der beklagten Partei auf die Tyrolean unter gleichzeitigem Wechsel von der Wiener auf die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse umgemeldet.

Mit Ausnahme eines Flugzeuges, Boing 777, wurden ab 1.7.2012 sämtliche Flugzeuge mit „operated by Tyrolean“ geführt.

Auch nach dem 30.6.2012 wirbt die beklagte Partei mit Slogans wie „We are Austrian“, „6.000 Mitarbeiter in der Luft und am Boden bei Austrian Airlines kümmern

sich um über 11 Millionen Passagiere im Jahr".

Mit Klage vom 07.05.2012 beehrte die  
Erstklägerin wie folgt:

Es möge festgestellt werden, dass das  
Arbeitsverhältnis der von der klagenden Partei  
vertretenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zur  
beklagten Partei auch über den 01.07.2012 hinaus  
aufrecht bestehe.

**In eventu 1:**

1. Es möge festgestellt werden, dass die  
Rechtswirkungen des Kollektivvertrages für das  
Bordpersonal der Austrian Airlines AG und Lauda Air  
GmbH samt allen Anhängen und dem Zusatzkollektivvertrag  
2 sowie dem Zusatzprotokoll 6, aber mit Ausnahme des  
Zusatzkollektivvertrages "Einsparungspaket" über den  
01.07.2012 für die von der Erstklägerin vertretenen  
Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Falle eines  
Betriebsüberganges im Sinn des § 13 ArbVG aufrecht  
bleibe,

2. es möge festgestellt werden, dass auf die von  
der Erstklägerin vertretenen ArbeitnehmerInnen, die am  
30.06.2012 in einem aufrechten Arbeitsverhältnis zum  
Flugbetrieb der beklagten Partei stehen, über den  
01.07.2012 hinaus die im Flugbetrieb der beklagten  
Partei geltenden Betriebsvereinbarungen weiter gelten.

**in eventu 2:**

Es möge festgestellt werden, dass den von der Erstklägerin vertretenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die ihr Arbeitsverhältnis zur beklagten Partei vor dem 01.04.2004 begonnen haben ein Widerspruchsrecht gegen den Betriebsübergang zustehe,

**in eventu 3:**

Es möge festgestellt werden, dass den von der Erstklägerin vertretenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die ihr Arbeitsverhältnis zur beklagten Partei vor dem 01.07.1993 begonnen haben, ein Widerspruchsrecht gegen den Betriebsübergang zustehe.

**in eventu 4:**

Es möge festgestellt werden, dass das Dienstverhältnis der von der Erstklägerin vertretenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die ihr Dienstverhältnis zur beklagten Partei vor dem 01.04.2004 begründet haben und die dem Betriebsübergang widersprochen und ihr Dienstverhältnis zum Erwerber nur unter Protest angetreten haben, zur beklagten Partei aufrecht bestehe,

**in eventu 5:**

Es möge festgestellt werden, dass das Dienstverhältnis der von der Erstklägerin vertretenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die ihr Dienstverhältnis zur beklagten Partei vor dem

01.07.1993 begründet haben und die dem Betriebsübergang widersprochen und ihr Dienstverhältnis zum Erwerber nur unter Protest angetreten haben, zur beklagten Partei aufrecht bestehe.

**in eventu 6:**

Es möge festgestellt werden, dass jenen von der Erstklägerin vertretenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die ihr Dienstverhältnis zur beklagten Partei vor dem 01.04.2004 begonnen haben, für den Fall, dass der Betriebsübergang zu einem Wegfall der leistungsorientierten Pensionskassenzusage führt, ein Abfindungsbetrag gemäß § 5 Absatz 2 AVRAG nach dem Teilwertverfahren und den bei der Bildung der Rückstellung anzuwendenden versicherungsmathematischen Grundsätzen gebührt, wobei der Barwert der künftigen Pensionsleistungen unter Zugrundelegung eines Rechnungszinssatzes von 3% zu berechnen und von dem errechneten Betrag der sich nach den Rechnungsvorschriften der Pensionskasse ergebende Unverfallbarkeitsbetrag nach dem PBG abgezogen werde.

**in eventu 7:**

Es möge festgestellt werden, dass sich die Arbeitsbedingungen der von der Erstklägerin vertretenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die als Flugbegleiter nach dem 01.04.2004 ihr Dienstverhältnis bei der beklagten Partei begründet haben, durch den

Übergang des Flugbetriebes von der beklagten Partei auf die Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt GmbH wesentlich verschlechtern.

Das Eventualbegehren 7 wurde zurückgezogen.

Mit Klage vom 28.2.2013 beehrte der Zweitkläger wie im Haupturteilsbegehren.

Die Kläger brachten zum Hauptbegehren vor wie folgt:

### **1. Zur Aktivlegitimation der Erstklägerin**

#### **1.1 Kein Betriebsübergang**

Im Falle des nicht erfolgten bzw. nichtigen Betriebsübergangs wäre die klagende Partei ohnehin weiter zur Vertretung des Bordpersonals der beklagten Partei legitimiert.

#### **1.2 Betriebsübergang**

§ 62c ArbVG ordne an, dass beim Zusammenschluss von Betriebsteilen die davon betroffenen Betriebsräte ein Organ der Arbeitnehmerschaft, nämlich den einheitlichen Betriebsrat bilden. Diese Rechtsnachfolge beinhalte neben dem Übergang der Rechte und Pflichten eines Organs der Arbeitnehmerschaft auch den Übergang der Partei- und Prozessfähigkeit. Dies schon aus Gründen des Rechtsschutzes, da ansonsten sämtliche Klagen des Betriebsrates nicht weitergeführt werden könnten.

Sollte es daher zu einem Betriebsübergang und

damit zur Bildung eines neuen Betriebes iSd § 62c ArbVG gekommen sein, so wäre bis zur Neuwahl des Betriebsrates der einheitliche Betriebsrat, der sich aus den Bord-Betriebsräten der beklagten Partei und der Tyrolean konstituierte, Rechtsnachfolger der klagenden Partei.

Nach der Neuwahl und Konstituierung eines neuen Betriebsrates der Tyrolean trete dieser ohne weiteres in die Klägerrolle ein.

## **2. Zur Vorgeschichte**

### **2.1 Zur wirtschaftliche Situation**

Im Dezember 2008 sei eine wirtschaftliche Übertragung der ÖIAG-Anteile an der beklagten Partei an die Lufthansa erfolgt. Zusätzlich zu den Anteilen habe die Lufthansa für die Übernahme der beklagten Partei einen Zuschuss des österreichischen Staates in Höhe von € 500 Mio. erhalten. Dieser Zuschuss sei erbracht worden, damit die Eigentümer der beklagten Partei die finanziellen Belastungen aus dem kollektiven Dienstrecht der beklagten Partei in Kauf nehmen.

Die nunmehrige wirtschaftliche Situation der beklagten Partei sei zum einen auf den überaus brutalen Verdrängungs- und Preiswettbewerb in der Luftfahrtbranche, zum anderen auf die steigenden Kerosinpreise zurückzuführen. Bereits in den vergangenen Jahrzehnten hätten Einsparungsmaßnahmen

dabei zu nachhaltigen Kostenoptimierungen geführt, zuletzt habe es im Jahr 2010 ein Einsparungspaket in Höhe von € 150 Mio., das u.a. eine 5%ige Gehaltsreduktion bei den Piloten und einen 5%igen Gehaltsverzicht bei den Flugbegleitern beinhaltet habe, gegeben. Die Wirkung der Einsparungsmaßnahmen sei jedoch durch die Auszahlung hoher variabler Entgeltbestandteile (Prämien) an das Management in weiten Teilen wieder aufgehoben worden.

Im Übrigen spiele die wirtschaftliche Situation der beklagten Partei keine Rolle für die gegenständlichen Rechtsfragen.

## **2.2 Zu den KV-Verhandlungen**

Das Ziel der beklagten Partei sei von Anfang an die Kündigung des OS-KV Bord und ein anschließender Scheinbetriebsübergang auf die Tyrolean gewesen. Der KV-Bord sei dann auch bereits zu Beginn der Verhandlungen am 15.2.2012 mit Schreiben des Fachverbandes ./D gekündigt worden. Die Verhandlungen seien lediglich darauf ausgelegt gewesen, ihr geplantes Scheitern als Entschuldigung für einen Betriebsübergang zu benutzen. Den Belegschaftsvertretern sei im Aufsichtsrat ein fertig formulierter KV mit dem Hinweis vorgelegt worden, dass dieser ohne weitere Abstriche anzunehmen sei.

Die Gewerkschaft habe den Tyrolean-KV erst zu

einem Zeitpunkt gekündigt, als es geheißen habe, entweder werde der KV-Entwurf der Arbeitgeberseite ohne jede Modifikation angenommen oder es werde der Flugbetrieb der beklagten Partei zu schlechteren Bedingungen in die Tyrolean ausgelagert. Damit sei keine andere Möglichkeit übrig geblieben, als den VO-KV Bord zu kündigen, da dieser für eine Regionalfluglinie und nicht für eine Fluglinie mit Mittel- und Langstreckenschwerpunkt vereinbart worden sei.

Dies habe der OGH bereits in seiner Entscheidung 9ObA83/11p erkannt und mit Hinweis auf die „Unterwanderungsproblematik“ ausgeführt, dass Tyrolean lediglich für die Dauer, in der sie ihren Charakter als Regionalfluglinie aufrecht erhalte, vom Anwendungsbereich des OS-KV Bord ausgenommen sein sollte.

Zwischen den Parteien habe es im April 2012 keine Einigung gegeben. Die klagende Partei habe vielmehr nur ihre Absicht bekundet, die nach der Garantieerklärung erforderliche Abstimmung in der Belegschaft über das Angebot der beklagten Partei (Beilage ./34) durchzuführen. Nachdem evident geworden sei, dass die Belegschaft nicht mit der erforderlichen Mehrheit abstimmen würde, habe die klagende Partei dies der beklagten Partei mitgeteilt und stattdessen über ein in manchen Punkten adaptiertes Gegenangebot abgestimmt.

In der Folge habe der Vorstand der beklagten Partei beschlossen, den Flugbetrieb der beklagten Partei in Form eines Betriebsübergangs an die Tyrolean zu überführen.

### **3. Zum Rechtsmissbrauch:**

Nach § 1295 ABGB stelle die Ausübung eines Rechts unter Schadenersatzpflicht, wenn diese offenbar den Zweck hatte, einen anderen zu schädigen. Das Schikaneverbot des § 1295 Abs 2 ABGB komme dabei schon zur Anwendung, wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen Vertragspartners ein krasses Missverhältnis bestehe.

Die RL 2001/23/EG des Rates vom 12.3.2001 „Betriebsübergangs-Richtlinie“ und ihre Vorgänger-Richtlinien seien in §§ 3 bis 6 iVm §§ 1, 16 und 17 AVRAG in das österreichische nationale Recht transformiert worden. Nach oberstgerichtlicher Rechtsprechung sei für die Interpretation der RL sowie ihrer Umsetzung im AVRAG jeweils die Analyse der angestrebten Zwecke der RL maßgebend (8ObA41/10b). Der OGH habe in derselben Entscheidung auch ausgesprochen, dass in Einzelfällen Rechtsmissbrauch vorliegen könne. Damit habe er in der Entscheidung 9ObA106/06p betroffenen Erwägungen verallgemeinert, indem er ausgesprochen habe, dass ein Missbrauchstatbestand auch

bei Betriebsübergänge verwirklicht sein könne.

Der EuGH habe in der Entscheidung Scattolon (C-108/10) hervorgehoben, dass ein Betriebsübergang nicht zum Ziel haben dürfe, die Arbeitnehmer in ungünstigere KV-Arbeitsbedingungen zu zwingen. Da österreichisches Recht im Einklang mit der EuGH-Judikatur auszulegen sei, dürften daher auch nach nationalem Recht Betriebsübergänge nicht zum Ziel haben, Arbeitnehmer der einseitigen Gestaltungsmacht des Arbeitgebers auszuliefern.

### **3.1 Zu den wirtschaftliche Überlegungen**

Der Betriebsübergang sei von der beklagten Partei nur angestrebt worden, um die Gehaltskosten und Arbeitsbedingungen für das fliegende Personal rigoros zu verschlechtern. Dies sei rechtsmissbräuchlich und daher nichtig.

Die für die dem KV-alt unterliegenden Arbeitnehmern entstehenden Gehaltseinbußen würden 40,5% bis 54,5%, bei jenen im Anwendungsbereich des KV-neu unterliegenden würden 25,5% bis 32,5% betragen. Den betroffenen Arbeitnehmern sei es nicht zumutbar, der rechtswidrigen Übertragung ihres Arbeitsverhältnisses durch Ausübung des Selbstkündigungsrechts zu entgehen.

Ob ein Betriebsübergang für eine positive Fortbestandsprognose erforderlich gewesen sei, sei unerheblich, da die Vorgehensweise trotzdem

rechtswidrig bleibe. Wirtschaftliche Überlegungen könnten auch weder rechtswidriges Verhalten im Allgemeinen noch Rechtsmissbrauch im Besonderen rechtfertigen. Selbst eine andernfalls unausweichliche Insolvenz rechtfertige keine einseitige Verschlechterung von Arbeitsbedingungen.

Soweit Abschlussprüfer tiefgreifende Sanierungsschritte für positive Fortbestandsprognosen für unabwendbar gehalten hätten, sei darauf hinzuweisen, dass die beklagte Partei diese Sanierung ausschließlich auf Kosten von Einsparungen beim fliegenden Personal durchführen habe wollen. Das Management der beklagten Partei habe hingegen keine Bereitschaft gezeigt, bei den eigenen Gehältern Abstriche zu akzeptieren. Die übrigen von der beklagten Partei ins Treffen geführten Sanierungsmaßnahmen hätten zum Teil keine verwertbaren Ergebnisse gebracht (zB Verhandlungen über Verringerung der Gebühren mit dem Flughafen Wien), zum Teil hätten zwar kurzfristig Kosten reduziert werden können (zB im Marketingbereich), jedoch ohne Berücksichtigung der möglichen Nachhaltigkeit solcher Maßnahmen.

Im Übrigen sei der Betriebsübergang auch nicht durch wirtschaftliche Gründe zu rechtfertigen gewesen. Vielmehr sei die Auslagerung des Flugbetriebs an die Tyrolean sogar mit erheblichen wirtschaftlichen

Nachteilen verbunden gewesen. So verfüge die Tyrolean über keine Langstreckenerfahrung, was die Verpflichtung zu ungünstigeren Flugrouten auslöse. Auch das Dienstrecht bei Tyrolean sei nicht auf Langstreckenflüge eingerichtet. Gegenüber großen internationalen Flughäfen habe offen gelegt werden müssen, dass zwar „operated by Tyrolean“ auf den Flugzeugen zu lesen sei, jedoch weiter die beklagte Partei „drinnen“ sei. Ansonsten hätte die völlig langstreckenerfahrene Tyrolean keine Landrechte in Tokio oder New York erhalten.

Gegenständlich seien daher erhebliche betriebliche Schwierigkeiten in Kauf genommen worden, um mit den Mitteln des Betriebsübergangs Arbeitsbedingungen zu erzwingen, die im Verhandlungswege niemals erzielt worden wären. Die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen sei daher gegenständlich nicht Rechtsfolge einer wirtschaftlich vernünftigen Entscheidung für einen Betriebsübergang gewesen, sondern sei der „Betriebsübergang“ ausschließlich deshalb durchgeführt worden, um die arbeitsrechtlichen Rechtsfolgen herbeizuführen. Genau darin liege der Missbrauch der Gestaltungsmacht durch die beklagte Partei.

### **3.2 Zur Scope-Klausel**

Die Kündigung des KV sei auch insbesondere

erfolgt, um die „Scope“-Klausel zu beseitigen. Diese besage, dass der OS-KV Bord sich auf das „Bordpersonal aller österreichischen Luftfahrtunternehmen erstrecke, die die beklagte Partei kontrolliert oder an denen sie Anteile hält, und die nicht ausschließlich Regionalverkehr betreiben. Da die Tyrolean nach Übernahme des Flugbetriebs der beklagten Partei keine reine Regional-Fluglinie mehr gewesen sei, hätte die Scope-Klausel zur automatischen Geltung des OS-KVs für das gesamte AUA- und Tyrolean-Bordpersonal geführt. Der OS-KV Bord sei daher auch gekündigt worden, um diese Rechtsfolge zu vermeiden.

Durch den Betriebsübergang habe die beklagte Partei ihre Arbeitnehmer somit in den Anwendungsbereich des für diese ungünstigeren VO-KV zwingen wollen, der gar nicht für diese ausverhandelt worden sei. Dieser hinter dem Betriebsübergang liegende Zweck stelle einen Rechtsmissbrauch dar.

### **3.3 Zu den Unternehmensrichtlinien**

Die einseitig implementierten Unternehmensrichtlinien würden noch viel weiterreichende Einsparungen zu Lasten des fliegenden Personals bringen, als die im Schreiben der CURA vom 30.4.2012 geschildert. Die beklagte Partei habe im Vorfeld des „Betriebsübergangs“ den betroffenen Mitarbeitern zugesichert, die UnternehmensRL würden

nicht abgeändert. Diese Vereinbarung sei jedoch in der Folge nicht eingehalten worden.

#### **4. Zum Betriebsübergang**

Die Behauptungs- und Beweislast für den Betriebsübergang und den Zeitpunkt des Betriebsübergangs treffe ausschließlich die beklagte Partei.

Der Übergang habe nur in solchen Bereich stattgefunden, wo dies keinen besonderen Aufwand verursacht habe. So seien etwa einzelne Versicherungsverträge ohne inhaltliche Änderungen vorzunehmen umgeschrieben worden. Dies bedeute jedoch nicht zwingend einen Betriebsübergang im arbeitsrechtlichen Sinne.

Gemäß § 102 LFG müsse für Änderungen des Betriebsumfanges eines bewilligten Unternehmens sowie für wesentliche Änderungen der Organisationsstruktur oder der Eigentumsverhältnisse des Unternehmens beim BM für VIT eine Betriebsgenehmigung gemäß VO (EWG) Nr 2407/92 beantragt werden. Inwieweit diese Betriebsgenehmigung nach dem behaupteten Betriebsübergang beantragt und erteilt worden sei, müsse die beklagte Partei beweisen.

Bestritten werde die Übertragung des Sachanlage- sowie des Umlaufvermögens an die Tyrolean. Auch die unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse seien nicht

auf die Tyrolean übergegangen. So würden zB Treibstoffrechnungen, Hotelrechnung für Crew-Übernachtungen etc ausschließlich auf die beklagte Partei fakturiert.

Die beklagte Partei sei weiterhin Betreiberin einer Boeing 777 und verlease dieses Flugzeug samt Personal an die Tyrolean. Eine Verleasung der Besatzung wäre jedoch nicht notwendig, wenn wie von der beklagten Partei behauptet, das fliegende Personal auf die Tyrolean übergegangen wäre.

#### **4.1 Zum Übergang des Flugbetriebs**

Der von der beklagten Partei behauptete Übergang des Flugbetriebs auf die Tyrolean am 1.7.2012, 00:00 Uhr werde ausdrücklich bestritten. Weder für die Belegschaft noch für die Passagiere sei ein Betriebsübergang ersichtlich gewesen, dieser habe sich auf den fallweise angebrachten Hinweis „operated by Tyrolean“ beschränkt.

Gegen einen Betriebsübergang zu diesem Zeitpunkt spreche, dass auf dem behördlichen Flugplan bei jenen Flügen, die über 00:00 Uhr des 1.7.2012 durchgeführt wurden, durchgehend die beklagte Partei als Flugbetreiber angeführt worden sei.

Tyrolean sei in der Durchführung der Flüge nicht autonom, sondern von der Infrastruktur der beklagten Partei abhängig. Die Durchführung der Flüge werde

zentral von der beklagten Partei koordiniert. Die technische Betreuung der Flugzeuge erfolge weiterhin durch die Technik der beklagten Partei. Sämtliche für den Flugbetrieb relevante Abteilungen würden ausschließlich von Mitarbeitern der beklagten Partei betreut, die zum Teil an die Tyrolean überlassen worden seien.

Tyrolean könne den Flugbetrieb der beklagten Partei auch nur übernehmen, wenn sie dafür das gesamte verantwortliche Personal der beklagten Partei übernehme.

Die Flugbetriebshandbücher, die bei Übergang eines Flugbetriebs auf eine andere Fluglinie zwingend geändert werden müssten, seien im vorliegenden Fall zusammengeführt worden, indem der unveränderte OS-Teil als Annex eins und der unveränderte VO-Teil als Annex zwei bezeichnet wurde.

Auch die österreichische Luftfahrtbehörde sehe keinen tatsächlichen Betriebsübergang. So würden die EU-OPS für Piloten und Flugbegleiter, die den Flugbetrieb wechseln, umfangreiche Umschulungen (conversion trainings) vorschreiben, ohne deren Absolvierung ein Besatzungsmitglied nicht eingesetzt werden dürfe. Gegenständlich habe die Luftfahrtbehörde jedoch keine solche Umschulung verlangt, da tatsächlich kein Wechsel des Flugbetreibers erfolgt sei.

Das fliegende Personal nutze auch weiterhin die Büroräumlichkeiten der beklagten Partei.

Die Mitarbeiter hätten neben ihren neuen Tyrolean-Email-Adressen noch ihre alten Austrian-Email-Adressen als alias beibehalten.

Sämtliche Personalangelegenheiten für Arbeitnehmer im Flugbetrieb würden weiterhin von derselben Personalabteilung erledigt wie bisher. Der monatliche Arbeitszeit-Report werde weiterhin von der beklagten Partei erstellt. Die Lohnverrechnungen von Tyrolean- und ehemaligen Mitarbeitern der beklagten Partei würden - wie vor dem „Betriebsübergang“ - mit anderen Lohnverrechnungsprogrammen durchgeführt werden. Das Kabinenpersonal sei auch nicht „durchlässig“, sondern müsse auf den jeweiligen Flugzeugtyp qualifiziert werden.

Aus dem Organigramm ./2 ergebe sich, dass alle für den Flugbetrieb der Tyrolean wesentlichen Mitarbeiter ehemalige Mitarbeiter der beklagten Partei seien.

#### **4.1 Zur Vermarktung**

Da die Auslagerung des Flugbetriebes an die Tyrolean der Marke der beklagten Partei erheblichen Schaden zufügen würde, werde nach außen nur die Marke „Austrian“ positioniert. Die Folgen des Betriebsübergangs, nämlich dass die beklagte Partei nur mehr über ein Flugzeug verfüge, sie ihren Flugbetrieb

somit im Wesentlichen eingestellt habe und daher praktisch alle Flüge von Tyrolean durchgeführt würden, würden gegenüber zukünftigen Passagieren jedoch verschwiegen.

Aufgrund des Webauftritts der beklagten Partei müsse der verständige Verbraucher davon ausgehen, dass diese als Flugunternehmen auch ihren Flugbetrieb selbst führe. Der bloße Hinweis „durchgeführt von Tyrolean“ auf dem Flugschein bzw. der Zusatz „Tyrolean Airways“ neben der OS-Flugnummer könnten diesen Eindruck nicht zerstreuen.

So würden etwa Buchungen ausschließlich über die Homepage der beklagten Partei erfolgen. Am Flughafen und an den Flugzeugen seien nur „Austrian“-Schriftzüge zu finden.

Auch angebliche Vertragspartner der Tyrolean wüssten nicht, dass sie mit Tyrolean kontrahieren. So würden Tankrechnungen weiterhin an die beklagte Partei fakturiert und Hotelrechnungen der Crew-Mitglieder auf die beklagte Partei ausgestellt.

Dass die Marke des Erwerbers nach außen praktisch zur Gänze durch die des Veräußerers ersetzt werde, sei ein wesentliches Indiz dafür, dass im vorliegenden Fall ein betriebswirtschaftlich unvernünftiger und damit unvertretbarer Betriebsübergang nur deshalb beschlossen worden sei, um einseitig die Arbeitsbedingungen der

betroffenen Belegschaft radikal zu verschlechtern.

Die beklagte Partei bestritt das Klagebegehren,  
begehrte kostenpflichtige Klagsabweisung und brachte  
dazu im Wesentlichen vor:

**1. Zur Aktivlegitimation**

Selbst im Falle, dass kein wirksamer  
Betriebsübergang, sondern nur eine Betriebsaufnahme  
ohne AG-Wechsel stattgefunden hätte, wäre der  
Betriebsrat Bord der Tyrolean (VO-BRB) für die  
Verfahrensfortsetzung gem § 62a ArbVG zuständig, nicht  
aber die klagende Partei.

Eine Rechtsnachfolge nach § 62a ArbVG trete aber  
jedenfalls nicht ein, da auch bei Nichtigkeit des  
Betriebsübergangs der einheitliche Betriebsrat mit  
sämtlichen Gruppenbetriebsräten zu bilden gewesen wäre.  
Die Rechtsnachfolge des einheitlichen Betriebsrates sei  
im Hinblick darauf, dass dieser wegen mangelnder  
Beteiligung des Betriebsrates der kaufmännisch-  
technischen Angestellten nicht konstituiert worden sei,  
jedoch nicht gegeben.

Eine Rechtsnachfolge von einem Betriebsrat auf  
einen anderen sei wegen § 53 Abs 1 ASGG auch schon  
grundsätzlich nicht denkbar, da der Betriebsrat zwar  
prozess- und parteifähiger Prozesstandschafter für die  
Belegschaft als materieller Rechtsträger sei, er aber

keine Rechtsfähigkeit besitze.

Die Partei- und Prozessfähigkeit des Betriebsrates habe daher gegenständlich im Zeitpunkt des Betriebsübergangs, jedenfalls aber mit der Konstituierung des neuen VO-BRB am 10.10.2012 geendet.

## **2. Zur Vorgeschichte**

### **2.1 Zur wirtschaftlichen Situation**

In der Luftfahrtbranche im Allgemeinen und bei der beklagten Partei im Besonderen gebe es seit mehr als einem Jahrzehnt massive wirtschaftliche Schwierigkeiten, die bereits mehrfach Kostensenkungsprogramme erforderlich gemacht hätten. Der AUA-Konzern habe vom Geschäftsjahr 2002 bis zum Geschäftsjahr 2011 Verluste nach Ertragssteuern in Höhe von über € 1 Mrd. kumuliert. Der Abschlussprüfer habe zum Jahresabschluss 2011 festgestellt, dass die formellen Voraussetzungen für die Vermutung eines Reorganisationsbedarfs nach §22 Abs 1 Z 1 URG vorlägen. Das Eigenkapital habe per 31.12.2011 die gem § 23 URG geforderten 8% unterschritten und zum Stichtag 1,67% aufgewiesen. Die positive Fortbestehensprognose sei demnach von einer tiefgreifenden Sanierung des Unternehmens abhängig gewesen.

Es sei daher ein umfassendes Sanierungsprogramm beschlossen worden, das u.a. die Adaptierung der gültigen KVs (Reduktion bzw Eliminierung von

automatischen Gehaltssteigerungen, Anpassung von Abfertigungsregelungen an das gesetzliche Niveau usw) und den Umstieg von einem leistungs- auf ein beitragsorientiertes Pensionssystem beinhaltet habe.

## **2.2 Zu den KV-Verhandlungen**

Es sei das Ziel der Geschäftsleitung gewesen, den Marktgegebenheiten angepasste Personalkostenstrukturen zu schaffen, weil die Kosten des Bordpersonals einem Marktvergleich nicht mehr Stand gehalten hätten.

Da sich die Verhandlungen mit den Vertretern des Betriebsrates des Bordpersonals der beklagten Partei (OS-BRB) jedoch äußerst schwierig gestaltet hätten, habe zur Aufrechterhaltung der positiven Fortbestandsprognose ein Betriebsübergang auf die Tyrolean als Alternative geplant werden müssen. Denn die Fortbestandsprognose sei nur positiv ausgefallen, weil es als wahrscheinlich erachtet worden sei, dass durch diese Alternative die Personalkostenreduktion tatsächlich realisiert werden könnte.

Bis April 2012 sei die beklagte Partei noch bereit gewesen, durch Änderungen in der bestehenden Struktur (Kostensoptimierung über Änderung der bestehenden Kollektivverträge und Betriebsvereinbarungen) zu verhandeln. Mitte April habe auch eine Einigung zwischen OS-BRB und der Unternehmensleitung der beklagten Partei auf einen neuen KV stattgefunden.

Letztendlich sei die endgültige Einigung aber an der mangelnden Zustimmung der Belegschaft gescheitert.

Nachdem keine adäquate Verhandlungslösung auf Basis der bestehenden KV erzielt worden sei, habe der Aufsichtsrat der beklagten Partei bei der Sitzung am 19.4.2012, im Hinblick auf die Ausführungen des Wirtschaftsprüfers zum Fortbestand, die Übertragung des Flugbetriebes der beklagten Partei auf die Tyrolean beschlossen. Die Hauptversammlung der beklagten Partei habe dieser Übertragung am selben Tag zugestimmt.

Allerdings habe die Gewerkschaft vida zum 30.6.2012 den KV für das Tyrolean Bordpersonal (VO-KV Bord) gekündigt, sodass seit 1.7.2012 für die Gesamtbelegschaft von Tyrolean kein KV mehr bestehe und der VO-KV Bord nur mehr für die bereits vor dem 1.7.2012 bei Tyrolean beschäftigten Mitarbeiter nachwirke.

### **3. Zum Rechtsmissbrauch:**

Zweck der Betriebsübergangs-RL sei es, den betroffenen Arbeitnehmern ihre Arbeitsplätze und ihre bisherigen einzelvertraglichen Entgeltansprüche zu erhalten und so die möglichen negativen Folgen von Betriebsübergängen zu mildern, nicht aber, sie völlig zu beseitigen. Durch die gesetzlich vorgesehenen privilegierten Auflösungsmöglichkeiten bzw. das Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer werde deutlich, dass

die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen im Zuge eines Betriebsübergangs systemimmanent sei. Ob eine solche Verschlechterung als Haupt- oder Nebenziel bezweckt werde, spiele für die Frage der Zulässigkeit des Betriebsübergangs keine Rolle.

Die Betriebsübergangs-RL und das AVRAG würden dazu dienen, den erfolgten Betriebsübergang zu regeln, und nicht dazu, ihn wegzuargumentieren. Keinesfalls könnte dadurch die unternehmerische Entscheidungsfreiheit der Arbeitgeber grundlegend eingeschränkt werden.

Der EuGH (Juuri C-396/07, Wehrhof C-499/04) und diesem folgend der OGH (9ObA123/09t) hätten bereits festgehalten, dass es zu Verschlechterungen kommen könne, wenn der Erwerber-KV ungünstiger sei als der Veräußerer-KV. Aus diesen Entscheidungen könne abgeleitet werden, dass der EuGH auch Verschlechterungen, die sich durch den Wegfall eines KV im zeitlichen Zusammenhang mit dem Betriebsübergang ergeben nichts für zulässig erachtet.

Aus der Rechtssache Scattolon lasse sich nichts für die Kläger gewinnen, weil sich diese Entscheidung auf einen Totalwechsel von Kollektivverträgen beziehe.

In der von den Klägern zitierten Entscheidung 9ObA83/11p habe sich der OGH nur mit der Auslegung der Regionalflugklausel, nicht aber mit der Frage, für wen der KV verhandelt wurde, auseinandergesetzt.

Die Entscheidung 8ObA41/10b könne den Standpunkt der klagenden Partei ebenfalls nicht stützen. Denn in der darin zitierten Entscheidung 9ObA106/06p habe der OGH nur zum Ausdruck gebracht, dass die Ausnahme des § 3 Abs 2 AVRAG dann nicht gelte, wenn ein Insolvenzverfahren missbräuchlich in Anspruch genommen werde. Dies sei mit dem gegenständlichen Fall nicht zu vergleichen. In der Entscheidung 8ObA41/10b werde auch vom OGH nochmals klargestellt, dass der Betriebsübergang an sich der Disposition des Arbeitnehmers entzogen sei und ihm deshalb die Instrumente des Widerspruchs und der begünstigten Kündigung eingeräumt würden.

### **3.1 Zu den wirtschaftlichen Überlegungen**

Im Bestreben der beklagten Partei durch den Betriebsübergang die Anwendung des VO-KV zu bewirken, könne kein unlauteres Motiv und damit kein (subjektiver) Rechtsmissbrauch liegen, da auch dieser KV von Gewerkschaft und Wirtschaftskammer abgeschlossen worden sei.

Ein (objektiver) Rechtsmissbrauch im Sinne einer besonders groben Interessenverschiebung durch Ausübung eines Rechts sei schon aufgrund der zu berücksichtigenden wirtschaftlichen Situation der beklagten Partei nicht gegeben. Schon im Erkenntnis 9ObA127/04y habe der OGH darauf hingewiesen, dass ein

im Bestreben den KV zu wechseln durchgeführter Verbandwechsel des Arbeitgebers nicht schon deshalb als sittenwidrig angesehen werden könne, weil dieser KV für den Arbeitgeber günstiger sei. Der Entschluss ein Konzernunternehmen in ein anderes einzubringen sei darüber hinaus Ausdruck der Privatautonomie und diese Freiheit könne gar nicht rechtsmissbräuchlich ausgeübt werden.

Es habe darüber hinaus nicht nur beim Bordpersonal, sondern auch beim kaufmännisch-technischen Personal, insbesondere beim Management, erhebliche Einsparungen gegeben. Tatsächlich hätten sich die Personalkosten des Managements in den letzten Jahren nachhaltig verringert, jene des fliegenden Personal jedoch infolge der KV-Rahmenbedingungen binnen kürzester Zeit wieder erhöht.

Auch die sonstigen Sanierungsmaßnahmen seien erfolgreich gewesen. So hätten Verhandlungen mit dem Flughafen Wien die Eigenkosten pro Passagier gegenüber dem alten Vertrag um 35% bis 42 % reduziert. Auch durch Verhandlungen mit Lieferanten würden jährliche Einsparungen iHv ca. € 5,9 Mio. bringen.

### **3.1 Zur Scope-Klausel**

Der gegenständliche Betriebsübergang sei nicht zur Schädigung der Arbeitnehmer, sondern um eine notwendige Umstrukturierung zu ermöglichen, erfolgt. Die

Regionalflugklausel (Scope-Klausel) wäre dabei einem einheitlichen Flugbetrieb entgegengestanden. Die Kündigung des OS-KV Bord sei deshalb auch erforderlich gewesen, um die Anwendbarkeit der Scope-Klausel zu beenden.

### **3.2 Zu den Unternehmensrichtlinien**

Nach Kündigung des VO-KVs durch die Gewerkschaft seien für die ehemaligen Arbeitnehmer der beklagten Partei auch freiwillig Mindeststandards in Form der Unternehmensrichtlinien festgelegt worden. Die rechtlich zulässige Alternative, im KV-freien Raum ausschließlich ein „angemessenes“ Entgelt ohne KV-Mindestschutz zu zahlen, sei nicht ergriffen worden. Ziel des Betriebsüberganges sei es ja eben nicht gewesen, den betroffenen Arbeitnehmern ein laufendes Entgelt zu kürzen. Die Unternehmensrichtlinien würden für die Mitarbeiter auch keine schlechteren Bedingungen beinhalten als die paktierte Lösung vom 16.4.2012.

### **4. Zum Betriebsübergang**

„Betriebsübergang“ bedeute nach der Rechtsprechung des OGH und des EuGH im Zusammenhang mit § 3 Abs 1 AVRAG bzw Art 4 Betriebsübergangs-RL, dass eine wirtschaftliche Einheit von einem (Betriebs)Inhaber zu einem anderen wechsle, dabei aber ihre maßgeblichen Charakteristika bewahre. Auf eine rechtliche Beziehung zwischen Veräußerer und Erwerber sei hingegen

regelmäßig nicht abgestellt worden. Erfasst würden neben rechtsgeschäftlichen, gesetzlichen, gesellschafts- und konzernrechtlichen auch faktische Übertragungsakte.

Im vorliegenden Fall habe ein Betriebsinhaberwechsel u.a. dadurch stattgefunden, dass das Sachanlagevermögen (insbesondere 37 Luftfahrzeuge), das Umlaufvermögen in Höhe von rund € 15 Mio. sowie alle zum Flugbetrieb gehörenden unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse auf die Tyrolean übertragen worden seien. Das Produkt (Personen- und Güterlufttransport) werde dabei auch nach dem Betriebsübergang weiter mit denselben Betriebsmitteln hervorgebracht.

Auch die Übernahme der Belegschaft spreche für die Annahme des Übergangs eines Betriebsteils als organisierte wirtschaftliche Einheit. Der Übergang einer organisierten personellen Einheit unter Identitätswahrung sei nach der Rsp des EuGH geradezu ein Synonym des Betriebsübergangs-Tatbestandes.

Eine Eintragung der Einbringung des Flugbetriebs ins Firmenbuch habe dagegen nur deklarative Wirkung. Irrelevant sei auch, ob Tyrolean vor dem Betriebsübergang in der Lage gewesen wäre, den gesamten Flugbetrieb zu betreiben. Es schade auch nicht, dass die Streckenrechte weiterhin bei der beklagten Partei lägen, weil öffentlich-rechtliche Erlaubnisse nicht

Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Verkehrs seien. Ebensovwenig schade es, dass die Geschäftsgelegenheit (Vertrieb) vom Veräußerer verschafft werde, weil das Charakteristikum des Betriebes unabhängig von der konkreten Verwertungsart am Markt bestehen bleibe.

Bezüglich Treibstoff- und Hotel-Konditionen würden innerhalb des gesamten Lufthansa-Konzerns die günstigsten Einkaufsbedingungen genutzt werden. Darüber hinaus sei die Betankung dem Teilbetrieb „Ground Operations“ zuzurechnen, der nicht übergangen sei

#### **4.1 Zum Übergang des Flugbetriebs**

Der Flugbetrieb der beklagten Partei sei mit 1.7.2012 organisatorisch in die Struktur des Flugbetriebs der Tyrolean eingegliedert worden.

Der Zeitpunkt des Überganges orientiere sich an der tatsächlichen Übernahme der arbeitsrechtlichen Organisation und Leistungsmacht. Führe der Erwerber einen übernommenen Betriebsteil nach der Übertragung mit einem schon bestehenden zusammen, stehe der Annahme eines Betriebsübergangs nicht entgegen, dass der Erwerber mit den übernommenen Produktionsmitteln weiterhin der vom Veräußerer ausgeübten Tätigkeit nachgehen könne.

Vor dem 1.7.2012 habe die Tyrolean in der Austrian Airlines Group den Regionalflugverkehr unter der Marke „Austrian Arrows operated by Tyrolean“ durchgeführt.

Die Flugnummern seien OS-Flugnummern gewesen. Die Streckenrechte seien größtenteils bei der beklagten Partei gelegen. Tyrolean sei aber berechtigt gewesen, auch Strecken anderer Luftfahrtgesellschaften zu bedienen und sei so u.a. direkt für Lufthansa, SN Brussels und anderer Gesellschaften tätig gewesen. Seit 1.7.2012 sei Tyrolean für die Durchführung des gesamten Flugverkehrs der Austrian Airlines Group unter eigener Verantwortung mit eigener Organisation zuständig. Geflogen werde unter der Marke „Austrian operated by Tyrolean“ nach wie vor mit OS-Flugnummern.

Die beklagte Partei betreibe weiterhin ein einziges Flugzeug, eine Boeing 777. Dies sei erforderlich, damit die beklagte Partei weiter als Luftfahrtgesellschaft iSd LuftfahrtG gelte. Dieses Flugzeug werde von Tyrolean bereedert, also mit Personal und sonstiger Infrastruktur ausgestattet.

Die Steuerung des Unternehmens und des gesamten Flugbetriebs erfolge seit 1.7.2012 durch den Geschäftsführer und die Bereichsleiter von Tyrolean.

Das Flugbetriebshandbuch sei um Bestimmungen für die Langstrecke ergänzt worden und werde für den gesamten Flugbetrieb der Tyrolean angewendet.

Mit der Luftfahrtbehörde sei vereinbart worden, dass ein „Conversion-Kurs“ nicht stattfinden müsse, solange die Piloten weiter auf jenen Flugzeugen

eingesetzt würden, mit denen sie bereits vor dem Betriebsübergang geflogen seien. Ein solcher Kurs wäre aber bei Typenwechsel mit einem „Type Rating“ nachzuholen. Eine Durchmischung des Bordpersonals könne daher erst sukzessive mit den Type Ratings erfolgen.

Die Büroräumlichkeiten der Tyrolean seien abgegrenzt und mit entsprechenden Hinweisen an den Türen versehen worden.

Es seien an sämtliche übergehende Mitarbeiter Tyrolean-Email-Adressen vergeben worden. Die Email-Adressen der beklagten Partei würden zur Erreichbarkeit für außenstehende Personen noch für ein Jahr aufrecht erhalten bleiben, könnten jedoch nicht mehr aktiv verwendet werden.

Die Dienstplanung und -durchführung erfolge ausschließlich durch Tyrolean. Auch die Personalhoheit liege bei Tyrolean. Richtig sei, dass OS-Mitarbeiter Tyrolean in Personalangelegenheiten unterstützen würden. Dies erfolge aber unter der Verantwortung des Leiters der Personalverwaltung von Tyrolean. Auch die fliegerischen Personalakten würden bei den Flotten lagern, diese stünden aber unter der Gesamtverantwortung des Flugbetriebsleiters und des Geschäftsführers von Tyrolean.

Es sei nicht relevant, dass in für den Flugbetrieb maßgeblichen Funktionen weiterhin ausschließlich

Mitarbeiter der beklagten Partei tätig seien. Umstrukturierungen im Konzern seien eben auch dann als Betriebsübergang zu qualifizieren, wenn Aufgaben bei der Mutter zentralisiert oder der Tochter dezentralisiert werden und dabei Belegschaft und Betriebsmittel übertragen werden. Relevant sei nur, welchem Konzernunternehmen die einzelnen Dienstverhältnisse rechtlich im Sinne der Einräumung der Dienstgeber-Positionen zugeordnet seien. Dies treffe im vorliegenden Fall auf Tyrolean zu.

#### **4.2 Zur Vermarktung:**

Bevorzugte Reisebüros und sonstige Vertragspartner der beklagten Partei seien Ende Juni vom Betriebsübergang verständigt worden.

Auch die Kunden habe man umfassend über den Betriebsübergang informiert. So sei seit 1.7.2012 sowohl bei der Buchung, als auch auf Ticket, Boardingpass und Rechnung ersichtlich, dass alle Strecken von Tyrolean geflogen würden. Darüber hinaus sei auf der Außenseite der Luftfahrzeuge und auf Tafeln im Flugzeug der Zusatz „operated by Tyrolean“ angebracht worden. Auch werde bereits bei Aufruf der Flüge darauf hingewiesen, dass es sich um einen „Austrian-Flug operated by Tyrolean“ handle und erfolge diese Information nochmals im Rahmen der Willkommens-Durchsage an Bord. Die Namensschilder der

Flugbegleiter und Piloten würden ebenfalls entsprechende Hinweise tragen. Die Uniformen der Besatzungen seien einheitlich neu für alle Mitarbeiter gestaltet worden.

Die Marke Austrian sei vom Betriebsübergang nicht betroffen und bleibe daher erhalten. Tyrolean habe auch vor dem Betriebsübergang keinen eigenen Vertrieb gehabt; dies sei beibehalten worden.

Für die Frage, ob der Betriebsübergang rechtsmissbräuchlich gewesen sei, sei die Verwendung der Marke zudem auch irrelevant.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahren konnten nachstehende

### **Feststellungen**

getroffen werden:

#### **1. Zur Situation der beklagten Partei (Vorgeschichte) :**

Seit 2002 wird versucht die beklagte Partei zu sanieren. Im Rahmen eines Solidarpakets 2002 wurde ein Gehaltsverzicht von 8% vereinbart, wobei dieser allerdings mit den angesparten Urlaubstagen kompensiert wurde (BR Christian Plankh, ON 25, Seite 14).

Aufgrund der Finanz- und Wirtschaftskrise 2008/2009 wurde die Übernahme von der Lufthansa bearbeitet. Ein

Sparpaket mit einem Volumen von EUR 300 Millionen wurden in weiterer Folge durchgesetzt.

Dieses Paket bestand aus 3 wesentlichen Komponenten:

- Personalkostenreduktion,
- Reduktion der externen Kosten zB bei den Lieferanten und
- Reduktion der administrativen Aufwendungen. Die Personalkostenreduktion wurde durch Personalabbau im wesentlichen im kaufmännisch-technischen Bereich erreicht (Dr. Peter Malanik, ON 24, Seite 12).

Mit dem Einsparungspaket verzichteten die Mitarbeiter (vorläufig) auf 60% der Weihnachtsremuneration. Diese Reduktion wurde aber nach Hinweis des Betriebsrates auf die begünstigte Besteuerung der Sonderzahlung wieder aufgehoben (BR Plankh, ON 25, Seite 15).

Mit dem Barwertpaket (=Zusatzkollektivvertrag Einsparungspaket) wurde das Realeinkommen des Bordpersonals, konkret der Piloten, zunächst um 5% auf 5 Jahre reduziert. Aufgrund treibender Faktoren, wie zB. der automatischen Inflationsabgeltung und dergleichen, sind die Personalkosten aber wieder gestiegen (Zeuge Mag. Piller, ON 24, Seite 40).

Bei den Flugbegleitern wurde Kurzarbeit eingeführt, wobei sich das Einsparungsergebnis an der

Kurzarbeitsunterstützung orientierte (BR Plankh, ON 25, Seite 15).

Die Ergebnisse des Jahres 2010 waren zufriedenstellend. Aufgrund verschiedener externer Einflüsse wie zB. „arabischer Frühling“, Überschwemmungen und Unruhen in Thailand und das Atomreaktorunglück in Fokushima, kam es aber 2011 neuerlich zu Einbrüchen bei der beklagten Partei.

Da auch der Wirtschaftsprüfer Schwierigkeiten hatte eine positive Fortbestandsprognose für die beklagte Partei abzugeben, musste neuerlich ein Sparpaket geschnürt werden. Dieses Paket sollte neben Personal- und Sachkostenreduktionen wie im Paket 2008, auch Versuche die Ticketsteuer etc im Verhandlungswege zu senken, beinhalten (Dr. Peter Malanik, ON 24, Seite 12).

Für die Durchführung anstehender wichtiger Sanierungsmaßnahmen wurde ein neuer Vorstandsvorsitzender zunächst bereits mit 1.4.2011 erwartet; tatsächlich wurde Jaan Albrecht jedoch erst mit 1.11.2011 als Vorstandsvorsitzender bestellt.

Aufgrund des im November 2011 prognostizierten negativen Ergebnisses für das 4. Quartal von EUR 200 Mio. war die Erstellung einer Budgetplanung, die auch vom Mutterkonzern, der Lufthansa, akzeptiert hätte werden können, ohne weitgreifende Maßnahmen nicht mehr

möglich.

Die desaströse finanzielle Situation spiegelte sich auch in einer das Minimum unterschreitenden Eigenkapitalquote und einer prognostizierten Zahlungsunfähigkeit der beklagten Partei ab etwa Februar/März 2012 wider (PV der beklagten Partei, Jaan Albrecht, ON 32, Seite 2).

Ohne einem Sanierungskonzept wäre mit einem negativen Operationsergebnis von EUR 60 Mio sowie mit kostentreibenden Faktoren von weiteren EUR 150 Mio. zu rechnen gewesen (Zeuge Heinz Lachinger, ON 25, Seite 31).

Aufgrund eines Restrukturierungsplanes musste eine Ganzjahreseffekteinsparung von EUR 223 Mio. erzielt werden, welche in mehreren Stufen erreicht werden sollte:

Kapazitätenreduktion, Verhandlungen mit Stakeholder, Umflottung, neue (günstigere) Verträge auf der Frachtseite, interne Kostensenkungen, Erlössteigerungen (in Höhe von EUR 60 Mio.), Stilllegen von defizitären Strecken und Reduktion der Personalkosten von EUR 45 Mio.

Die Personalkostenreduktion sollte dergestalt aufgeteilt werden, dass das Bordpersonal EUR 29 Mio und das Bodenpersonal der beklagten Partei EUR 10 Mio sowie das Personal der Tyrolean EUR 6 Mio zu tragen gehabt

hätte (PV Jaan Albrecht, ON 32, Seite 3).

Im Bereich Bord waren bei der beklagten Partei -  
sohin vor dem Betriebsübergang - etwa 270 Cockpit KV  
alt, 216 Cockpit KV neu, 740 Kabine KV alt und 665  
Kabine KV neu Vollzeitäquivalente beschäftigt (Zeuge  
Lachinger, ON 38, Seite 12).

## **2. Zum Sanierungskonzept:**

### **2.1. Zu den Sachkostenreduktionen:**

#### **2.1.1. Flughafen Wien:**

Da Ende 2012 der langfristige Vertrag über die  
Bodenabfertigung ausgelaufen war, wurde im  
Verhandlungsweg eine Reduktion der jährlichen Kosten  
von EUR 11 Millionen erreicht, die rückwirkend mit  
1.1.2012 schlagend wurde. Weitere Verhandlungen über  
befristete Kostenvorteile brachten inklusive der  
Ersparnisse bei der Bodenabfertigung eine  
Kostensparnis von EUR 20 bis 30 Millionen (Dr. Peter  
Malanik, ON 24, Seite 13; Zeuge Lachinger, ON 25, Seite  
32).

#### **2.1.2. Öffentliche Vorgaben:**

Die beklagte Partei nahm auch Verhandlungen mit  
öffentlichen Körperschaften auf um gesetzliche und  
andere kostenverursachende Vorschriften abzuändern:

Vor etwa 3 Jahren wurde die beklagte Partei

erstmals mit einer Flugabgabe belastet, weiters hat sie die Kosten einer Mineralölbevorratung zu tragen. Bei der Mineralölbevorratung handelt es sich um eine vorgeschriebene und kostenintensive Bevorratung von Mineralöl.

Aus diesem Grund wurden zB zuständige Ministerien kontaktiert, wobei einzelne Vorschriften wie zB die Höhe der Flugabgabe 2013 reduziert wurden (teilweise Mag. Reimann, ON 39, Seite 2f).

Bis Mai 2012 konnten Änderungen jedoch nicht erwirkt werden. Die Kostenersparnis ist in einem einstelligen Millionenbetrag festzustellen (Dr. Peter Malanik, ON 24, Seite 13).

### **2.1.3. Lieferanten:**

Auch bei den Lieferanten konnten Kostenreduktionen erreicht werden, wie zB:

Lufthansa Cargo	EUR 5,890 Millionen
Do & Co	EUR 10 Millionen

### **2.1.4. weitere Maßnahmen:**

Gespart wurde nach Verhandlungen auch hinsichtlich der sogenannten „Erlöstangente“; das bedeutet, das man systematisch bemüht war „teurere“ Fluggäste zu gewinnen. Eine Erlössteigerung von EUR 65 Mio konnte auch durch Einsatz einer verbesserten IT bewerkstelligt

werden.

Darüberhinaus sollte die Zusammenarbeit auf der Vertriebsschiene weltweit mit der Konzernmutter optimiert werden. Dies galt auch für die Übertragung der Frachtvermarktung an die Lufthansa-Cargo (Zeuge Lachinger, ON 25, Seite 33).

Des Weiteren erfolgte eine Flottenreduzierung um 4 Flugzeuge. Die restliche Flotte sollte auf einen einheitlichen Flugzeugtyp nämlich auf Airbus anstelle von Boing umgestellt werden, sodass sich daraus eine Kostenreduktion von EUR 17 Mio ergeben hat (Dr. Peter Malanik, ON 24, Seite 14; Zeuge Lachinger, ON 25, Seite 32).

Die Umsetzung der Einstellung von defizitären Strecken erfolgte zu 100%; es kam dadurch zu einer Einsparung von EUR 27 Mio. (Zeuge Lachinger, ON 25, Seite 33).

Die Kostenreduktionen im Sachleistungsbereich konnten wie geplant umgesetzt werden; sie ging teilweise sogar über die Zahlen in der Planung hinaus.

## **2.2.Zur Personalkostenreduktion:**

### **2.2.1. Zur Vorgeschichte:**

Bereits im Jahr 2002 wurde ein sogenanntes Solidarpaket 2002 vereinbart. In diesem Paket wurde ein Gehaltsverzicht von 8% festgelegt, der allerdings mit

dem Verzicht von angesparten Urlaubstagen kompensiert werden konnte.

Als Folge des Zusammenschlusses zwischen der beklagten Partei und der Lauda Air wurde der „KV neu“ abgeschlossen.

Der Kollektivvertrag wurde damals dergestalt abgeändert, dass in der Gehaltstabelle Zwischenstufen eingefügt und bestimmte Sprünge auch gedehnt wurden, sodass daraus Einsparungen erzielt werden konnten.

2006/2007 wurden 3 Fokker Flugzeuge der beklagten Partei an die Tyrolean übertragen; die für diese Flugzeuge eingesetzten 15 Piloten wechselten ebenfalls zur Tyrolean.

Im Jahr 2009 trat der sogenannte „Maßnahmen-Kollektivvertrag“ in Kraft, der einen teilweisen Verzicht von 60% von Urlaubszuschuss und Weihnachtsremuneration für KV-alt Piloten beinhaltete. Dieser Verzicht wurde im Sommer 2009 wieder rückgängig gemacht, da man nicht einen steuerbegünstigten Gehaltsbestandteil reduzieren wollte.

Im Jahr 2010 wurde der sogenannte Zusatzkollektivvertrag „Einsparungspaket“ mit einer Geltungsdauer von 2010 bis 2015 und einem Einsparungspotential von EUR 150 Mio. ausverhandelt. Bei Piloten erfolgte eine Reduktion der Bezüge um 5%; bei Flugbegleitern wurde für die Dauer eines Jahres

Kurzarbeit eingeführt, wobei die Kurzarbeitsunterstützung in den Sanierungsbetrag eingerechnet wurde (PV BR Christian Plankh, ON 25, Seite 15).

### **2.2.2. geplante Einsparungen 2012**

Für das 2012 war im Bereich Personalkosten eine Einsparung von zunächst EUR 45 Millionen pro Jahr geplant.

Die Ausgangslage war dergestalt, dass Mitarbeiter, die dem KV Tyrolean unterlagen, im internationalen Vergleich unterdurchschnittlich bezahlt wurden. Die dem „KV neu“ der beklagten Partei unterlegenen Mitarbeiter erhielten ein marktkonformes Gehalt, die Mitarbeiter, die nach dem „KV alt“ der beklagten Partei bezahlt wurden, insbesondere Mittelstreckenpiloten, wurden im internationalen Vergleich überdurchschnittlich bezahlt (Dr. Peter Malanik, ON 24, Seite 18, 21).

Wesentlich für die beklagte Partei war, dass nicht eine Ist-Personalreduktion im Vordergrund stehen sollte, sondern vielmehr kostentreibende Strukturen, wie zB Jubiläumsgelder, Annual- und Biennalsprünge aber auch die automatische Inflationsanpassung der laufenden Gehälter, die eine langfristige Ersparnis zunichte machen würden.

Ziel war es insbesondere auch, die

leistungsorientierte Betriebspension in eine beitragsorientierte überzuführen (Zeuge Mag. Pillar, ON 24, Seite 33).

Aufgrund der erzielten Ersparnisse des technisch kaufmännischen Personals im Jahr 2008 sollte die Hauptlast der Personalkostenreduktion dieses Mal das fliegende Personal tragen (Dr. Peter Malanik, ON 24, Seite 12).

Mitte November 2011 hat sich der Vorstand zu einer internen Klausur zusammengesetzt um die Verhandlungsposition der beklagten Partei zu definieren. Während dieser Klausur setzte man sich - auch für den Fall des Scheiterns der geplanten Verhandlungsgespräche mit der Arbeitnehmervertretung -, mit dem „Plan B“, nämlich einem Betriebsübergangsszenario auseinander (Dr. Peter Malanik, ON 24, Seite 16).

Im Hinblick auf die sogenannte „Scope Clause“ im KV, wonach es der beklagten Partei mit Ausnahme von Regionalflügen bis zu einer Flugzeuggröße von 110 Sitzplätzen verwehrt wäre, mit den Konditionen der Tyrolean den Flugbetrieb weiterzuführen, wurde bereits im Dezember 2011 die Kündigung des KV der beklagten Partei und ein erst danach durchzuführender Betriebsübergang erwogen (Dr. Peter Malanik, ON 24, Seite 20).

Hintergrund war der, dass der Wirtschaftsprüfer an ein positives Verhandlungsergebnis mit der Arbeitnehmervertretung - gemeint Erstkläger - nicht glaubte, sodass es auch der Möglichkeit eines geplanten Betriebsüberganges bedurft hatte, um eine positive Fortbestandsprognose zu erhalten (Dr. Peter Malanik, ON 24, Seite 16, Zeuge Mag. Mara, ON 31, Seite 9).

Für den Fall, dass ein Betriebsübergang durchzuführen sein würde, wurde dieser für den 30.6.2012/1.7.2012 terminisiert. Die Verhandlungen mit dem Betriebsrat wurden als Plan A angesehen, bei dessen Scheitern allerdings ein Betriebsübergang zu Lasten der Mitarbeiter durchgeführt werden sollte. Beide Szenarien waren bereits im November 2011 am Tisch (Zeuge Mag. Mara, ON 31, Seite 6).

Die Vorteile eines Betriebsüberganges waren darin gelegen, dass die Einsparungspotentiale durch Anpassung der Personalkosten auf Grundlage des Tyrolean KV klar errechenbar waren; hingegen galten die Möglichkeit eines Streiks, Unsicherheiten betreffend Inanspruchnahme von Sonderkündigungsrechten bzw des Widerspruchs als potentiell Risiko der Variante B (Zeuge Mag. Mara, ON 31, Seite 6).

Die Konzernführung gab klar zu verstehen, dass die beklagte Partei mangels eigener Liquidität - Liquiditätsprobleme waren für das 2. Quartal 2012

prognostiziert - finanzielle Unterstützung leisten würde; diese allerdings nur unter der Voraussetzung, dass nachhaltige Strukturänderungen im Sinne einer „Selbsthilfe“ erfolgen (Zeuge Mag. Mara, ON 31, Seite 10).

Die von der beklagten Partei angestellten Berechnungen ergaben nachstehendes Einsparungspotential:

a) nach Plan A (Verhandlungsergebnis mit dem Betriebsrat in Zusammenhang mit „KV modern“):

Neben der im ersten Jahr zu erwartenden Einsparung im Personalbereich von EUR 45 Mio (davon EUR 29 Mio Bordpersonal) errechnete die beklagte Partei über einen 10 Jahre Zeitraum betrachtet, ein Einsparungspotential von EUR 1,257 Mrd. (!), unter Berücksichtigung von ungezinsten Savings von EUR 375 Mio. und einen Einmalaufwand für die Beendigungsansprüche von Dienstverhältnissen von EUR 29 Mio.

Wesentlich für diese Einsparungsmöglichkeiten waren Verbesserungen im Bereich der Produktivität, insbesondere bei den Flight Duties sowie aufgrund der Auflösung eines Personalüberhanges.

b) nach Plan B (Betriebsübergang):

Trotz erheblicher Einmalkosten - prognostizierte Inanspruchnahme des privilegierten Austrittsrechts von etwa 50% der Belegschaft „KV alt“ (davon 90% Kapitäne

„KV alt“) von etwa EUR 85 Mio, kurzfristige mangelhafte Bereederung von Flugzeugen - Kostenpunkt EUR 54 Mio - und Beratungskosten, wären durch Neuaufnahmen von kostengünstigerem Personal auf Basis des KV Tyrolean dennoch (langfristig) erhebliche Einsparungen möglich.

Trotz Berücksichtigung einer Risikoabschätzung von 50%, was das Teilwertverfahren bei der Pensionsablöse betrifft, berechnete die beklagte Partei einen Barwert (abgezinst auf 10 Jahre) von EUR 1,29 Mrd netto (Zeuge Lachinger, ON 38, Seite 3).

Im Ergebnis ging die beklagte Partei davon aus, dass die Variante B (Betriebsübergang) in der 10 Jahresberechnung ein etwas geringeres Einsparungspotential beinhalten würde (Zeuge Lachinger, ON 38, Seite 5).

Die Höhe der Auflösungen von Rückstellungen mit 1.7.2012 wurden in beiden Varianten etwa gleich hoch angenommen, wobei sich die konkrete Aufschlüsselung in der Variante A nach den konkreten Ergebnissen der Verhandlungen mit dem Betriebsrat erst ergeben hätte.

Die Auflösungen von Rückstellungen in der Variante des Betriebsüberganges wurden - non cash flow - so angenommen, dass Rückstellungen etwa in Höhe von EUR 100 Mio für Pensionen, EUR 15 Mio für Abfertigungen und EUR 15 Mio für Jubiläumsgelder hätten aufgelöst werden können. Diese Rückstellungsaufösungen erfolgten dann

auch tatsächlich im Zug des Betriebsübergangs (Zeuge Lachinger, ON 38, Seite 8).

**2.2.3. Zu den „KV modern“ - Verhandlungen mit dem BR Bord der beklagten Partei:**

**2.2.3.1. Zur Aufsichtsratssitzung vom 9.1.2012**

Anlässlich der Aufsichtsratssitzung im 9. Jänner 2012 präsentierte der Vorstand dem Aufsichtsrat und damit auch den darin entsendeten Betriebsratsmitgliedern, u.a. dem Zweitkläger, einen seitens der beklagten Partei erarbeiteten neuen Kollektivvertragsentwurf (in weiterer Folge: KV modern). Sogar die bloße Übergabe dieses Kollektivvertragsentwurfes als Verhandlungsbasis lehnten die Betriebsratsmitglieder anlässlich der Aufsichtsratssitzung jedoch ab und verwiesen auf die Gewerkschaft.

Der Entwurf war als Verhandlungsbasis gedacht, wobei über die Summe des Einsparungsergebnisses von zunächst EUR 29 Mio für das Bordpersonal der beklagten Partei keine Verhandlungsbereitschaft seitens der beklagten Partei bestand, hinsichtlich der Gestaltung/Verschiebung einzelner Maßnahmen jedoch schon. Wesentlich war für die beklagte Partei, dass der Automatismus wie Annual- und Biennalsprünge sowie die automatische Inflationsanpassung abgedeckt werden

sollte (PV Jaan Albrecht, ON 32, Seite 4, Zeuge Mag. Mara, ON 31, Seite 7).

Im Rahmen dieser Aufsichtsratssitzung wurde die finanzielle Situation der beklagten Partei dargestellt, die Verhandlungen mit dem Betriebsrat/Gewerkschaft zum KV modern als vorrangiges Ziel dargestellt; allerdings wurden für den Fall des Scheiterns dieser Verhandlungen auch andere Möglichkeiten wie die Insolvenz des Unternehmens und auch ein Betriebsübergang thematisiert (PV Jaan Albrecht, ON 32, Seite 7).

Seitens Dr. Malanik wurde auch auf die Notwendigkeit einer raschen Verhandlungslösung hingewiesen (Zeuge Widmann, ON 38, Seite 18).

#### **2.2.3.2. Zu den Verhandlungen mit der Gewerkschaft**

Bereits einen Tag nach der Aufsichtsratssitzung, in der der KV modern präsentiert wurde, drückte der Betriebsrat in einem an die Belegschaft gerichteten Mail seine Ablehnung gegen den KV Entwurf aus (Jaan Albrecht, ON 32, Seite 5).

Um den 20.1.2012 befand sich der Betriebsrat in Klausur um über den Entwurf des KV modern inhaltlich zu diskutieren (Zeugin BR Andrea Lichal, ON 25, Seite 9).

Am 14.2.2012 fand die erste Verhandlungsrunde mit dem Team der beklagten Partei und der Gewerkschaft unter der Leitung des Betriebsrates Hable statt.

Bereits zuvor ersuchte die beklagte Partei die Gewerkschaft, nicht den BR Hable, der gleichzeitig auch gewerkschaftlich tätig war, in das Verhandlungsteam der Gewerkschaft zu entsenden, da die Gesprächsbasis mit ihm völlig zerrüttet war. Tatsächlich verlangte der BR Hable zu Beginn der Verhandlungsgespräche vorab, ihm persönlich Zusagen seitens der beklagten Partei - wie zB. seine unwiderrufliche Dienstfreistellung unter Fortzahlung seiner Bezüge und dergleichen - zu gewähren, widrigenfalls er (und damit auch das gewerkschaftliche Verhandlungsteam) sich weigern würde, überhaupt Gespräche zum Thema „KV modern“ zu beginnen (Zeuge Mag. Piller, ON 24).

Da es die beklagte Partei daraufhin aber ablehnte, über die persönliche Situation des BR, anstelle des KV-Entwurfes, in diesem Rahmen zu verhandeln, brach der BR Hable die Verhandlungen nach etwa 8 (!) Minuten wieder ab.

Zum weiteren vereinbarten Verhandlungstermin am darauf folgenden Tag erschienen die Verhandlungspartner der Arbeitnehmerseite erst gar nicht mehr. Der beklagten Partei wurde jedoch mitgeteilt, dass das Verhandlungsmandat nunmehr von der Gewerkschaft an die Erstklägerin übertragen wurde (teilweise PV Minhard, ON 24, Seite 27, Zeugin Andrea Lichal, ON 25, Seite 9, Jaan Albrecht, ON 32, Seite 6).

### **2.2.3.3. Zu den Verhandlungen in der „großen Runde“:**

Nachdem die Verhandlungen mit der Gewerkschaft nicht einmal begonnen hatten und bereits auch gescheitert waren, und seit der Präsentation des „KV modern“ bereits 4 bis 5 Wochen vergangen waren, bekam auch die Möglichkeit der Durchführung eines Betriebsüberganges für die beklagte Partei mehr Gewicht. Um die Ernsthaftigkeit der Verhandlungen auszudrücken bzw. die Bereitschaft zu Verhandlungen für die Arbeitnehmerseite zu erhöhen aber auch um die Rechtsfolgen bei einem allfälligen Betriebsübergang zugunsten der beklagten Partei zu beeinflussen (Stichwort: Nachwirkung), kündigte die beklagte Partei den bestehenden KV Bord am 15.2.2012 auf (teilweise auch Zeuge Mag. Piller, ON 24, Seite 42, Jaan Albrecht, ON 32, Seite 7, Beilagen ./D, ./E).

Für die nunmehr geplanten Verhandlungen mit dem Betriebsrat selbst stellte der Vorstandsvorsitzende Jaan Abrecht ein Verhandlungsteam („große Runde“) zusammen, zu dem auch die Vorstände wie zB. Dr. Malanik, gehörten.

Jaan Albrecht selbst wollte bewusst diesem Team nicht angehören um sich eine weitere Deeskalationsstufe vorzubehalten.

Wesentliche Änderungen im „KV modern“ sahen Einschränkungen im Bereich Abfertigung, Betriebspensionen, Arbeitszeit Arbeitsruhe, insbesondere bei den Flight Duty Regulations vor (Zeugin Andrea Lichal, ON 25, Seite 10).

Das finanzielle Ziel der Einsparungen war mit EUR 29 Mio jährlich betreffend das Bordpersonal klar seitens der beklagten Partei vorgegeben.

Mangels ausreichender Verhandlungsergebnisse trotz Gesprächsbereitschaft des Betriebsrates - es kam zu mehreren Sitzungen, in denen man sich lediglich auf etwa 1/3 der Einsparungsziele am Verhandlungstisch einigen konnte -, erfolgte Ende März 2012 der Austausch des Verhandlungsteams auf Arbeitgeberseite (Zeuge Malanik, ON 24, Seite 15, Jaan Albrecht, ON 32, Seite 7).

Kurz zuvor kündigte die Gewerkschaft vida am 23.3.2012 den Kollektivvertrag für das Bordpersonal der Tyrolean, damit für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen und einer Umsetzung des Betriebsüberganges die automatische Anwendbarkeit des KV Tyrolean für die übergewandten Mitarbeiter verhindert werden sollte.

**2.2.3.4. Zu den Verhandlungen in der „kleinen Runde“:**

Nach etwa einer Woche Verhandlungspause aufgrund der Kündigung des Tyrolean KV („Eiszeit“) nahm auf Seiten der beklagten Partei ein neues Verhandlungsteam die Gespräche mit dem Betriebsrat wieder auf (BR Plankh, ON 25, Seite 17).

Das nunmehrige Verhandlungsteam auf Seiten der beklagten Partei bestand aus dem Vorstandsvorsitzenden Jaan Albrecht selbst und Gaudenz Ambühl. Jaan Albrecht nahm sofort im Rahmen von 4-Augengesprächen mit dem Betriebsratsvorsitzenden und nunmehrigen Zweitkläger die weiteren Gespräche auf (PV Jaan Albrecht, ON 32, Seite 7).

#### **2.2.3.5. Zum 14.4.2012, Sitzung in Parndorf:**

Am darauffolgenden Wochenende, nämlich am 13. und 14.4.2012, fanden intensive Verhandlungen in Parndorf statt. Auf Seiten des Arbeitgebers waren Lachinger, Ambühl und Albrecht, auf Arbeitnehmerseite der Zweitkläger und BR Widmann vertreten. Als Berater für den Betriebsrat fungierte Fischer.

Noch am späteren Abend fuhren Plankh und ein weiteres Betriebsratsmitglied, Perlaska, nach Parndorf nach, um dort das „Backoffice“ des Betriebsrates vor Ort zu bilden (BR Plankh, ON 25, Seite 18). Diese Verhandlungen dauerten bis etwa vier, halb fünf morgens.

Grundsätzlich bestand für die beklagte Partei kein

Spielraum bei den Einsparungszielen; erst durch die unverzügliche Änderung der Gehaltstabelle waren finanzielle Mittel für eine Verhandlung in Bezug auf die Abschlagszahlungen möglich geworden (Zeuge Lachinger, ON 38, Seite 3f).

Betont wurde seitens der beklagten Partei neuerlich, die Wichtigkeit des Umstiegs der Betriebspensionen in ein beitragsorientiertes System sowie die Reduktion der kollektivvertraglichen Abfertigung auf das gesetzliche Maß. Die Differenz zwischen der kollektivvertraglichen Abfertigung und der gesetzlichen sollte mit einer Abschlagszahlung abgedeckt werden (BR Plankh, ON 25, Seite 18).

Für den Betriebsrat war es wichtig im Zuge der Verhandlungen eine (homogene) Mitarbeitergruppe zu schaffen, da es aufgrund der Erfahrungen im Zusammenhang mit dem Merger mit der Lauda Air des öfteren zu Unstimmigkeiten (Stichwort: zB unterschiedliches Senioritätsprinzip) gekommen war (Zeuge Widmann, ON 38, Seite 18).

Nachstehendes Papier wurde vom Zweitkläger und dem Vorstandsvorsitzenden der beklagten Partei letztlich unterzeichnet:

**Seite 1:**

„Basis KV Neu für Cockpit + Cabin mit Anpassungen im Mitbestimmungsrecht

- Umstellung KV-alt auf KV neu Tabelle

- Wechsel auf 2-jährliche Gehaltsanpassung
- Streichung der Inflationsanpassung
- Streichung Mehrleistungsvergütung
- Wechsel von Leistungs- auf Beitragspension
- Produktivitätssteigerung um mind 5% (EUR 10 Mio)
- Gewinnbeteiligung auf Basis operating Margin (Auslöse-Startpunkte bei 2%/3%/4%/6%/8% führt zu 2%/3%/4%/7%/19% eines Jahresbezugs)
- Bis 110 Sitze Status Quo. Scope-Clause auf 145 Sitze erweitert: Betrieb von bis zu 24 Regional-A/C (von <110 bis 145 Sitze) zu Tyrolean-Konditionen. Zusätzlich A/C werden paritätisch bereedert, bei A319/B737-700 Ersatz Bereederung durch OS-Personal
- Barwertpaket unbefristet
- Abfertigung generell auf gesetzlicher Basis (12 Monate), ausgenommen bei loss of licence bis zu 39 Monatsgehälter. Übergangsfrist bis 30.6.2014 für F/O bei Dienstgeberkündigung in Ausmaß von 30 MG
- Krisenregelung gemäß LX
- Abbau Personalüberhang

**Seite 2**

	<b>BRB</b>	<b>OS</b>
<b>Commander KV Alt</b>	546.000	
Commander KV Neu	140.000	
Differenz	406.000	
Abschlag	25%	
Zwischensumme	304.500	
Zuschlag Pension	100.000	
Summe Neu	404.500	273.000
<u>in % der Abfertigung</u>	<b>74%</b>	<b>50%</b>
<b>Cabine Alt</b> in % der Abfertigung		<b>50%</b>
<b>KV Neu</b> in % der Abfertigung		<b>33%</b>

	<b>BRB</b>	<b>OS</b>
<b>Copilot KV Alt</b>	231.000	
Copilot KV Neu	28.500	
Differenz	202.500	
Abschlag	25%	
Zwischensumme	151.875	
Zuschlag Pension	100.000	

- 59 -

Summe Neu	250.000	140.000
in % der Abfertigung	<b>108%</b>	<b>60%</b>

Beide Varianten wurden mit einem Pfeil zu nachstehenden Rechenbeispiel als gemeinsamen Nenner zusammengefasst:

	Mio EUR	Averag. EUR/MA
KV alt Commander	33	250.000
KV alt Copilot	23	160.000
KV alt Cabine	20	26.000
KV ALT	76	
KV neu Commander	5	
KV neu Copi	2	
KV neu Cabin	3	
KV neu	10	
<b>Summe KV Alt + Neu</b>	<b>86 + 4 Mio</b>	für 20 weitere Austritte“

(Beilage ./34).

Über diese Aufstellung bestand zwischen dem Vorstandsvorsitzenden und dem Betriebsratsvorsitzenden Einigkeit, wobei Jaan Albrecht davon ausging, dass der Betriebsratsvorsitzende in seiner Funktion und mit entsprechendem Pouvier ausgestattet, auch für das Gremium unterschrieben hatte (auch Zeuge Gaudenz Ambühl, ON 25, Seite 24).

Es war der Wunsch des Betriebsratsvorsitzenden, dass auch sein ursprünglicher Vorschlag am Dokument verbleibt, sodass man auch diesen Standpunkt und die Genese der Verhandlungen nachvollziehen kann (Jaan Albrecht, ON 32, Seite 9).

Einzelne Punkte waren noch nicht im Detail abschließend ausverhandelt: Wenngleich man sich hinsichtlich der Produktivitätssteigerung (gemeint: flight duty Regelungen) um mindestens 5%, bewertet mit EUR 10 Mio. geeinigt hatte, waren zB. die konkreten Schritte zur Umsetzung dieses Ziels noch offen.

Über Wunsch des Betriebsratsvorsitzenden sollte die Änderung der „Gehaltstabelle alt“ auf die „Gehaltstabelle neu“ bereits im darauffolgenden Monat erfolgen, was letztlich zu einem Ist-Lohnverlust der Mitarbeiter geführt hätte.

Als Gegenleistung forderte der Betriebsratsvorsitzende eine Abschlagszahlung von zunächst EUR 700 Mio., letztlich in Höhe von EUR 350 Mio. (PV Jaan Albrecht, ON 32, Seite 8).

Die Einigung zum Thema „Abfertigung“ verstand Jaan Albrecht so, dass mit Ausnahme eines unverschuldeten Verlustes der Pilotenlizenz zukünftig nur die gesetzliche Abfertigung zur Auszahlung gelangen sollte. Ergänzend sollten aufgrund einer Übergangsregelung bis 30.6.2014 die Ansprüche aus dem KV alt bei Dienstgeberkündigung weiterhin zur Auszahlung gelangen (PV Jaan Albrecht, ON 32, Seite 9).

Die Berechnungsformel für eine einmalige Abschlagszahlung wurde zunächst vom Betriebsrat vorgegeben, wobei sowohl der Vorschlag des

Betriebsrates als „BRB“ und der ausverhandelte Vorschlag als „OS“ dargestellt und auch in Zahlen ausgedrückt schriftlich festgehalten wurde.

Die errechnete Gesamtsumme für die Abschlagszahlung hätte EUR 86 Mio zuzüglich EUR 4 Mio. für Beendigungsansprüche für 20 potentielle Austritte des Bordpersonals betragen (PV Jaan Albrecht in ON 32, Seite 9, Beilage ./34).

Wenngleich Jaan Albrecht wusste, dass neben der Genehmigung des Eigentümers die getroffene Vereinbarung auch von der betroffenen Belegschaft im Rahmen von Informationsveranstaltungen des Betriebsrates im Sinne der Garantieerklärung genehmigt werden musste, beabsichtigte er die Konzernleitung in Frankfurt zu informieren. Er bedurfte nämlich einer Genehmigung der Konzernleitung deshalb, da die beklagte Partei die Mittel für die Finanzierung einer Abschlagszahlung von EUR 86 Mio. zuzüglich EUR 4 Mio nicht selbst aufbringen hätte können (PV Jaan Albrecht).

Das Betriebsratsgremium erblickte in der „Punktation“ Beilage ./34 allerdings keine Einigung, sondern vielmehr eine (weitere) Diskussionsgrundlage.

Bedenken von Betriebsräten, zB. Veronika Naskau, zur Höhe der Abschlagszahlung für Flugbegleiter bei der Umstellung der leistungsorientierten Betriebspension in ein beitragsorientiertes System, führten letztlich

dazu, dass der Inhalt der Beilage ./34 nicht einmal im Betriebsratsgremium zur Abstimmung gelangte. Problematisch erachtete das Betriebsratsgremium auch die Punkte: automatische Indexanpassung, sowie die Umstellung von Annual- auf Biennalsprünge (Zeugin Andrea Lichal, ON 25, Seite 12f).

Die Formel, über die sich die Verhandlungspartner in Parndorf geeinigt hatten, waren jedoch auch für die Mitglieder des Betriebsratsgremiums nachvollziehbar, sodass diese auch selbst in der Lage waren, auf Basis ihres eigenen Einkommens die Abschlagszahlung zu errechnen (Zeugin Veronika Naskau, ON 31, Seite 35).

Noch am 15. oder 16.4.2012 flog Jaan Albrecht in Begleitung mit Heinz Lachinger nach Frankfurt in die Konzernzentrale, wo er trotz endend wollender Begeisterung der Konzernführung die Zusage zur Finanzierung der EUR 86 Mio erhielt (Zeuge Lachinger, ON 25, Seite 38).

#### **2.2.3.6. Ergänzungen zum Ergebnis „Parndorf“**

Noch auf dem Weg von der Konzernzentrale zum Flughafen Frankfurt erhielt Jaan Albrecht einen Anruf, im Zuge dessen ihm mitgeteilt wurde, dass der Betriebsrat beschlossen hätte, dass weder entsprechende Informationsveranstaltungen noch eine Abstimmung über die Verhandlungsergebnisse in Parndorf erfolgen würden

(PV Jaan Albrecht, ON 32, Seite 10).

Der Vorstandsvorsitzende entschied aber dennoch weitere Verhandlungen mit dem Betriebsrat zu führen, da dieser ihn in weiterer Folge davon in Kenntnis setzte, dass für einige Belegschaftsgruppen offene Fragen vorhanden seien bzw. nachverhandelt werden müssen (PV Jaan Albrecht, ON 32, Seite 10).

Die Bedenken des Betriebsrates lagen auch darin begründet, dass die konkreten Änderungen der flight duty Regulations nicht ausformuliert waren, sodass die Tragweite der Änderungen betreffend Arbeitszeit und dergleichen nicht abgeschätzt werden konnten (Zeuge Widmann, ON 38, Seite 31).

Die weiteren Verhandlungen zwischen den Streitparteien führten letztlich am 23.4.2012 zu einer Erhöhung der Abschlagszahlungen, wobei es die beklagte Partei dem Betriebsrat offen ließ, welchen Verteilungsschlüssel für die Mitarbeitergruppen zur Anwendung gelangen sollte (Zeuge Gaudenz Ambühl, ON 25, Seite 25).

Der Eckpfeiler der Änderung betraf die Höhe der Abschlagszahlungen, die sich nunmehr wie folgt darstellte:

Kapitäne KV-alt:	65%
Co-Piloten und Kabine KV-alt:	70%
KV neu Mitarbeiter:	25% (Zeuge Lachinger,

ON 25, Seite 38).

Durch die Änderung der Berechnung der Abschlagszahlungen erhöhte sich letztlich auch die Gesamtbelastung für die beklagte Partei von EUR 86 Mio auf EUR 103 Mio. (Zeuge Lachinger, ON 25, Seite 38, auch Beilage ./43; Beilage ./42).

Durch die Modifizierung war letztlich eine Übereinkunft zwischen dem Vorstandsvorsitzende und dem Betriebsratsvorsitzenden gefunden worden (auch Zeuge Widmann, ON 38, Seite 25).

Aus diesem Grund erging am 24.4.2012 nachstehendes Email, von beiden unterzeichnet, an die Mitarbeiter:

*„Liebe Kolleginnen und Kollegen,*

*Betriebsrat Bord und der Vorstand sind heute zu einer grundsätzlichen Einigung gekommen. Basis dafür war das Verhandlungsergebnis vom 16. April 2012 und die gestrige Betriebsversammlung, nach der wir dieses Verhandlungsergebnis noch angepasst haben.*

*Die Einigung sieht vor, dass alle Personalgruppen des fliegenden Personals OS eine Abschlagszahlung erhalten und dafür in einen einheitlichen und günstigeren Kollektivvertrag wechseln. Für das fliegende Personal bedeutet dieses Ergebnis zwar massive Zugeständnisse, sie sind aber ein Grundstein für die wirtschaftliche Sanierung unserer Firma.*

*In den nächsten Tagen wird es eine Reihe von Informationsveranstaltungen des Betriebsrates Bord geben, bei denen das Verhandlungsergebnis dem fliegenden Personal im Detail vorgestellt wird. Danach findet eine Abstimmung über das Paket statt.*

*Ein positives Abstimmungsergebnis würde eine*

*gemeinsame Lösung bedeuten. Ein negatives Abstimmungsergebnis hätte aus Sicht des Vorstandes den geplanten und dann notwendigen Betriebsübergang zur Folge.*

*Wir sind davon überzeugt, dass das erzielte Ergebnis trotz aller Härten und Zugeständnisse den besten Kompromiss zwischen sozialer Ausgewogenheit und wirtschaftlicher Notwendigkeit darstellt. Es gibt uns zudem die Chance, eine neue gemeinsame Firmenkultur aufzubauen.*

*Wir hoffen deshalb auf Ihre Unterstützung bei der Abstimmung.*

*Mit freundlichen Grüßen*

*Jaan Albrecht eh, CEO*

*Karl Minhard eh, Vorsitzender OS BRB „(Beilage ./12).*

Um die Unterstützung des Konzerns für die nunmehr erhöhte Abschlagszahlung zu erhalten und damit die Finanzierbarkeit auch tatsächlich zu gewährleisten, flog der Vorstandsvorsitzende neuerlich am 24. oder 25.4.2012 nach Frankfurt, wo er die Zustimmung zur Finanzierung von der Konzernzentrale erhielt (Zeuge Lachinger, ON 25, Seite 39).

In weiterer Folge wurden vom Betriebsrat mehrere Informationsveranstaltungen für die Belegschaft durchgeführt, an denen gesamt etwa 1.000 Mitarbeiter des Bordpersonals teilnahmen. Da die vereinbarte Punktation nach Ansicht der Belegschaft aber noch viele Interpretationsspielräume freilassen würde, wurde der

Wunsch nach einem ausformulierten Kollektivvertragstext mehrfach geäußert.

Aus der Sicht vieler Mitarbeiter des Bordbetriebes wäre erst auf Grundlage eines gesamten Kollektivvertragstextes die Veränderungen ihrer bisherigen Rechtspositionen besser abzuschätzen.

Des weiteren erachtete man die Aufteilung der Abschlagszahlungen, insbesondere auf Seiten der Flugbegleiter und Co-Piloten, die dem „KV alt“ unterworfen waren, im Gegensatz zu den Piloten als nicht ausgewogen. Problematisch erschien den Mitarbeitern zudem auch der Wegfall der kollektivvertraglichen Mehrleistungsabgeltung, was im Einzelfall zu empfindlichen Einkommenseinbussen führen würde (PV Zweitkläger, ON 24, Seite 30).

Sowohl die Arbeitgeber- als auch die Arbeitnehmerseite war daher bemüht ehestmöglich eine neue Textierung zu erarbeiten, womit auch gleichzeitig gewisse Ungerechtigkeiten im Zusammenhang mit dem Merger im Jahr 2003/2004 mit der Lauda Air, ausgeräumt werden sollten.

Der Betriebsrat Plankh arbeitete beinahe „rund um die Uhr“ auf Arbeitnehmerseite an der Ausformulierung des neuen Kollektivvertrages; auf Seiten der beklagten Partei war damit Mag. Piller betraut (Zeugin Andrea Lichal, ON 25, Seite 13, BR Plankh, ON 25, Seite 21).

Obwohl der BR Plankh gegenüber Gaudenz Ambühl noch am 28.4.2012 darauf verwies, er werde den komplexen Kollektivvertragstext nicht bis zum 30.4.2012 fertig überarbeitet haben, bestand Gaudenz Ambühl auf diesen Termin. Er wies darauf hin, dass widrigenfalls der Betriebsübergang die zwingende Folge sein würde (BR Plankh, ON 25, Seite 22).

Noch am 29.4.2012 wurden wesentliche Punkte wie zum Beispiel die Scope Clause verhandelt.

Obwohl den Verhandlungspartnern klar war, dass die zufolge der Garantieerklärung bedungene Abstimmung bis zum 30.4.2012 jedenfalls nicht erfolgen könne, hätte sich die beklagte Partei aber zunächst mit einer Zustimmung des Betriebsrates auch zufrieden gegeben (Gaudenz Ambühl, ON 25, Seite 27).

#### **2.2.3.7. Zum Scheitern der Verhandlungen am 30.4.2012**

Trotz vieler Punkte, über die auch noch in weiterer Folge im Verhandlungsweg eine Einigung erzielt werden konnte, waren die „Scope Clause“, der Verbleib in der „Abfertigung alt“ bzw. die Besteuerung der Abschlagszahlung ebenso wie einzelne Bestimmungen betreffend Arbeitszeit und Arbeitsruhe nicht abschließend geklärt (Zeuge Mag. Piller, ON 24, Seite 37; Zeuge Ziegelwenger, ON 38, Seite 15).

Für Gaudenz Ambühl, der auf Seiten der beklagten Partei an den Verhandlungen teilnahm, war die Frage des Verbleibes im „Abfertigung alt“ - System nicht von Bedeutung, zumal er als ehemaliger Swiss Air CEO von den diesbezüglichen österreichischen gesetzlichen Vorgaben auch zu wenig Kenntnis hatte (Gaudenz Ambühl, ON 25).

Wenngleich man seitens der beklagten Partei am 30.4.2012 noch von einer zu erzielenden Einigung ausging, war man aber dennoch bemüht, aufgrund der Erfahrungen mit dem Betriebsrat, die Verhandlungen zügig durchzuführen und abzuschließen (Zeuge Mag. Piller, ON 24, Seite 38).

Am 30.4.2012 abends erhielt der Betriebsrat die Information, dass das Finanzministerium keine Einwendungen gegen eine 6%-ige Besteuerung bei einer Zwischenabfertigungszahlung (in Zusammenhang mit einer Gehaltsreduktion von 25%) hätte (Jaan Albrecht, ON 32, Seite 12, auch Beilage ./35).

Diese Information wurde aufgrund einer kurzfristigen Anfrage der „CURA“ Treuhand- und Revisionsgesellschaft mbH erteilt. Die „CURA“ stellte die geplante Vorgehensweise dergestalt dar, dass eine Änderungskündigung sämtlicher Mitarbeiter des Bordbetriebes stattfinden sollte. Die neuen Entgeltbestimmungen würden zwischen 25,5% bis 54,5%

Bruttoreduktionen vorsehen. Ein Teil der Abfertigungszahlungen würden von den Mitarbeitern gestundet werden, wobei sowohl die erste als auch die zweite (gestundete) Tranche mit 6% besteuert zur Auszahlung gelangen sollten. Die aufgrund der Änderungskündigung formal neu abzuschließenden Dienstverhältnissen würden dem BMSVG unterliegen (Schreiben der CURA vom 30.4.2012, Beilage ./i).

Da es für den Betriebsrat aber wichtig zu klären gewesen wäre, inwieweit die - künftig zu erwerbenden - Abfertigungszahlungen auf Basis des Systems „Abfertigung alt“ und einer Besteuerung von 6% erfolgen, wurde nach weiteren 1,5 Stunden den Belegschaftsvertretern zugesagt, dass die beklagte Partei zwar für den Verbleib im alten Abfertigungssystem garantieren werde, für die begünstigte Besteuerung jedoch nicht (PV Zweitkläger, ON 24, Seite 30, Zeuge Mag. Piller, ON 24, Seite 34).

Für den Betriebsrat war es wesentlich, dass die künftig zu erwerbenden Abfertigungen der Mitarbeiter nicht auf das Gehaltsniveau im Zeitpunkt der Abschlagszahlung reduziert sein sollten, sondern auch die Differenz aufgrund der Lohnsteigerungen zB. bis zum Pensionsantritt berücksichtigt sein sollten (BR Plankh, ON 37, Seite 16; vergleiche auch Schreiben des Finanzamtes, Beilage ./35).

Aufgrund der Weigerung der beklagte Partei das Risiko hinsichtlich der 6%-igen Besteuerung der künftig zu erwerbenden Abfertigungszahlungen zu übernehmen, war der Betriebsrat nicht mehr bereit, an der getroffenen Übereinkunft festzuhalten.

Trotz intensivster Bemühungen der Verhandlungsteams, insbesondere beider Backoffices, waren die Verhandlungen gescheitert (Zeuge Mag. Mara, ON 31, Seite 8).

Dennoch versuchte Jaan Albrecht den Betriebsratsvorsitzenden mit dem Betriebsratsgremium über die bisherigen Verhandlungsergebnisse Rücksprache zu halten, was dieser aber ablehnte. Zuletzt räumte der Vorstandsvorsitzende dem Betriebsratsvorsitzenden noch ein, innerhalb eines finanziellen Rahmens von EUR 117 Mio noch binnen 1 Woche nachzujustieren, sodass ein Ausgleich für sämtliche Belegschaftsgruppen des Flugbetriebes geschaffen werden könnte. Aufgrund der Antwort des Betriebsratsvorsitzenden, er könne dies nicht tun, zumal er selbst als Pilot in der kommenden Woche fliegen müsse und am Samstag an einer Taufe teilnehme, brach der Vorstandsvorsitzende die Verhandlungen ab (PV Jaan Albrecht, ON 32, Seite 13).

Der Vorstandsvorsitzende sah daher die Verhandlungen mit dem Betriebsrat als endgültig gescheitert an, weshalb er noch am gleichen Abend eine

Pressekonferenz abhielt, in der der Betriebsübergang angekündigt wurde (Zweitkläger, ON 24, Seite 31, Mitteilung vom 1.5.2012, Beilage ./C)).

**2.2.4. Zu den geplanten Einsparungen beim kaufmännisch-technischen Personal der beklagten Partei und dem Bordpersonal der Tyrolean:**

Zwischen der beklagten Partei und dem Betriebsrat Boden wurden zwar 2012 mit einem Grundsatzbeschluss Einsparungsmaßnahmen festgelegt; letztlich wollte man aber noch die Ergebnisse der Verhandlungen mit der Erstklägerin abwarten. Man kam jedoch überein, dass der Ausstieg aus dem Betriebspensionssystem und eine Null-Lohnrunde für 2013 erfolgen sollte. Wann und in welcher Form der Ausstieg aus dem Betriebspensionssystem erfolgen sollte, wurde letztlich nicht abschließend geklärt, weil die Verhandlungen mit dem Bordpersonal bzw. in weiterer Folge die Vorbereitung und Durchführung des Betriebsüberganges Priorität hatten (PV Jaan Albrecht, ON 32, Seite 4f).

Die Einsparungen beim kaufmännisch-technischen Personal hatten 2012 deshalb auch keine besondere Priorität, da bereits beim Krisenpaket 2009, gefolgt vom Barwertpaket, diese Mitarbeitergruppe neben Einmalreduktionen auch langfristige Reduktionsmaßnahmen hinnehmen musste; der Großteil der Reduktion von

Mitarbeitern von etwa 2.500 entstammten diesem Mitarbeiterbereich (Zeuge Mag. Piller, ON 24, Seite 38).

Zudem wurde damals mit dem kaufmännisch-technischen Personal die Verkürzung der Arbeitszeit um 1,5 Stunden festgelegt, was sich auch auf die Bezahlung der Mitarbeiter auswirkte.

Da die Null-Lohnrunde für 2013 auch erst in diesem Jahr spürbar wurde, beschränkten sich die Einsparungen für 2012 auf etwa EUR 3,5 bis 4 Mio. (Zeuge Lachinger, ON 25, Seite 46 bzw. ON 38, Seite 4; teilweise auch Zeuge Mag. Mara, ON 31, Seite 11, Zusatzprotokoll zum Kollektivvertrag „Neuredaktion“, Beilage ./45)).

Auch die Verhandlungen mit dem Bordpersonal Tyrolean führten letztlich zu keinen nennenswerten Ergebnis, da beim Betriebsrat der Tyrolean aufgrund der Kündigung des Kollektivvertrages durch die Gewerkschaft auch (vorerst) keine weitere Verhandlungsbereitschaft bestand.

Durch höhere Einsparungen im Bereich der Lieferanten, Nichtnachbesetzung von 400 Vollzeitäquivalenten und einen Aufnahmestopp mit Ausnahme von Flugbegleitern wurden Einsparungen über die geplanten Ziele hinaus für 2012 - auch unter Berücksichtigung des Rumpffjahres - möglich (Zeuge Lachinger, ON 38, Seite 5).

### **2.2.5. Zu den Einsparungen im Management der beklagten Partei:**

Im Jahr 2008/2009 erfolgte es eine Reduktion der Ist-Gehälter von 7,5%, die nach etwa 6 Monaten auf eine nachhaltige Reduktion von 5% verändert wurde. Des weiteren wurde die Indexanpassung gestrichen.

Seit dem Sparpaket 2008/2009 wurden einzig im Jahr 2010 die Zielvorgaben erreicht, weshalb variable Entgelte im Jahr 2011 für diese Leistungen (bezugnehmend auf das Jahr 2010) ausbezahlt wurden (Zeuge Mag. Piller, ON 24, Seite 39f).

Ob und in welcher Höhe Mitarbeiter in Leitungsfunktionen weitere Gehaltsreduktionen hinnehmen mussten, kann nicht festgestellt werden.

## **3. Zum Betriebsübergang**

### **3.1. Vorbereitungshandlungen zum Betriebsübergang**

Am 1.5.2012 wurde die Belegschaft des Bordpersonals durch den Personalleiter der beklagten Partei vom beabsichtigten Betriebsübergang in Kenntnis gesetzt. Es wurde u.a. darauf hingewiesen, dass nach dem Übergang mit 1.7.2012 die Unternehmensrichtlinien „Arbeitsbedingungen Tyrolean“ gelten würden. (Beilage ./G)

Mit E-Mail vom 8.5.2012 wurde die Belegschaft des

Flugbetriebes nochmals vom geplanten Betriebsübergang in Kenntnis gesetzt, insbesondere von einer Eingliederung in den Flugbetrieb der Tyrolean, der Anwendung der Unternehmensrichtlinien, der Aufrechterhaltung des Senioritätsprinzips und vor allem von der Nichtübernahme der Leistungspensionszusagen (Beilagen ./15 und ./H).

Rückstellungen für den Betriebsübergang in Höhe von EUR 28 Mio. (das sind 50% des errechneten Risikos von EUR 57 Mio.) aufgrund einer Risikobewertung wurden bereits zuvor veranlasst (Zeuge Lachinger, ON 25, Seite 44).

Trotz des Abbruchs der Verhandlungen modifizierte der Betriebsrat das letzte „Anbot“ der beklagten Partei zugunsten der Belegschaft, sodass nach Ansicht der beklagten Partei sich die geforderte Abschlagszahlung auf EUR 160 Mio. erhöhen würde und aufgrund der Änderungen der Gehaltstabelle Mehrkosten von EUR 100 Mio. gerechnet auf 10 Jahre (im Vergleich zur bereits modifizierten Lösung vom 23.4.2012) darin enthalten wären (Zeuge Lachinger, ON 25, Seite 44; Beilage ./11, Seite 2, PV Jaan Albrecht, ON 32, Seite 14).

Auf die Argumente des Betriebsrates, nämlich, dass durch den Übertritt in die Mitarbeitervorsorgekasse Rücklagen von EUR 30 Mio. aufgelöst hätte werden können und die Summe der Rücklagenauflösung in die

Abschlagszahlung zugunsten der Belegschaft hätten aufgenommen werden können, ging die beklagte Partei nicht mehr ein (Zeuge Ziegelwenger, ON 38, Seite 15).

Die beklagte Partei hielt zudem auch den Zeitpunkt der Auszahlung der Abschlagszahlungen für problematisch, da nach dem neuen Vorschlag des Betriebsrates die Zahlungen zur Gänze und nicht - wie ursprünglich vorgesehen - zum Teil erst im Zeitpunkt der Beendigung der Dienstverhältnisse fällig geworden wären (ON 38, Seite 18; E-Mail vom 7.5.2012, Beilage ./11, Beilage ./44 ).

Wenngleich die Belegschaft diesem Vorschlag des Betriebsrates im Sinne der kollektivvertraglichen Garantieerklärung im Wege einer Abstimmung auch absegnete, lehnte die beklagte Partei wegen der zu erwartenden Mehrkosten weitere Verhandlungen ab und konzentrierte sich auf die Umsetzung des Betriebsüberganges (BR Plankh, ON 25, Seite 20).

Ab April 2012 waren die Personalbüros der beklagten Partei aber auch der Tyrolean mit Vorbereitungsarbeiten für den Betriebsübergang betraut.

Zur Vorbereitung des Betriebsüberganges wurden bereits im März 2012 Arbeitsgruppen gegründet; eine Arbeitsgruppe beschäftigte sich mit dem Thema „Flugrechte“, die andere mit dem Thema „Gesellschaftsrecht“. Die Operative sollte den

Flugbetrieb auch zukünftig sicherstellen, und auch Maßnahmen für mögliche Streiks erarbeiten (Zeuge Mag. Mara, ON 31, Seite 14).

Die Arbeitsgruppe „Flugrechte“ bemühte sich vor dem Betriebsübergang rechtzeitig verkehrsrechtliche Genehmigungen bei Drittstaaten außerhalb Europas einzuholen. Innerhalb der Europäischen Union war der Aufwand gering, da ohnehin auch vor dem Betriebsübergang die Regionalflüge von der Tyrolean durchgeführt wurden (Zeuge Mag. Reimann, ON 39, Seite 2).

Hinsichtlich der Erteilung von Landeerlaubnissen wurden entsprechende Anträge/Mitteilungen bereits Ende April/Anfang Mai 2012 bei Flughäfen/Drittstaaten deponiert. In den Begleitschreiben wies der Bereichsleiter für internationale Beziehungen und Verkehrspolitik, Mag. Reimann, darauf hin, dass im Zuge eines Restrukturierungsprozesses zur Nutzung von Synergien Flüge künftig von der 100%-igen Tochtergesellschaft der beklagten Partei durchgeführt werden würde. Um allfällige Missverständnisse zu vermeiden wurde dargestellt, dass die Flüge weiterhin unter den Flugnummern und beim „Call Sign“ der beklagten Partei - allerdings ergänzt mit „operated by Tyrolean“ - durchgeführt werden (teilweise Zeuge Mag. Reimann, Schreiben vom 15.5.2012, Beilage ./I).

Trotz entsprechender Vorbereitungen kam es hinsichtlich der USA zu kurzfristigen Verwirrungen nach dem Betriebsübergang, sodass auch nach dem 30.6.2012 die beklagte Partei auf den Formularen noch als Operator angeführt werden musste (Zeuge Mag. Reimann, ON 39, Seite 3, Beilage ./Z).

Die zweite Arbeitsgruppe erarbeitete gesellschafts- und steuerrechtliche Lösungen für den Fall des Betriebsüberganges. Diese Gruppe verfasste u.a. den Einbringungs- und Sachvertrag (Beilage ./19) und legte den Modus der Übertragung der Flugzeuge von der beklagten Partei an die Tyrolean fest; zudem wurden Verhandlungen mit den Banken geführt (Zeuge Mag. Mara, ON 31, Seite 14).

### **3.2. Zur Reaktion der Mitarbeiter zum Betriebsübergang**

Nach Bekanntwerden des Betriebsüberganges beendeten Mitarbeiter des Bordpersonals privilegiert ihr Dienstverhältnis zur beklagten Partei (etwa 110 Piloten und 214 Flight Attendants), wobei etwa EUR 55 Mio. an beendigungsrelevanten Ansprüchen (Abfertigung, Urlaubersatzleistung und dergleichen) zur Auszahlung gelangten. Über Zuschuss des Mutterkonzerns in Höhe von EUR 70 Mio. konnten diese Zahlungen, welche zum 30.6.2012 fällig wurden, auch neben anderen

Investitionen - Stichwort: Langstreckenkabinensanierung  
- bezahlt werden (PV Jaan Albrecht, ON 32, Seite 18;  
Zeuge Lachinger, ON 25, Seite 45).

Weitere Kosten entstanden dadurch, dass Flugzeuge  
angemietet werden mussten, sowie in Form von Free  
Lancern Personal kurzfristig benötigt wurde, sodass  
sich in Summe eine Belastung der beklagten Partei von  
EUR 60 bis 65 Mio. ergab (Zeuge Lachinger, ON 25, Seite  
45).

Ende Mai/Anfang Juni begann man bei der beklagte  
Partei auch die personellen Ausfälle aufgrund der  
Sonderkündigungen planerisch abzufangen (Zeuge Mag.  
Mara, ON 31, Seite 8, Beilage ./16).

Aus diesem Grund wurde für 31 Piloten der Tyrolean  
auch ein Typerating für den Flugzeugtyp Airbus 320  
durchgeführt (Zeuge Dr. Bachmann, ON 38, Seite 25).

### **3.3. Zur konkreten Umsetzung des Betriebsüberganges am 1.7.2012**

Mit dem Einbringungs- und Sacheinlagevertrag vom  
28.6.2012 (Beilage ./19), Einbringungsstichtag  
30.6.2012, 24 Uhr / 1.7.2012, 0.00 Uhr wurden die  
rechtlichen Rahmenbedingungen für die Überleitung des  
Flugbetriebes der beklagten Partei an die Tyrolean  
festgelegt:

Mit diesem Vertrag wurden der Flugbetrieb sowie

die Sacheinlagen an die Tyrolean übertragen. Da die beklagte Partei ohnehin Alleineigentümerin der Tyrolean ist, erhöhte sich durch die Übertragung der Wert der bisher gehaltenen 100% Anteile für die beklagte Partei von zunächst EUR 60 Mio auf EUR 130 Mio. (auch Zeuge Mag. Mara, ON 32, Seite 18; tw. Zeuge Greil, ON 40, Seite 4).

Aus diesem Grund war es notwendig eine Einbringungsbilanz zu erstellen, die beginnend ab Mai 2012 in einer Zusammenarbeit zwischen der Tyrolean und der beklagten Partei erarbeitet wurde. Diese Bilanz konnte aufgrund der Erfordernisses des Zukaufs von externen Leistungen bzw. des Umstandes, dass man zunächst auch abwarten musste, wie viele Mitarbeiter der beklagten Partei tatsächlich privilegiert aus dem Dienstverhältnis scheiden würden, erst im August 2012 fertiggestellt werden (Zeuge Greil, ON 40, Seite 4).

### **3.3.1. Zum Sachvermögen:**

Zum Sachvermögen des Flugbetriebes zählen im wesentlichen die Flugzeuge selbst sowie das sogenannte Umlaufvermögen. Letzteres setzt sich aus dem Geldmitteln und weiteren Sachmitteln, wie Trolleys und dergleichen zusammen.

Das Umlaufvermögen wie auch die Flugzeuge wurden im Einbringungsvertrag aufgenommen, wobei die einzelnen

Sachmittel, wie zB. Cargo Paletten, Trolleys, Müllsackerl, Defibrillatoren, Auftauöfen usw. akribisch in der Anlage ./5 des Vertrages aufgezählt wurden (Beilage ./19, Anhang 5).

Die ebenfalls im Vertrag definierten Geldmittel beinhalteten sogar auch die Bargelddbeträge in diversen Handkassen (Zeuge Mag. Mara, ON 31, Seite 17).

Hinsichtlich der Flugzeuge wurden die Eigentumsrechte - die beklagte Partei war Eigentümerin von 17 Flugzeugen - auf die Tyrolean übergeben (siehe Aufstellung ./19, Anhang 7).

Bei den restlichen - sohin geleasten - 20 Flugzeugen verpflichtete sich die beklagte Partei der Tyrolean die Nutzungsrechte zu verschaffen (Punkt 3.2.5.3 der Beilage ./19 und Anhang 8).

Die Übertragung der Nutzungsrechte konnte durch die Übernahme der Finanzierung der Tyrolean nach vertraglicher Zustimmung durch die Finanzierer auch umgesetzt werden. Die Tyrolean übernahm daher auch die Zahlungen der weiteren Leasingraten (Zeuge Mag. Mara, ON 31, Seite 17).

Sowohl der Aufsichtsrat der beklagten Partei auch die Tyrolean haben den Einbringungsvertrag intern zuvor genehmigt (Aufsichtsratsprotokoll der beklagten Partei vom 19.4.2012, Beilage ./19).

Der mittlerweile zum Geschäftsführer der Tyrolean

bestellte Gaudenz Ambühl ermächtigte die Übergaben bzw. die Annahme der Flugzeuge und der darin beinhaltenen Trolleys, der Handkassen und dergleichen in seiner Vertretung zu übernehmen (Zeuge Mag. Mara, ON 32, Seite 17).

Tatsächlich erfolgte die Übernahme des Sachvermögens des Flugbetriebes der beklagten Partei am 30.6.2012, unmittelbar 24 Uhr, durch Übergabe der Papiere im Hangar (Zeuge Lazar, ON 32, Seite 28, siehe auch Lichtbilder ./32).

In die bestehenden Versicherungsverträge der beklagten Partei im Zusammenhang mit den Flugzeugen trat die Tyrolean letztlich mit 1.7.2012 auch ein (Versicherungsbestätigungen Beilage ./5 und Beilage ./6).

Auch die behördliche Übertragung durch die Austro Control auf die Tyrolean erfolgte zum Stichtag 1.7.2012 (Eintragungsschein, Beilage ./3 und ./4).

Für Flugzeuge, die während des Betriebsüberganges - das heißt: über Mitternacht des 30.6.2012 - in der Luft sein würden, wurde mit der Behörde vereinbart, dass der Flug noch unter Registrierung der beklagten Partei als Operator abgeschlossen werden dürfe, soweit die bereits vorab ausgestellten Versicherungsbescheinigungen der Flugzeuge auf den Namen der Tyrolean lauten würden. Beim Rückflug wäre

der Operator von der beklagten Partei auf die Tyrolean um zutragen (Zeuge Lazar, ON 32, Seite 24).

Einige dieser Rückflüge wurden dennoch mit der beklagten Partei als Operator durchgeführt.

Inwieweit im Rahmen einer Dienstanweisung durch eine sogenannte E-Force Notice (auf die Pilotenlaptops überspielte Informationen für die jeweiligen Flüge) die Vorgehensweise vorgegeben wurde, kann nicht festgestellt werden.

Ebenfalls ergingen Bescheide zur Bewilligung/Errichtung von Funkanlagen für die Tyrolean (Beilage ./3 letzte Seite).

Der Flugplan wurde ab 1.7.2012 von der Tyrolean als Operator eingereicht.

Die Flugrechte an den Strecken verblieb aber auch nach dem Betriebsübergang bei der beklagten Partei (Zeuge Ambühl, ON 40, Seite 3).

### **3.3.1.2. Zum Innenverhältnis**

Die beklagte Partei verrechnet seit dem Betriebsübergang ohne Gewinnaufschlag die von ihr selbst gemieteten Räumlichkeiten am Flughafen Wien, zB. Büros der Personalverwaltungen und dergleichen, an die Tyrolean weiter. Die neuen Beschriftungen der Büroräumlichkeiten erfolgte nur teilweise.

Im zweiten Schritt kaufte die beklagte Partei die

Flugleistungen von der Tyrolean unter Verrechnung eines Gewinnaufschlages von 3% an (Wetlease-Vertrag).

Im Rahmen dieses Wet-Lease mietet die beklagte Partei die Flugzeuge samt Crew, Wartung und Versicherung von der Tyrolean, wobei die Flüge - wie vor dem Betriebsübergang - unter der Flugnummer der beklagten Partei („OS“) durchgeführt werden.

Über Anweisung der Tyrolean ist beim Formular „Technical Aircraft Lok“ ab 1.7.2012 Tyrolean als Operator anzukreuzen (BRV Minhard, ON 37, Seite 21).

#### **3.3.1.3. Zur Außenwirkung:**

Für den Kunden bleibt der Gesamtauftritt der Gruppe mit „Austrian“ gleich; auf den Flugzeugen - sowohl Innen als auch Außen (Lichtbild Beilage ./36.3)- und auch den Bordkarten wurde lediglich „Operated by Tyrolean“ beigefügt (Boarding Pass, Beilage ./36; Lichtbilder Beilage ./24). Vereinzelt fehlt an Flugzeugen als auch auf Bordkarten diese Information.

Ob diese Lücken durch bewusste Abnahme von Mitarbeitern, um den Betriebsübergang zu boykottieren, verursacht wurden bzw. ob es sich hierbei noch um eine mangelhafte flächendeckende Umsetzung handelt, kann nicht festgestellt werden.

Die Mitarbeiter wurden jedoch angewiesen die Aufrufe am Gate aber auch die Bordansage um „operated

by Tyrolean" zu ergänzen (E-Mail vom 29.6.2012, Seite 2, Beilage ./30).

Die Vermarktung der (ehemaligen) Flüge der beklagten Partei erfolgt (weiterhin) unter der Bezeichnung „Austrian“ (BR Plankh, ON 37, Seite 11).

In den Flugzeugen wurden die Kopfteile nicht verändert und weisen nach wie vor den Schriftzug „Austrian“ auf. Dies gilt ebenfalls für das Bordmagazin „Skylines“, das Bordverkaufsprogramm und die schriftliche Sicherheitsanweisung für Passagiere, welche vor dem jeweiligen Sitz deponiert sind (Lichtbilder, Beilage ./M).

Im Internetauftritt („Austrian Airlines Group Flotte“) wurde darauf verwiesen, dass die „Austrian“ mit ihren Partnern „Lauda Air“ und „Austrian arrows“ ein weltweites Streckennetz betreut. Die „Austrian arrows - operated by Tyrolena“ wurde als Regionalflugsegment der „Austrian Airlines“ dargestellt (Lichtbilder Zusatz zu Beilage./M, ./AA).

Auch bei den anderen Unterlagen, wie zB. den Zahlungsquittungen nach Einkäufen an Bord, am Gepäcklieferschein und dem Feedbackbogen findet sich lediglich der Schriftzug der „Austrian“, nicht jedoch Hinweise auf die „Tyrolean“ (Lichtbilder Zusatz zu Beilage./M).

Dies gilt ebenfalls für die Kabinen-

Notfallcheckliste, das einen Teil der Flight Safety Manuals darstellt, für die Formularmappe im Cockpit bzw. Borddokumente im Cockpit, der Mindestausrüstungsvorschrift, dem Teil B des Flughandbuchs (ausgestellt am 6.7.2012), Flugbetriebshandbuch Teil D, das Route Manual, die Warnwesten, Störungsmeldungen („EVEREST Report“), Arbeitszeitbericht (Lichtbilder, Beilage ./N).

Auch beim „Skills Test“ im Zusammenhang mit dem (befristeten) Typing bzw. Proficiency Check (Simulator) werden auf den Formularen unter der Rubrik „Company“, AUSTRIAN vermerkt; ein Hinweis auf Tyrolean fehlt (Beilage Zusatz zu Beilage ./N).

Die Marke „Tyrolean“ findet sich im wesentlichen nur mehr beim Hinweis „operated by Tyrolean“ wieder.

Reisebüros und andere Vertragspartner sowie die Kunden der beklagten Partei wurden auch in Kenntnis gesetzt, dass der Flugbetrieb nunmehr von der Tyrolean durchgeführt wird (Beilage ./20, ./21 und ./22).

Die Beschaffung bzw. die Vereinbarung hinsichtlich der Crew-Hotels erfolgt durch die Abteilung Einkauf der beklagten Partei für die Tyrolean - vor dem 1.7.2012 naturgemäß auch für die beklagte Partei. Aus diesem Grund ist auch weiterhin die beklagte Partei Vertragspartner der einzelnen Hotels. Die Kosten der Übernachtungen für das Flugpersonal der Tyrolean werden

an die Tyrolean verrechnet (Rechnungen Beilage ./O).

Vom Betriebsübergang wurden die Hotels dennoch davon in Kenntnis gesetzt (Zeuge Liess, ON 40, Seite 12, Beilage ./28).

Die Crew Mitglieder werden von den Hotels weiterhin unter „Austrian Airline Crew Member“ geführt (Beilage ./O).

#### **3.3.1.3.1 Zu den Uniformen:**

Die ohnehin ähnlich aussehenden Uniformen der beklagten Partei bzw. der Tyrolean wurden geringfügig geändert, und zwar in der Form, dass die weiblichen Mitarbeiter ein anderes Halstuch, die männlichen eine andere Krawatte erhielten (Zeugin Naskau, ON 32, Seite 36).

Geringfügige Veränderungen an den Uniformen der Piloten, zB. bei den Abzeichen, wurden vorgenommen. So verwenden die Piloten der Tyrolean auch die zuvor bei der beklagten Partei üblichen silbernen Streifen.

Flugbegleiterinnen der Tyrolean verwenden anstelle der zuvor vorgesehenen hautfarbenen Strumpfhosen nunmehr auch die blickdichten roten Strumpfhosen, die bei der beklagten Partei zur Uniformausstattung auch vor dem Betriebsübergang zählte (Zeugin Naskau, ON 31, Seite 37, Zeuge Greil, ON 40, Seite 5; Lichtbilderkonvolut, Beilage ./T)

Die Uniformen der Piloten der beklagten Partei haben sich nach dem Betriebsübergang mit Ausnahme der Krawatte nicht verändert (BR Plankh, ON 37, Seite 6).

### **3.3.2. Zum Personal:**

Dem bereits mit Schreiben vom 30.4.2012 informierten Flugpersonal wurden im Laufe des Monats Juli 2012 neue Dienstzettel - welche teilweise aber fehlerhaft waren - ausgefolgt (BR Plankh, ON 37, Seite 7, Informationsschreiben Beilage ./10, Dienstzettel, Beilage ./7).

Die übergegangenen Mitarbeiter des Flugbetriebes wurden von der beklagten Partei bei der Wiener Gebietskrankenkasse ab-, und von der Tyrolean - offenkundig irrtümlicherweise - bei der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse angemeldet (Zeuge Dr. Bachmann, ON 38, Seite 27; Ummeldung Beilage ./9).

Die Dienstaussweise der Mitarbeiter wurde mit der Aufschrift „Tyrolean-Austrian“ ergänzt (BR Plankh, ON 37, Seite 17).

Die bereits bestehenden und gültigen Visa-Genehmigungen, zB. USA für 10 Jahre, China 1 Jahr etc., wurden aufgrund des Betriebsüberganges nicht generell neu beantragt. Nur bei zeitlichem Auslaufen eines Visums erfolgt nunmehr ein Neuantrag unter Bezugnahme

auf die Tyrolean als Dienstgeber/Operator (Zeugin Holzer, ON 39, Seite 13).

Bei den Gen.Decs handelt es sich um Erleichterung für die Ein- und Ausreise der Crew, die durch die Internationale Luftverkehrsbehörde umgesetzt worden war. Hierzu standen Formblätter, die mit den Namen der aktuellen Besatzung auszufüllen sind, zur Verfügung.

Die aufgrund des Betriebsüberganges notwendig gewordene Umstellung auch in den Formblättern hat über den Flughafen Wien zu erfolgen, der die technische Umsetzung zu tätigen hat. Erst Monate nach dem Betriebsübergang wurden die Formulare mit dem nunmehrigen Operator „Tyrolean“ neu aufgelegt (Beilage ./9 vom August 2012).

Da zuvor noch die beklagte Partei als Operator aufgeschienen war, kam es gelegentlich auch zu Einreiseschwierigkeiten (Beilage ./Z, mit der die Crew am 17.8.2012 darüber informiert wurde, dass sowohl Airline als auch Operator „OS“ ist).

Bei bestimmten Destinationen, zum Beispiel Astana, bestehen ausländische Behörden auf der Beibehaltung der beklagten Partei als Operator (Zeuge Lazar, ON 32, Seite 31).

Der Flugbetrieb der beklagten Partei bezogen auf die Flugstunden und der der Tyrolean stand vor dem 1.7.2012 im Verhältnis 60 : 30 (Zeuge Lazar, ON 32,

Seite 28).

Vor dem 1.7.2012 waren etwa 444 Piloten bei der Tyrolean beschäftigt; ab dem 1.7.2012 kamen zum Personalstand der Tyrolean etwa 487 Piloten, die zuvor bei der beklagten Partei beschäftigt waren, hinzu (Zeuge Lazar, ON 32, Seite 27 mit Ergänzungen des Zweitklägers).

**Zu den Unternehmensrichtlinien:**

Im Rahmen einer Informationsveranstaltung wurde den Mitarbeitern mitgeteilt, dass nunmehr ab 1.7.2012 die Unternehmensrichtlinien der Tyrolean gelten würden.

Die auf dem gekündigten Kollektivvertrag der Tyrolean basierenden Unternehmensrichtlinien, welche hinsichtlich des Langstreckenbetriebes inhaltlich ergänzt werden mussten (Zeuge Dr. Bachmann, ON 38, Seite 27), sahen Verschlechterungen im Zusammenhang mit der Arbeitszeit, dem Bereitschaftsdienst und der Ruhezeiten (Stichwort: Einsatzperioden) vor. Die Vergütung im Rahmen von Taggeldern und Diäten wurde ab dem zweiten Tag bei Kettenflügen halbiert (BR Plankh, ON 37, Seite 13f, auch Kollektivvertrag Beilage ./A bzw. Unternehmensrichtlinie Beilage./F; Aufstellung Beilage ./51 und Anmerkungen der Kläger iVm Beilage ./A und ./F).

Die Check-in Zeiten blieben für Langstrecken mit

1,5 Stunden gleich; lediglich bei der Kurzstrecke wurde diese von 1,15 auf 1,10 reduziert (BR Plankh, ON 37, Seite 17).

#### **3.3.2.1. Zur Personalverwaltung:**

Der Großteil der Berührungspunkte zwischen Mitarbeitern und der Personalverwaltung erfolgt auch nach dem Betriebsübergang auf elektronischen Weg (BR Plankh, ON 37, Seite 10).

Änderungen betreffend Urlaubs- und Krankenstandsmeldungen und dergleichen insbesondere im Zusammenhang mit den Unterlagen haben sich im Ablauf nicht verändert (Zeuge Lazar, ON 32, Seite 29, BRV Minhard, ON 37, Seite 19).

Auf die grundsätzlich auf der Website des Intranets der Tyrolean befindlichen Formulare wie zum Beispiel für Spesenabrechnungen, Urlaubs- bzw. Elternteilzeitansuchen können von übergegangenen Mitarbeitern nur erschwert zugegriffen werden (tw Außer-Streitstellung, ON 38, Seite 30; allerdings Zeugin Sandra Holzer, ON 39, Seite 12 unter Verwendung des Passwortes des BRV Minhard).

Bei der Urlaubsplanung der beklagten Partei war es dergestalt, dass der Urlaub zunächst ausgeschrieben wurde bzw. sogenannte Planer die Mitarbeiter befragen, wann sie Urlaub konsumieren wollen. Dieses System wurde

für das übergegangene Personal auch beibehalten; für die Stamm-Mitarbeiter der Tyrolean wird der Urlaub nach Anmeldung über das Kriterium der Seniorität vergeben (Zeuge Lazar, ON 32, Seite 30, BR Plankh, ON 37, Seite 11).

Tatsächlich wird die Personalverwaltung weiterhin von den entsprechenden Abteilungen der beklagten Partei, die nicht dem Flugbetrieb, sondern dem nicht übergegangenen Bodenbetrieb zugehörig sind, durchgeführt. Diese Leistungen wie zum Beispiel Lohnverrechnung und Personalverwaltung (Krankenstands- und Urlaubsverwaltung) für die übergegangenen Mitarbeiter des Flugbetriebes werden von der Tyrolean von der beklagten Partei nur zugekauft und erfolgt daher auch nicht im Wege einer Arbeitskräfteüberlassung. Aus diesem Grund sind diese Mitarbeiter auch weiterhin disziplinar der beklagten Partei, und nur fachlich den Weisungen Dris. Bachmann als Leiter der Abteilung Recht und Personal der Tyrolean unterstellt (Zeuge Dr. Bachmann, ON 38, Seite 27).

Die Lohnverrechnung erfolgt daher für die übergegangenen Mitarbeiter der beklagten Partei auch in der bisherigen Form (Zeugin Naskau, ON 31, Seite 37; Gehaltszettel Beilage ./8).

Lediglich das auf den Gehaltsabrechnungen

ersichtliche Logo wurde am 1.7.2012 auf das Tyrolean Logo verändert (Zeuge Dr. Bachmann, ON 38, Seite 27).

Die Letztentscheidungen bei personellen Fragen wie zum Beispiel betreffend Urlaubsgenehmigungen, Freistellungen und dergleichen werden von den jeweiligen Abteilungsleitern der Tyrolean Stecher, Holzer und Brand getroffen. Für den Fall, dass auch dadurch keine Lösung zustande kommt, wird die Problemstellung an die Abteilung Personal&Recht der Tyrolean herangetragen (Zeuge Dr. Bachmann, ON 38, Seite 27).

Im Rahmen der Flugbetriebsadministration werden Leistungen der beklagten Partei teilweise auch im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung an die Tyrolean zur Verfügung gestellt, sodass diese Abteilungen mit den Mitarbeitern der Tyrolean und den überlassenen Mitarbeitern der beklagten Partei arbeiten (Zeuge Dr. Bachmann, ON 38, Seite 27; Zeugin Holzer, ON 39, Seite 10f).

Maßgebliche Änderungen im Zusammenhang mit der „Crew Control“ waren für die Flugbegleiter nicht feststellbar; die entsprechenden Emails werden nach dem 30.6.2012 nicht mehr von Rumplitsch, sondern vielmehr von Bachmann versendet (Zeugin Naskau, ON 31, Seite 36).

Auch nach dem Betriebsübergang verblieben die

Mitarbeiter - Piloten und Flugbegleiter - mit Ausnahme von zwei Personen, innerhalb ihrer bisherigen Flotten tätig. Grund hierfür war zum Einen, dass die Besatzung jeweils nur auf bestimmte Flugzeugtypen eingeschult ist und daher ohne entsprechende Umschulung (Typerating) auch gar nicht auf einem anderen Flugzeugtyp eingesetzt werden dürfen.

Zum Anderen wurde auch nach dem Betriebsübergang die bisherige Crew Control Software verwendet; d.h. bei den Mittel- und Langstrecken, die der beklagten Partei, bei den Kurzstrecken, jene der Tyrolean. Aufgrund des Umstandes, dass die beiden Systeme nicht kompatibel sind - auch hinsichtlich der Berechnung der Dienstzeiten bzw. Einhaltung der Ruhezeiten der Mitarbeiter, verblieb auch nach dem Betriebsübergang die Trennung der Belegschaft auf die ihnen bisher zugeteilten Flotten (Lang-, Mittel- oder Kurzstrecke) aufrecht.

Eine Kabinendurchlässigkeit konnte daher nicht erreicht werden.

Hinsichtlich der weiteren Personalverwaltung erfolgten daher weder wesentliche personelle noch räumliche Änderungen. Einzige Ausnahme stellt die neue Leiterin dieser Abteilung, Astrid Stecher, dar, die aber gerüchteweise nur für die zuvor eingesetzte Frau Renner, welche wiederum nur für die Dauer der

Gerichtsverfahren in der Funktion einer Betriebsübergangsbegleiterin „zwischengeparkt“ werde. Nach Ende der Rechtsstreitigkeiten soll nach Meinung des Betriebsrates, Renner wieder ihre bisherige Position einnehmen (Zeugin Naskau, ON 31, Seite 37).

Das bedeutet, dass für die übergegangenen Mitarbeiter des Flugbetriebes der beklagten Partei auch weiterhin die im Wege der Arbeitskräfteüberlassung tätigen Mitarbeiter der beklagten Partei zuständig sind (Zeugin Holzer, ON 39, Seite 10).

Auch die Personalakten werden weiterhin bei den jeweiligen Flottenbüros - zB Flotte Fokker - aufbewahrt (BR Plankh, ON 37, Seite 10).

Die Kosten der oben beschriebenen zugekauften Leistungen betragen monatlich EUR 50.000,--, die der Arbeitskräfteüberlassung im Umfang von 120 Vollzeitäquivalenten etwa EUR 1 Mio monatlich.

Für die nunmehr erweitert angemieteten Büroräumlichkeiten im Office Park bezahlt die Tyrolean an die beklagte Partei anstelle von EUR 80.000,-- monatlich nunmehr EUR 300.000,-- monatlich (Zeuge Greil, ON 40, Seite 5).

Am Check Point selbst ist es nach wie vor üblich, dass Piloten und Flugbegleiter der Tyrolean mit dem Tyrolean Bus, die (ehemaligen) Mitarbeiter der beklagten Partei mit dem Bus der beklagten Partei zum

Flugzeug gefahren werden (Zeugin Naskau, ON 341, Seite 37).

**3.4. Zu Änderungen der Organisation des Flugbetriebes aufgrund des Betriebsüberganges:**

Etwa einen Monat vor dem Betriebsübergang wurde der Cabin Bereich aus dem Vertriebsbereich organisatorisch ausgegliedert und unmittelbar dem Vorstandsvorsitzenden der beklagten Partei unterstellt. Grund hierfür war es, Änderungen im Zuge des Betriebsüberganges vorzubereiten bzw. zu erleichtern (Zeuge Mara, ON 32, Seite 20).

Der Flugbetrieb der beklagten Partei war im Wesentlichen in zwei Bereichen - Flugbetrieb und Kabine - organisiert (Organigramm Beilage ./1, Seite 1)

Leiter des Flugbetriebes der beklagten Partei war G. Pitsch; dem die OF-Flight Operations unterstellt war.

Der Organisation des Flugbetriebes der Tyrolean stand der Geschäftsführer vor, dem bis zum 30.6.2012 3 Stabsstellen (Quality Management, Personal & Recht und Finanzen & Controlling) und ab dem 1.7. 2012 noch ergänzt durch die Stabsstelle „Safety“ untergeordnet waren (auch Zeuge Gaudenz Ambühl, ON 40, Seite 2).

Unmittelbar der Geschäftsführung der Tyrolean unterstellt waren die Organisationsbereiche

„Flugbetrieb“, „Kabine“, „Operation Administration“ und „Operations Support“ (Organigramm, Beilage ./1, Seite 2).

Im Bereich Flugbetrieb sind dem Gesamtleiter Brand im Wesentlichen die Regionalflotte und damit die ehemalige Flotte der Tyrolean (Leiter Lazar), sowie die Mittelstreckenflotte (Leiter Pitsch) und die Langstreckenflotte (Leiter Haubenwaller) - die in Summe die ehemalige Flotte der beklagten Partei bilden - unterstellt.

Für den Gesamtflugbetriebsleiter war es bereits im Rahmen der Ausschreibung nach den Kriterien der Austro Control nicht zwingend erforderlich über Langstreckenerfahrung zu verfügen (Zeuge Lazar, ON 31, Seite 31).

Mit 1.7.2012 übernahm Rolf Brand die Funktion des Gesamtflugleiters der Tyrolean. Als sogenannter Postholder ist dieser ad personam für die Einhaltung der behördlichen Auflagen bzw. Sicherheitsbestimmungen verantwortlich (Zeuge Brand, ON 40, Seite 8).

Die nicht flottenspezifische Ausbildung bzw. die Festsetzung von Ausbildungsstandards wird bei der Tyrolean in einer eigenen Trainingsabteilung erarbeitet. Die flottenspezifische Ausbildung - auch die Cheffluglehrer - sind aber den jeweiligen Flugabteilungen der jeweiligen Flotten organisatorisch

zugeordnet (Zeuge Watzak-Helmer, ON 39, Seite 14f, Beilage ./2).

Flugbetriebliche Entscheidungen, zB. ob ein Flug aufgrund von Wetterkapriolen (zB. Wirbelsturm Sandy im Jahr 2012) oder aus technischen Gründen nicht durchgeführt werden kann, werden von der Tyrolean, Änderungen im Zusammenhang mit passagier- bzw. netzwerkbedingten Verschiebungen werden von der beklagten Partei als „Auftraggeber“ getroffen (Zeuge Gaudenz Ambühl, ON 40, Seite 2).

Die Mitarbeiter des Flugbetriebes Cockpit der beklagten Partei wurden nach dem Betriebsübergang in die neugegründeten Abteilungen für die Mittel- und Langstreckenflotten aufgenommen.

Das Cockpitpersonal der Tyrolean verblieb entsprechend seiner bisherigen Tätigkeit in der Abteilung der Regionalflotte (vgl Organigramm Beilage ./2 „Fleet Regional“, „Fleet Mid Range“ und „Fleet Long Range“).

Diesen Abteilungen wurde, wie bereits ausgeführt, eine gemeinsame Flugleitung („PH Flight Operations“ unter der Leitung des Rolf Brand vorgesetzt (Beilage ./2).

Die vor dem Betriebsübergang bestehenden Abteilungen des Kabinenpersonals der beklagten Partei und des Kabinenpersonals der Tyrolean wurden

verschmolzen (Zeuge Dr. Bachmann, ON 38, Seite 26, Beilage ./2 „Cabin Operations“).

Durch die der Abteilung Cabin Operation untergeordnete Abteilung „Cabin Crew“ unter der Leitung von Astrid Stecher wird nunmehr das gesamte Kabinenpersonal betreut (Zeuge Dr. Bachmann, ON 38, Seite 26).

Die Abteilungen „Ground Operations“ und „AM Technik“ bei der Tyrolean haben sich aufgrund des Betriebsüberganges nicht verändert (Zeuge Dr. Bachmann, ON 38, Seite 27).

In der Abteilung Operation Control, dieser wiederum unterstellt der Abteilung Operation Support (Leiter Lazar) werden die Entscheidungen über Streichungen von Flügen letztlich die gesamte Flotte betreffend gefällt (Zeuge Lazar, ON 31, Seite 29).

In der Abteilung „Flight Dispatch“ sind sowohl Mitarbeiter der Tyrolean als auch jene der beklagten Partei, wenngleich räumlich getrennt, tätig. Diese Abteilung war auch im Organigramm der beklagten Partei der Abteilung „Flight Support“ unterstellt (Zeuge Lazar, ON 32, Seite 29, Beilage ./1).

Im Bereich Kurz- und Mittelstrecke werden in der Regel die Flüge nicht von der Dispatch Abteilung abschließend vorbereitet. Bei diesen Flügen erhält die Crew lediglich die Rohdaten, die auf ihre Plausibilität

hin überprüft werden, die konkrete Planung erfolgt durch die Crew selbst.

Nur für Langstreckenflüge, sowie für Flüge, die entweder von der Wetterlage her oder zum Beispiel vom Zielflughafen schwierig sind, bzw. bei Flügen, bei denen aufgrund der Flugpläne der Crew nicht ausreichend Zeit zur Planung verbleibt, wird die abschließende Planung durch die Dispatch Abteilung durchgeführt.

Eine personelle Änderung in der Dispatch Abteilung sowohl in Bezug auf die zuvor von der beklagten Partei, aber auch der Tyrolean durchgeführten Flüge, fand zudem auch nach dem Betriebsübergang nicht statt (BR Plankh, ON 37, Seite 8).

Eine Änderung auf der Oberfläche des Pilotenlaptops was die Übermittlung der Daten betrifft, erfolgte nicht (BR Plankh, ON 37, Seite 18).

Sämtliche Informationen erhalten die Piloten auf ihre Pilotenlaptops überspielt, wobei die übergegangenen Piloten weiterhin die Software der beklagten Partei, die Piloten der Tyrolean weiterhin die Software dieses Unternehmens verwenden (BR Plankh, ON 37, Seite 15).

Diese Dispatchinformationen werden weiterhin ohne Hinweis auf Tyrolean, sondern nur mit „Austrian“ an die Laptops der Piloten übermittelt (BRV Minhard, ON 37, Seite 20).

Beim Streckenkartensystem bzw. bei den Kartenmaterialien steht weiterhin bei den Flügen der Tyrolean das Programm Jeperson, bei den (ehemaligen) Flügen das Programm Lidopatch in Verwendung (BRV Minhard, ON 37, Seite 20).

Ungeachtet des Umstandes, dass die Struktur der Tyrolean dergestalt ist, dass Entscheidungen, die die Flugsicherheit berühren, nicht mehr - wie dies bei der beklagten Partei der Fall war - ausschließlich vom Gesamtflugbetriebsleiter getroffen werden, verbleibt diesem eine Art Vetorecht, zumal er ad personam - wie bereits ausgeführt - behördlich haftbar gemacht werden kann (Zeuge Brand, ON 40, Seite 9).

Die Flugleitzentrale wird von überlassenen Mitarbeitern der beklagten Partei unter der organisatorischen Leitung von H. Lazar betreut (Zeuge Brand, ON 40, Seite 11).

Der Ablauf hinsichtlich der technischen Betreuung des Flugbetriebes (Wartung und dergleichen) erfuhr im Rahmen des Betriebsüberganges keine Änderung. Diese wird u.a. weiterhin durch die beklagte Partei (Betrieb Boden) durchgeführt (BR Plankh, ON 37, Seite 7).

Die Betankung der Flugzeuge wurde vor und nach dem 30.6.2012 weiterhin durch die beklagte Partei durchgeführt, da dieser Bereich dem Bodenbetrieb der beklagten Partei zugeordnet war. Der Einkauf des

Treibstoffs erfolgt seit 2009 im Konzern zentralisiert durch die Lufthansa (Zeuge Lazar, ON 32, Seite 26; Zeuge Greil, ON 40, Seite 8; Zeuge Herbert Liess, ON 40, Seite 12).

Die Rechnungslegung erfolgt aber weiterhin an die beklagte Partei, da die Flugnummer („OS“) als entscheidendes Kriterium für die konzerninterne Zuordnung gilt (Zeuge Herbert Liess, ON 40, Seite 13; Konvolut Beilage ./Q).

Da die Tyrolean vor dem Betriebsübergang ausschließlich eine Regionalfluglinie darstellte, die auch gar nicht in der Lage war Langstrecken zu fliegen, mussten aufgrund der Erweiterung/Änderung des Flugspektrums auf Mittel- und Langstrecke, auch die Flugbetriebshandbücher der Tyrolean daher um die einschlägigen Bestimmungen für Mittel- und Langstreckenflugverkehr (z.B. hinsichtlich der Organisation, der Dienst- und Ruhezeitabbildungen und dergleichen) erweitert werden.

Die gänzliche Neufassung des Flugbetriebshandbuches hätte allerdings zu viel Zeit in Anspruch genommen, sodass lediglich der für sämtliche Bereiche gleichbleibende Allgemeine Teil mit dem Annex 1 (Mittel- und Langstrecke der beklagten Partei) und den bereits bestehenden Annex 2 (Kurzstrecke der Tyrolean) erweitert wurde.

Beispielsweise wurde die neue Organisation der Tyrolean dargestellt, sohin auch das Kapitel „Qualitätswesen“ umgeschrieben (Zeuge Harald Lazar, ON 32, Seite 23, siehe auch BR Plankh, ON 37, Seite 6).

Seitens der Behörde wurde eine Übergangsfrist bis (etwa) März 2013 gesetzt, in der der Annex 1 in die Betriebshandbücher eingearbeitet werden muss (Zeuge Watzak-Helmer, ON 39, Seite 14).

Die EU-OPS legen grundsätzlich fest, in welchem Umfang ein Operators Conversion Course stattzufinden hat. Neben dem bloßen Typerting beinhalten diese Operators Conversion Course auch das Training an Modemausstattungen der jeweiligen Flugzeuge.

Obwohl ein solcher Operators Conversion Course zeitlich vor dem Betriebsübergang nicht mehr durchführbar war, sprach sich die Luftverkehrsbehörde dennoch nicht gegen den Betriebsübergang aus, soweit gewährleistet sei, dass die Piloten weiterhin auf ihren bisherigen Flugzeugtypen eingesetzt werden würden. Ohne Änderung der Einsetzbarkeit der Piloten, bestehe daher auch keine Reduzierung der Sicherheit. Innerhalb der behördlich festgelegten Übergangsfrist von 1,5 Monaten mussten die ehemaligen Piloten des Flugbetriebes der beklagten Partei zumindest die EDV-unterstützten und bescheidmäßig verpflichtenden Trainings nachholen (Zeuge Lazar, ON 32, Seite 24).

Den Mitarbeitern wurde, um diese Auflagen zu erfüllen seitens der Tyrolean im Rahmen der bezahlten Arbeitszeit auch tatsächlich Zeiten für das Selbststudium unter Verwendung der EDV unterstützten Schulung zur Verfügung gestellt (Zeuge Watzak-Helmer, ON 39, Seite 14).

Wenngleich die Luftfahrtbehörde bei internen Wechsel des Flugzeugtyps einen sogenannten Integration Course verpflichtend vorsieht, war diese Vorgabe im Rahmen des Betriebsüberganges ohne praktische Auswirkung, da die Piloten ohnehin an ihr Typering und damit an ihren Flugzeugtyp gebunden waren.

Für die Verwendung eines anderen Flugzeugtyps ist - ungeachtet eines Betriebsüberganges - ohnehin ein entsprechendes Typering durchzuführen, das im Wesentlichen die Inhalte eines Integration Course abdecken würde (Zeuge Lazar, ON 32, Seite 24).

Das CAN Training, welches von den EU-OPS gefordert wird, durfte nach Rücksprache mit der Behörde unterbleiben. Grundsätzlich ist dieses Training für externe Mitarbeiter vorgesehen; mangels „Durchlässigkeit“ der Piloten bestanden aber diesbezüglich seitens der Behörde keine Sicherheitsrisiken.

Inwieweit Umschulungen für das Kabinenpersonal im Rahmen eines CBT (Computer Base Training) erfolgte,

kann nicht festgestellt werden.

Vor dem Betriebsübergang verfügten die Tyrolean und die beklagte Partei jeweils über ein eigenes Flugplanprogramm. Da das Programm der Tyrolean nur für den Kurzstreckenbereich verwendbar war, ein Ausbau des Moduls auf Langstrecke auch unsicher wäre, beschloss man, das kapazitätsstärkere bisher bei der beklagten eingesetzte Flugplansystem nunmehr für den gesamten Flugbetrieb bei der Tyrolean nach dem Betriebsübergang zu verwenden (Zeuge Lazar, ON 32, Seite 26).

Durch einen Bescheid wurde dem Operator Tyrolean gestattet, das EFB (Electronic Flight Bag) der beklagten Partei nunmehr auch selbst zu verwenden (Zeuge Lazar, ON 32, Seite 26).

Mit Ausnahme der Einsparungen im Personalbereich aufgrund der Anwendung der Unternehmensrichtlinien anstelle der Kollektivverträge für das Bordpersonal der beklagten Partei konnten keine wesentlichen Synergieeffekte, zum Beispiel in organisatorischer Hinsicht, festgestellt werden. Das ausschließliche Motiv der beklagten Partei für den Betriebsübergang war die Anwendung der Unternehmensrichtlinien für die Dienstverhältnisse des Bordpersonals - in den Grenzen des AVRAG - und der damit einhergehenden wesentlichen Reduktion von Entgeltansprüchen der Bordbelegschaft.

**Beweiswürdigung:**

Die getroffenen Feststellungen stützen sich auf die in Klammer zitierten Beweismittel und auf nachstehende beweiswürdigenden Überlegungen:

Die Feststellungen zur prekären wirtschaftlichen Situation der beklagten Partei im Jahr 2011 konnten den Aussagen des Zeugen Mag. Piller entnommen werden, der glaubwürdig und nachvollziehbar die Entwicklungen der Erarbeitung eines Sanierungskonzeptes darstellen konnte. Die diesbezüglichen Ausführungen des Zeugen Mag. Piller wurden zudem von Dr. Malanik und dem BR Plankh bestätigt. Die Notwendigkeit von umgehenden einschneidenden Maßnahmen konnten auch der Aussage des Vorstandsvorsitzenden Jaan Albrecht entnommen werden, der nachvollziehbar auf die Schwierigkeiten der Erstellung einer positiven Fortführungsprognose durch den Wirtschaftsprüfer verwies. Dass die beklagte Partei auch zuvor in finanziellen Schwierigkeiten geraten war, konnte der Genese der Kollektivvertragsverhandlungen seit dem Jahr 2002 entnommen werden. Widersprechende Beweisergebnisse lagen zudem in diesem Punkt im Wesentlichen nicht vor.

Die Feststellungen zu den einzelnen Punkten des Sanierungskonzeptes konnten den glaubwürdigen Angaben des Zeugen Lachinger entnommen werden, der

nachvollziehbar die Kostenreduktionen außerhalb des Personalbereichs - Stichwort: Flughafen Wien, Lieferanten und Flottenreduzierung - darlegen konnte.

Der Senat folgte den Ausführungen des Zeugen Mag. Mara, der wie die Zeugen Malanik, Piller und Lachinger hinsichtlich der Einsparungen im Personalsektor überzeugend darlegen konnte, dass tatsächlich die einvernehmliche Lösung am Verhandlungsweg Priorität für die beklagte Partei hatte.

Zu dieser Überzeugung gelangte das Gericht nicht ausschließlich aufgrund der von der Größenordnung her etwa gleich großen Einsparungsmöglichkeiten der Varianten „einvernehmliche Lösung“ bzw. „Betriebsübergang“. Wesentlich war hiefür, dass es für den Senat nachvollziehbar war, dass es nicht zuletzt wegen der Rechtsfragen im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang und dem damit verbundenen organisatorischen Aufwand bei dieser Größenordnung für die beklagte Partei die Variante der einvernehmlichen Lösung mit dem Betriebsrat im Verhandlungsweg vorrangiges Ziel war.

Dass die Erstklägerin nicht ohne Widerstand wesentliche Einsparungen für ihre Belegschaft hinnehmen würde - auf die Verhandlungen seit 2002 wird hingewiesen -, ist gerichtsbekannt. Diese Problematik war auch dem Wirtschaftsprüfer bewusst, weshalb er

neben dem angestrebten Verhandlungsziel mit der Erstklägerin jedenfalls auch eine - aus seiner Sicht realistischere - eher umsetzbare - Betriebsübergangslösung für eine positive Fortführungsprognose festgelegt haben wollte.

Beweiswürdige Überlegungen zu den einzelnen Verhandlungspunkten wie zB. Umstellung auf eine beitragsorientierte Betriebspension etc. brauchen an dieser Stelle nicht angestrengt werden, da die jeweiligen Verhandlungspositionen der Streitparteien im Wesentlichen unstrittig waren.

Die weiteren Feststellungen zur Aufsichtsratssitzung bzw. zu den gescheiterten Verhandlungsversuchen stammen aus übereinstimmenden Beweisergebnissen der Streitparteien.

Für den Senat war es auch nachvollziehbar, dass die beklagte Partei trotz (versuchter) Übergabe des „KV modern“ am 9.1.2012 und der - trotz Zeitdrucks aufgrund der finanziellen Situation - am 14.2.2012 erstmaligen Verhandlungsaufnahme mit der Gewerkschaft an der raschen Umsetzung im Verhandlungsweg zu zweifeln begonnen hatte. Da die Sitzung am 14.2.2012 nur 8(!) Minuten gedauert hatte, war es nicht überraschend, dass die beklagte Partei ihr ernsthaftes Bemühen unterstreichen wollte und deshalb auch die Kollektivverträge der beklagten Partei zum 30.6.2012

kündigte. Der Ablauf der weiteren Verhandlungsschritte zeigt auch auf, dass diese Maßnahme die Verhandlungsbereitschaft auf Arbeitnehmerseite deutlich erhöhte.

Die Feststellungen zum Ablauf der Sitzung in „Parndorf“ am 14.4.2012 waren der unbedenklichen Urkunde Beilage ./34 zu entnehmen. Dass das Einsparungsziel der beklagten Partei bereits im Rahmen der Aufsichtsratssitzung im Jänner 2012 klar kommuniziert wurde war den Aussagen des Zeugen Malanik und des Vorstandsvorsitzenden Jaan Albrecht zu entnehmen. Die Beweglichkeit der beklagten Partei innerhalb dieses finanziellen Rahmens wurde letztlich auch von Mitgliedern des Betriebsratsgremiums eingestanden.

Den Ausführungen des Zeugen Lachingers folgend war es auch nachvollziehbar, dass aufgrund der neu eingeräumten Möglichkeit durch den Vorschlag des Betriebsrates eine ad hoc Ist-Lohn-Reduktion umzusetzen, die Finanzierung einer Abschlagszahlung u.a. für die Umstellung der Betriebspension in ein beitragsorientiertes System und der Änderungen in den flight duty Regulations, nunmehr möglich wurde.

Der Senat folgt den Ausführungen des Jaan Albrecht, wenn er nachvollziehbar darauf verweist, dass nach Darstellung der Verhandlungspositionen der

Streitteile über die Höhe der Abschlagszahlung letztlich der Betriebsratsvorsitzende dem Berechnungsmodellvorschlag der beklagten Partei seine Zustimmung erteilte. Wäre es in der Urkunde ./34, Seite 2 unten nur um die zahlenmäßige Darstellung - ohne Einigung - gegangen, wäre die Variante der Erstklägerin (wie oben) wohl auch dargestellt worden.

Wenn der Zweitkläger darauf verweist, dass er die Verhandlungen vom 14.4.2012 nicht als Einigung in den Eckpunkten, insbesondere bei der Formel für die Errechnung der Abschlagszahlung, verstanden hätte, verwundert dies. Zum Einen wurde die Beilage ./34 von beiden Verhandlungsführern unterschrieben, obwohl der auf der 2. Seite ersichtliche Pfeil von beiden Verhandlungspositionen auf das - eine - Berechnungsbeispiel hinweist. Zum anderen ist auch die Aussage des Vorstandsvorsitzenden nachvollziehbar, dass er davon ausging, dass der Zweitkläger nicht nur die Verhandlungen in seiner Funktion als Betriebsratsvorsitzender (und mit Ermächtigung des Gremiums) führte, sondern auch seine Unterschrift - nach Einigung - in dieser Funktion (und im Rahmen eines Pouvoirs des Gremiums) - und nicht als „Privat“-Person leistete.

Die wesentliche Einschränkung erblickte der Vorstandsvorsitzende letztlich - auch für den Senat

nachvollziehbar - in der Zustimmung der Belegschaft im Rahmen der Garantieerklärung. Diese Einschätzung findet auch in den weiteren von Jaan Albercht gesetzten Schritten Ausdruck, wonach er unverzüglich in die Konzernzentrale nach Frankfurt geflogen war um die Finanzierung der Vereinbarung vom 14.4.2012 auch gewährleisten zu können.

Dass der Zweitkläger sein Handeln im nachhinein anders bewertet haben möchte, deckt sich letztlich auch mit der Einschätzung des Wirtschaftsprüfers vom Betriebsrat bei seinen Überlegungen im Zusammenhang mit der Fortführungsprognose und braucht an dieser Stelle auch nicht weiter erörtert werden.

Ungeachtet des vereinbarungswidrigen Verhaltens des Zweitklägers zeigt sich das Bestreben der beklagten Partei auf die Variante B auszuweichen darin, dass dennoch weitere Verhandlungen mit dem Betriebsrat geführt wurden, die zum Verhandlungsergebnis vom 23.4.2012 geführt haben.

Dass auch dieses Verhandlungsergebnis - auch im Hinblick auf das gemeinsame Schreiben des Vorstandsvorsitzenden und des Betriebsratsvorsitzenden vom 24.4.2012 nicht - auch im Sinne der Belegschaft - zur Verhinderung des Betriebsüberganges geführt hat, zeigt auf, dass das Betriebsratsgremium offensichtlich trotz Klausur im Jänner und mehrmonatiger

Verhandlungen, sowie nach Vorliegen der Eckpunkte zum Parndorfergebnis nicht bereit oder fähig war, sich über eine einheitliche und im Gremium abgestimmte Verhandlungsposition betreffend alle Belegschaftsgruppen zu einigen. Mangels Einigung innerhalb des Gremiums waren sämtliche Verhandlungen mit der beklagten Partei von Beginn an zum Scheitern verurteilt.

Trotz der intensiven Arbeit einzelner Beteiligter wie zB. des BR Plankh drängte sich für den Senat der Eindruck auf, dass der Betriebsrat aufgrund der rechtlichen Problematik im Zusammenhang mit den Nachwirkungen der Kollektivverträge einen Betriebsübergang bewusst auf einen Zeitpunkt nach dem 30.6/1.7.2012 hinauszögern wollte.

Aus diesen Überlegungen heraus ist es auch nachvollziehbar, dass u.a. Gaudenz Ambühl auf eine verbindliche Einigung zwischen dem Betriebsratsgremium und der beklagten Partei spätestens bis zum 30.4.2012 bestanden hatte.

Unstrittig war der Umstand, dass einige Punkte wie die Besteuerung, Abänderung der Scope Clause und dergleichen noch im Detail zu regeln waren. Ob es bei den Verhandlungen zu Missverständnissen gekommen war, was den Verbleib im System der Abfertigung alt betrifft - hierfür spricht die Unkenntnis der diesbezüglichen

österreichischen Rechtsvorschriften des Vorstandsvorsitzenden und seines Teammitgliedes Gaudenz Ambühl, oder ob der Betriebsrat dieses Thema tatsächlich erst am 30.4.2012 relevierte - war dem abgeführten Beweisverfahren nicht zu entnehmen. Für die Annahme, dass der Betriebsrat dies erst zuletzt in der Deutlichkeit einforderte, spricht hingegen, dass die „Stundungsbeträge“ - siehe CURA Schreiben - auch mit 6% besteuert werden würden und nur der Differenzbetrag auf die weiteren Gehaltsentwicklungen (insbesondere bei den Mitarbeitern KV alt) spürbar schlagend darunter nicht fallen würde.

Das Gericht folgte Jaan Albrecht auch dahingehend, dass er dem Betriebsratsvorsitzenden auch noch am 30.4.2012 eine weitere Frist von einer Woche einräumen wollte, damit dieser selbst noch innerhalb des definierten finanziellen Rahmens für einen sozialen Ausgleich zwischen den verschiedenen Beschäftigungsgruppen hätte sorgen können. Dass er aufgrund der Antwort des Betriebsratsvorsitzenden die Aussichtslosigkeit von doch noch erfolgversprechenden Verhandlungen mit dem Betriebsrat erkannt haben musste und er daher noch am gleichen Abend im Rahmen einer Pressekonferenz den Betriebsübergang bekannt gab, verwundert nicht.

Die Feststellungen zum Gegenvorschlag des

Betriebsrates in der darauffolgenden Woche und die diesbezügliche Bewertung der beklagten Partei waren den Angaben des Vorstandsvorsitzenden und des Zeugen Lachinger zu entnehmen. Dass dieses ergänzende Angebot eine Mehrbelastung für die beklagte Partei gebracht hätte, war unstrittig. Lediglich die Verwendung/Aufrechnung mit einer Rückstellung wurde different gesehen, sodass sich die diesbezüglichen Feststellungen auch nur auf die Sichtweise der beklagten Partei und die Gegenargumentation der Erstklägerin reduzierte; eine Berechnung im Sinne einer Objektivierung der finanziellen Belastung erfolgte durch das Gericht nicht.

Die Feststellungen zu nicht erfolgversprechenden Einsparungsmaßnahmen beim kaufmännisch-technischen Personal konnten den Ausführungen der Zeugen Lachinger und Piller entnommen werden, die sich auch mit dem Inhalt des Kollektivertrages „Neuredaktion“ deckten.

Dass die Einsparungen beim Bordpersonal für die beklagte Partei im Vordergrund standen, konnte Mag. Piller aufgrund massiver Einsparungen im kaufmännisch-technischen Mitarbeiterbereich in der jüngeren Vergangenheit nachvollziehbar begründen.

Mag. Piller bekräftigte auch glaubwürdig, dass das Management ebenfalls Einsparungen 2008/2009 hinnehmen musste und sich die Bonuszahlungen nur auf besondere

Leistungen im Jahr 2010 bezogen haben. Mangels Einsichtmöglichkeit in die vertragliche Gestaltung der Managementebene der beklagten Partei konnten auch keine weiteren Feststellungen zu allfälligen Entgeltreduktionen in diesem Bereich getroffen werden.

Die Zeugen Mag. Reimann und Mag. Mara konnten die Erarbeitung des Betriebsübergangs bzw. dessen Umsetzung durch zwei Arbeitsgruppen schlüssig und nachvollziehbar dartun.

Die konkreten Schritte zum Inhaberwechsel am 30.6./1.7.2012 waren den unbedenklichen Urkunden, insbesondere dem Einbringungs- und Sacheinlagevertrag zu entnehmen.

Die Übernahme der Flugzeuge und des weiteren Sachvermögens ergab sich aus den Lichtbildern Beilage ./32 in Verbindung mit der Aussage des Zeugen Lazar. Der Eintritt der Tyrolean in die Versicherungs- bzw. Leasingverträge wurde zuletzt nicht mehr substantiiert bestritten und deckt sich auch mit den vorgelegten Verträgen.

Der Zeuge Lazar konnte glaubwürdig darlegen, welche Übereinkünfte mit der Luftfahrtbehörde, der Austro Control und dergleichen für die Fortführung des Flugbetriebes unter dem Operator Tyrolean getroffen werden konnten. Auch die diesbezüglichen Weisungen für die Belegschaft zB. im Zusammenhang mit Flügen, die im

Zeitpunkt des Betriebsüberganges in der Luft waren bzw für Bordansagen ab dem 1.7.2012 konnte zum Einem dem Zeugen Lazar und zum Anderen dem E-Mail vom 29.6.2012 entnommen werden.

Dem Zeugen Plankh war insofern zu folgen, dass in manchen Bereichen die Umstellung insbesondere „operated by Tyrolean“ nicht flächendeckend funktionierte. Auf die diesbezüglichen umfangreichen Lichtbilderkonvolute der Erstklägerin wird an dieser Stelle hingewiesen. Dies gilt ebenfalls für den Verbleib des Auftritts „Austrian“, die die beklagte Partei auch mit dem Hinweis auf die Marke zugestand.

Die Feststellungen zu den geringfügigen Änderungen im Bereich der Uniformen ergeben sich aus dem Lichtbilderkonvolut Beilage ./T, das sich auch mit den Ausführungen der Zeugen Naskau und Greil deckte.

Der Umstand, dass neue Dienstzettel ausgestellt wurden und die Belegschaft zur Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse umgemeldet wurden, ergibt sich aus den Beilagen ./7 bzw ./9).

Die Zeugin Holzer bestätigte das Vorbringen der Erstklägerin dahingehend, dass keine neuen Visaanträge für die Belegschaft gestellt wurden, sondern lediglich Neuanträge unter dem Namen der Tyrolean gestellt wurden.

Die Feststellungen, wonach die

Unternehmensrichtlinien im Vergleich zu den bisherigen kollektivvertraglichen Bedingungen für das Bordpersonal der beklagten Partei eine wesentliche Verschlechterung darstellen, ergibt sich aus nachstehenden Erwägungen:

Zum Einen war es gerade das Ziel der beklagten Partei Einsparungen im Bereich des Bordpersonals durchzuführen. Zum anderen bestätigte die Aufstellung im Schreiben der „CURA“ auch ohne Berücksichtigung des Normalentgeltes eine solche wesentliche Verschlechterung. Im Übrigen ist das Einsparungspotential nur dann umsetzbar, wenn eine finanzielle Belastung der Belegschaft des Bordbetriebes erfolgen konnte.

Wenn die von der Erstklägerin geführten Zeugen mehrfach darauf verwiesen, dass für sie eine wesentlich Änderung nach dem Betriebsübergang (ausgenommen in finanzieller Hinsicht) nicht spürbar wurde, deckt sich dies mit dem Beweisergebnissen. Im Rahmen der Personalverwaltung hat die Tyrolean entweder die Leistungen des kaufmännisch technischen Personals eingekauft oder bedient sich der Strukturen und des know how der beklagten Partei im Wege der Arbeitskräfteüberlassung. Auf die glaubwürdigen Aussagen der Zeugen Dr. Bachmann wird verwiesen.

Mangels „Kabinendurchlässigkeit“ aufgrund rechtlicher Auflagen (Typerating, Conversion Course)

blieben die Crews inklusive der Piloten der einzelnen Flotten (mit einigen Ausnahmen) naturgemäß auch unter sich.

Die beklagte Partei verweist darauf, dass sich die Organisation vom Bereich Bord der beklagten Partei zum Bereich Bord der Tyrolean wesentlich geändert hätte:

Tatsächlich wurden organisatorische Änderungen vorgenommen, die sich aber weniger aus der Struktur der Tyrolean vor dem Betriebsübergang zwingend ergeben hätte. Sie liegt vielmehr in der Zweckmäßigkeit begründet, dass durch den Umstand, dass nunmehr nicht nur eine (Regional)Flotte, sondern auch die Mittel- und Langstreckenflotte der beklagten Partei hinzugekommen waren, Aufgaben, die sämtliche Flotten betreffen, wie allgemeine Trainings und auch der entsprechenden Support für den Flugbetrieb (Stichwort: Dispatch) auch in Abteilungen situiert sind, die alle Flotten betreuen. Die flottenspezifischen Angelegenheiten verblieben jedoch den einzelnen Flottenabteilungen zugeordnet, was wiederum nachvollziehbar erscheint.

Einzelne Änderungen in der Struktur der Tyrolean wurden aber insoweit wieder aufgeweicht, als der Entscheidungsträger Lazar als (Regional)Flottenchef auch der Abteilung Operation Support leitet, die wiederum u.a. die Dispatch Abteilung bzw. die Operations Control vorsteht.

Die andere wesentliche Grenze, nämlich die der Letztentscheidung in Belangen der Flugsicherheit, hat - zumindest aus der gesetzlichen Vorgabe heraus - der Postholder und damit der Gesamtflugleiter Brand. Dass sich die weiteren - zwar nach dem Organigramm der Tyrolean gleichwertigen - Abteilungen dem Gebot der Flugsicherheit und damit den Entscheidungen des Postholders im Konfliktfall beugen würden, muss an dieser Stelle wohl als zwingend vorausgesetzt werden.

Das Beweisverfahren hat demnach zwar Änderungen in der Organisation der Tyrolean in Vergleich zur beklagten Partei ergeben, wobei die Reichweite auf faktischer Ebene sich jedoch aufgrund obiger Überlegungen geringer auswirkt, als es sich bei bloß oberflächlicher Betrachtung der Organigramme Beilage ./1 und ./ 2 ergeben würden.

## **R e c h t l i c h e   B e u r t e i l u n g :**

### **1. Betriebsübergang**

Die Kläger brachten zunächst vor, dass im vorliegenden Fall überhaupt kein Betriebsübergang des Flugbetriebs stattgefunden hätte.

Bei der Prüfung der Frage, ob überhaupt ein Betriebsübergang vorliegt ist es erforderlich, neben

der innerstaatlichen Regelung auch auf die europarechtlichen Vorgaben einzugehen, zumal das österreichische Recht im Einklang mit der Betriebsübergangsrichtlinie und der zu ihr ergangenen Rechtsprechung des EuGH auszulegen ist.

### **1.1. europarechtlicher Aspekt:**

Gemäß Artikel 1 Absatz 1 lit a der Richtlinie 2001/23 ist diese „Richtlinie [...] auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw. Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung anwendbar.“

Gemäß Absatz 1 lit b desselben Artikels „gilt als Übergang im Sinne dieser Richtlinie der Übergang einer ihrer Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“. Nach der vierten Begründungserwägung der Richtlinie 98/50 wurde diese genaue Umschreibung in Artikel 1 Absatz 1 lit b eingefügt, um den Begriff des Übergangs im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu klären.

Nach dieser Rechtsprechung soll die Richtlinie 2001/23 die Kontinuität der im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse unabhängig von einem Inhaberwechsel

gewährleisten. Entscheidend für einen Übergang im Sinne der Richtlinie ist daher, ob die fragliche Einheit ihre Identität bewahrt, was namentlich dann zu bejahen ist, wenn der Betrieb tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird (Nurten Güney-Görres u.a. gegen Securicor Aviation (Germany) Ltd und Kötter Aviation Security GmbH & CoKG, C-232/04 und C-233/04, Rz 29 bis 31).

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes soll die Richtlinie die Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer bei einem Wechsel des Inhabers des Unternehmens dadurch gewährleisten, dass sie ihnen die Möglichkeit gibt, ihr Beschäftigungsverhältnis mit dem neuen Arbeitgeber zu eben den Bedingungen fortzusetzen, die mit dem Veräußerer vereinbart waren. Die Bestimmungen der Richtlinie sind als zwingend in dem Sinn anzusehen, dass von ihnen nicht zum Nachteil der Arbeitnehmer abgewichen werden darf (vgl Hans Werhof gegen Freeway Traffic System GmbH & CoKG, C-400/05, Rz 25f).

Die Richtlinie 77/187, nunmehr 2001/23/EG, kann auch auf einen Übergang zwischen zwei Gesellschaften desselben Konzerns angewendet werden.

Der EuGH führt nämlich aus, dass anders als im Wettbewerbsrecht nämlich nichts rechtfertigt, dass ein einheitliches Verhalten der Muttergesellschaft und

ihrer Tochtergesellschaft auf dem Markt Vorrang erhält vor der förmlichen Trennung dieser Gesellschaften, die voneinander getrennte Rechtspersönlichkeiten darstellen.

Eine solche Lösung, die dazu führen würde, Übergänge zwischen Gesellschaften desselben Konzerns vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszuschließen, würde deren Ziel gerade entgegenlaufen; diese soll die Aufrechterhaltung der Rechte der Arbeitnehmer bei einem Wechsel des Unternehmensinhabers soweit wie möglich gewährleisten, indem sie den Arbeitnehmern die Möglichkeit einräumt, ihr Beschäftigungsverhältnis mit dem neuen Inhaber zu denselben Bedingungen fortzusetzen, wie sie mit dem Veräußerer vereinbart waren.

Die Richtlinie soll die Kontinuität der im Rahmen einer wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse unabhängig von einem Inhaberwechsel gewährleisten. Entscheidend für einen Übergang im Sinne der Richtlinie ist, ob die fragliche Einheit ihre Identität bewahrt, was dann zu bejahen ist, wenn der Betrieb tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird (vgl. G.C. Allen u.a. gegen Amalgamated Construction Co Ltd., C-234/98, Rz 23).

Bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen für den Übergang einer Einheit erfüllt sind, müssen sämtliche

den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeiten (Francisco Herandez Vidal SA gegen Prudencia Gomez Perez, Maria Gomez Perez y Contratas y Limpiezas SL, C-127/96 u.a., Rz 29).

Eine Einheit darf nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden. Ihre Identität ergibt sich auch aus anderen Merkmalen wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und gegebenenfalls den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln (Ayse Sützen gegen Zehnacker, C-13/95, Rz 15).

In der bereits zitierten Entscheidung, C-234/98, führt der EuGH weiters aus, dass bei der Bewertung der maßgeblichen Tatsachen u.a. die Art des betroffenen Unternehmens oder Betriebes zu berücksichtigen sind.

Den für das Vorliegen eines Überganges im Sinne der Richtlinie maßgeblichen Kriterien kommt

notwendigerweise je nach der ausgeübten Tätigkeit und selbst nach den Produktions- und Betriebsmethoden, die in dem betreffenden Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil angewendet werden, unterschiedliches Gewicht zu. Da eine wirtschaftliche Einheit insoweit in bestimmten Branchen ohne relevante materielle oder immaterielle Betriebsmittel tätig sein kann, kann die Wahrung der Identität einer solchen Einheit über ihren Übergang hinaus nicht von der Übertragung von Betriebsmitteln abhängen.

In bestimmten Branchen, in denen es im wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, stellt eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit verbunden sind, schon eine wirtschaftliche Einheit dar.

Die Identität der Einheit bleibt über ihren Übergang hinaus erhalten, wenn der neue Unternehmensinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch eine nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hat. Denn in diesem Fall erwirbt der neue Unternehmensinhaber eine organisierte Gesamtheit von Faktoren, die ihm die Fortsetzung der Tätigkeit oder bestimmter Tätigkeiten des übertragenden Unternehmens auf Dauer erlaubt.

Voraussetzung dafür, dass eine Übernahme unter die Richtlinie fällt, ist, dass eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit übernommen wurde, deren Tätigkeit nicht auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt bleibt. Eine solche Einheit muss nicht unbedingt bedeutsame materielle oder immaterielle Betriebsmittel umfasse. In bestimmten Wirtschaftszweigen liegen diese Betriebsmittel nämlich oft nur in einfachster Form vor, und es kommt dort - wie bereits ausgeführt - im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft an. Daher kann sogar eine organisierte Gesamtheit von Arbeitnehmern, denen eigens und auf Dauer eine gemeinsame Aufgabe zugewiesen ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen, ohne dass weitere Betriebsmittel vorhanden sind (Mohamed Joini u.a. gegen Princess Personal Service GmbH (PPS), C-458/05, Rz 31f).

### **1.2. Zur innerstaatlichen Regelung:**

Die innerstaatliche Regelung zum Betriebsübergang findet sich in §§ 3 ff AVRAG:

Geht ein Unternehmen, Betrieb oder Betriebsteil auf einen anderen Arbeitnehmer über (Betriebsübergang), so tritt dieser als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten in die im Zeitpunkt des Überganges bestehenden Arbeitsverhältnisse ein (§ 3 Absatz 1

AVRAG).

Ob der Betrieb mit oder ohne Gegenleistung, also durch Kauf, Tausch oder Schenkung, veräußert wird oder daran bloß ein dingliches oder schuldrechtliches Nutzungsrecht (in Gestalt eines Nießbrauchs, einer Miete, Pacht oder Leihe) begründet wird, ist nicht entscheidend. Es reicht aus, dass der für die Geschicke des Betriebes Verantwortliche („Inhaber“) wechselt (RS0110842).

Der Begriff des Betriebsüberganges lässt sich nicht auf rechtsgeschäftliche Verfügungen reduzieren. Unter „Übertragungsvorgängen“ sind alle Akte zu verstehen, durch die unternehmerische Dispositionsbefugnisse in Bezug auf ein Übertragungsobjekt von einem Verantwortlichen auf einen anderen übertragen werden. Das AVRAG versucht in Entsprechung von Artikel 1 der Betriebsübergangsrichtlinie, möglichst viele Übertragungsvorgänge zu erfassen und stellt daher auf ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht mehr ab (vgl 9 ObA 153/98k); es genügt der faktische Vorgang.

Dabei ist im Sinn eines beweglichen Systems eine Gesamtbewertung der einzelnen Umstände vorzunehmen, zumal der Betriebsübergang in einem sehr weiten Sinn zu verstehen ist. Derartige Umstände sind beispielsweise die Übernahme der materiellen und immateriellen

Betriebsmittel und des Großteils der Belegschaft, die allfällige Ähnlichkeit der vor und nach der Übernahme verrichteten Tätigkeit, der Übergang der Kundschaft und die Fortführung der wirtschaftlichen Einheit (8 ObA 41/10b).

Für die Erfüllung der geforderten Merkmale sind keine Veräußerung und kein Eigentumswechsel erforderlich, sondern es wird an den Übergang einer wirtschaftlichen Einheit angeknüpft.

Die „wirtschaftliche Einheit“ ist dabei nicht mit dem betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff ident, sondern orientiert sich an der organisatorischen Zusammenfassung von Betriebsmitteln zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit.

Die im AVRAG vorgesehene Eintrittsautomatik wirkt unabhängig vom Wollen der Beteiligten (8 ObS 126/00p).

### **1.3. Zum Vorliegen eines Betriebsübergangs im konkreten Fall**

#### **1.3.1. Allgemein**

Unstrittig handelt es sich beim übergegangenen Bordbetrieb der beklagten Partei um einen Betrieb (Betriebsteil) im Sinne des AVRAG, der eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit darstellt.

Wie sich des weiteren aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, wurde das Sachvermögen durch den

Einbringungs- und Sacheinlagevertrag sowie durch die tatsächliche Übernahme von der beklagten Partei an die Tyrolean übernommen. Mit dem gleichen Rechtsakt wurde die Arbeitgeberfunktion der beklagten Partei hinsichtlich des Flugpersonals ebenfalls von der Tyrolean übernommen.

Unter Berücksichtigung der von der Judikatur erarbeiteten maßgeblichen Kriterien betreffend die charakteristischen Betriebsmittel braucht an dieser Stelle keine Beurteilung erfolgen, ob nunmehr die Mitarbeiter und deren know how oder die Flugzeuge und das damit in Zusammenhang stehende Sachvermögen den Ausschlag geben, da sowohl die überwiegende Anzahl des Personals auch als die für einen Flugbetrieb typischen Sachmittel (Stichwort: Flugzeuge) an die Tyrolean übergeben wurden.

Daraus ergibt sich, dass die charakteristischen Betriebsmittel des Flugbetriebes der beklagten Partei an die Tyrolean übergeben wurde.

### **1.3.2 Zum Einwand des Vorliegens eines Scheingeschäfts**

Die Kläger wenden weiters ein, dass es sich beim Betriebsübergang lediglich um ein Scheingeschäft handeln würde, da sich für den einzelnen Mitarbeiter als auch für die Kunden des Flugbetriebes nichts

geändert hätte. Auch seien nur so geringfügige Veränderungen durchgeführt worden, dass nur der äußere Schein gewahrt worden sei, um die für die Belegschaft des Flugbetriebes abträglichen Rechtsfolgen zu erwirken. Es habe auch keine Übertragung der Sacheinlage und des Umlaufvermögens stattgefunden. Sämtliche Personalangelegenheiten würden weiterhin von der selben Personalabteilung erledigt werden. Auch aus der Sicht der österreichischen Luftfahrtbehörde liege keine Betriebsübergang vor.

Dazu ist folgendes festzuhalten:

Ein Scheingeschäft liegt vor, wenn sich der Erklärende und der Erklärungsempfänger darüber einig sind, dass das Erklärte nicht gelten soll, wenn also die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes hervorrufen, dagegen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundene Rechtswirkung nicht eintreten lassen wollen (RS0018149).

Beim Umgehungsgeschäft hingegen streben die Beteiligten - anders als beim Scheingeschäft, bei dem die Vertragsgestaltung bloß vorgetäuscht wird, - an, den Tatbestand einer bestimmten Norm zu vermeiden beziehungsweise den einer anderen Norm zu erfüllen, deren Anwendung jedoch nach dem gesetzlichen Wertungssystem als untragbarer Widerspruch zur

Sachgerechtigkeit oder Systemgerechtigkeit der Rechtsordnung erscheint. Das Umgehungsgeschäft verstößt zwar nicht "dem Buchstaben des Gesetzes nach" gegen ein gesetzliches Verbot, vereitelt indes im Ergebnis doch den Zweck, den das Gesetz mit diesem Verbot anstrebt (RS0113579).

Wie sich aus den Feststellungen entnehmen lässt, erfolgte der Betriebsübergang - sprich die Übergabe der Sach- und Personalmittel an die Tyrolean - nicht zum Schein. Tatsächlich war das Ziel der beklagten Partei und der Tyrolean innerhalb des Konzernverbandes die Verlagerung des Flugbetriebes der beklagten Partei auf die kostengünstigere Tyrolean zu erwirken.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass viele Leistungen im Zusammenhang mit der Personalverwaltung des Bordpersonals letztlich nur durch Zukauf von Leistungen bzw. im Wege der Arbeitskräfteüberlassung durch Mitarbeiter des kaufmännisch technischen Personal der beklagten Partei überhaupt erst möglich geworden war.

Der EuGH hat bereits einen Betriebsübergang zwischen zwei Tochtergesellschaften beurteilt und festgehalten wie folgt:

Dass die Gesellschaften sich dasselbe Management und dieselben Räumlichkeiten teilen und kein Übergang von Führungspersonal von der einen auf die andere

Gesellschaft erfolgt ist, kann insoweit nicht daran hindern, dass ein Übergang vorliegt, als der Vorgang der zwischen den beiden Tochtergesellschaften abgelaufen ist, sich tatsächlich auf eine wirtschaftliche Einheit im Sinne der Rechtsprechung des EuGH bezogen hat (vgl. G.C. Allen u.a. gegen Amalgamated Construction Co Ltd., C-234/98, Rz 34f).

Für den vorliegenden Fall ist aus dieser Entscheidung zu entnehmen, dass die weiterhin bestehende Verflechtung zwischen der beklagten Partei und der Tyrolean keinem Betriebsübergang entgegen steht. Gerade die häufigen Umstrukturierungen innerhalb eines Konzerns - regelmäßig zur Nutzung von Synergieeffekten bzw. zur einfacheren Durchführung der Verwaltung - stellen für sich keine Scheingeschäfte dar, da es gerade dem Willen der Entscheidungsträger entspricht, entsprechende gesellschaftsrechtliche Konstruktionen zum Vorteil des Gesamtkonzerns zu nutzen.

Dass seitens der Vertragspartner Bemühungen angestellt wurden, die Marke „Austrian“ weiterhin zu nutzen und diese nur mit dem - offenkundig untergeordneten - Beisatz „operated by Tyrolean“ versehen wurde, steht diesen Überlegungen nicht entgegen und ändert auch nichts am Willen der Vertragsteile den Betriebsübergang auch tatsächlich

durchzuführen. Inwieweit die Befürchtungen der Kläger letztlich schlagend werden würden, wonach nach Eintritt der Rechtsicherheit durch neuerliche konzerninterne Umstrukturierungen und Verlust der bisherigen kollektivvertraglichen Positionen der Belegschaft der Flugbetrieb wiederum zur beklagten Partei transferiert werden würde, konnte - zum gegenwärtigen Zeitpunkt - nicht festgestellt werden. Eine allfällige Prüfung eines Umgehungsgeschäftes bzw. der Sittenwidrigkeit in diesem Zusammenhang kann daher nicht Gegenstand dieses Verfahrens sein.

Ob aus der Sicht der Luftfahrtsbehörde ein Betriebsübergang vorlag, ist nicht von Relevanz.

Zusammenfassend kommt daher auch dem Einwand der Kläger, wonach es sich beim vorliegend zu beurteilenden Betriebsübergang um ein Scheingeschäft gehandelt hätte, keine Berechtigung zu.

### **1.3.3. Zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges**

Weiters wenden die Kläger ein, der Betriebsübergang hätte nicht am 30.6/1.7.2012 stattgefunden, da er erst Schritt für Schritt in den darauffolgenden Monaten und selbst bis zum Schluss der Verhandlung erster Instanz nicht gänzlich umgesetzt worden sei.

Es ist zutreffend, dass einige Maßnahmen, wie zB.

der durchgehende Beisatz des „operated by Tyroelan“ und dergleichen aus unterschiedlichen Gründen noch nicht zur Gänze umgesetzt worden.

Nach Auffassung des EuGH regelt der Zeitpunkt des Übergangs den Wechsel der Arbeitgeber der übertragenen Einheit. So ist als Zeitpunkt des Übergangs der Zeitpunkt angesehen, zu dem der Erwerber die sich aus den Arbeitsverträgen ergebenden Pflichten des Veräußerers übernimmt.

Der in Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie genannte Zeitpunkt ist als zwingend anzusehen. Unter Hinweis auf den zwingenden Charakter des den Arbeitnehmern durch diese Richtlinie gewährten Schutzes steht fest, dass „der Übergang der Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse [...] notwendigerweise zum Zeitpunkt des Übergangs des Unternehmens erfolgt und nicht nach Gutdünken des Veräußerers und des Erwerbers auf einen späteren Zeitpunkt verlegt werden kann. Dies schließt jedoch nicht aus, dass ein Übergang in mehreren Etappen erfolgen kann .

Was die fehlende zeitliche Übereinstimmung zwischen der Übernahme der Arbeitnehmer und sämtlichen damit in Zusammenhang stehenden Maßnahmen betrifft, ist daher festzuhalten, dass ein Unternehmensübergang - wie sich das im vorliegenden Fall besonders zeigt - ein rechtlich und tatsächlich komplexes Verfahren ist,

dessen Durchführung naturgemäß eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen kann.

Erfolgt der Übergang durch die Unterzeichnung eines Vertrages zwischen Veräußerer und Erwerber, lässt sich der Zeitpunkt seines Wirksamwerdens leicht feststellen. Es ist jedoch nicht zwingend erforderlich, dass der Übergang der Arbeitsverhältnisse mit einer Übertragung der Aktivwerte einhergehen muss. Der Begriff „Zeitpunkt des Übergangs“ verlangt demnach nicht, dass alle Bestandteile des Unternehmens oder des Betriebes zu einem einzigen Zeitpunkt gleichzeitig übergehen (vgl. Schlussanträge des Generalanwaltes zu C-478/04, Rz 31, 35, 39, 67 und 75).

Der Senat schließt sich den diesbezüglichen Ausführungen des Generalanwaltes an: Durch die Unterzeichnung des Einbringungs- und Sacheinlagenvertrages als Titel und die „Übernahme“ im Hangar in Verbindung mit dem Eintritt in die Versicherungs- und Finanzierungsverträgen bzw. der Mitteilung der Mitarbeiter inklusive der Ummeldung als Modus ist der rechtliche relevante Zeitpunkt des Betriebsüberganges mit 30.6.2012, 24 Uhr/1.7.2012, 0.00 Uhr festgelegt.

Zusammengefasst kommt der Senat daher zum Ergebnis, dass der Betriebsübergang des Flugbetriebes der beklagten Partei an die Tyrolean am 30.6.2012, 24

Uhr/1.7.2012, 0.00 Uhr stattgefunden hat.

**2. Zum Einwand der Sittenwidrigkeit des Betriebsüberganges:**

Die Kläger wenden ein, dass die Vorgehensweise der beklagten Partei einen (konzerninternen) Betriebsübergang durchzuführen, einzig zum Zweck die Ansprüche der Arbeitnehmer zu beschneiden, gegen die guten Sitten verstoßen würde. Wirtschaftliche Überlegungen bzw. eine allenfalls unausweichliche Insolvenz rechtfertige nicht eine einseitige Verschlechterung der Arbeitsbedingungen. Zu berücksichtigen sei auch, dass die beklagte Partei die Sanierung ausschließlich beim fliegenden Personal durchführe und die Auslagerung des Flugbetriebes sogar mit erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen verbunden gewesen sei. Dazu ist nachstehendes auszuführen:

**2.1. Allgemeines zur Sittenwidrigkeit:**

Von einer gegen die guten Sitten verstoßenden missbräuchlichen Rechtsausübung kann nur gesprochen werden, wenn demjenigen, der sein Recht ausübt, jedes andere Interesse abgesprochen werden muss als eben das Interesse, dem anderen Schaden zuzufügen. Besteht ein begründetes Interesse des Rechtsausübenden, einen seinem Recht entsprechenden Zustand herzustellen, wird die

Rechtsausübung nicht schon dadurch zu einer missbräuchlichen, dass der sein Recht Ausübende unter anderem auch die Absicht verfolgte, mit der Rechtsausübung dem Anderen Schaden zuzufügen (RIS-Justiz [RS0026271](#)). Als schikanös ist eine ausschließlich oder doch weit überwiegend zum Zweck der Schädigung eines anderen erfolgende Rechtsausübung zu verstehen (RIS-Justiz [RS0037903](#)).

Die Durchsetzung unabdingbarer gesetzlicher Ansprüche kann nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen einen Rechtsmissbrauch darstellen, wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen Teils ein ganz krasses Missverhältnis besteht (8 ObA 81/08g; 9 ObA 144/05z; 9 Ob 32/02z mwN).

Die bisher dazu ergangene Rechtsprechung lässt sich wie folgt zusammenfassen:

## **2.2. Rechtsprechung zur innerstaatliche Regelung:**

Nach ständiger Judikatur darf der Zweck des § 3 Abs 1 AVRAG - nämlich die Ansprüche der Arbeitnehmer im Rahmen eines Betriebsüberganges zu schützen - nicht umgangen werden.

Die zur rechtsmissbräuchlichen Umgehung im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang ergangene Judikatur setzt sich im Wesentlichen damit auseinander,

dass die Umgehungsgeschäfte zwischen dem bisherigen Betriebsinhaber und dem neuen Betriebsinhaber darauf abzielen, die Eintrittsautomatik des AVRAG und die damit verbundene Haftung des Betriebserwerbers für sämtliche Ansprüche des Arbeitnehmers zu unterlaufen (vgl. 8 Obs 13/04a mwN).

In der Entscheidung vom 22.10.2010 zu 9 ObA 121/09y hatte sich der Oberste Gerichtshof im Zusammenhang mit der Gründung einer weiteren Gesellschaft, unmittelbar bevor die vorangehende (offenkundig bewusst) in die Insolvenz getrieben wurde und die Belegschaft kostengünstig unter Hinweis auf § 3 Abs 2 AVRAG in ein „neues“ Arbeitsverhältnis geführt worden sind, auseinandergesetzt:

Er begründete seine Entscheidung, wonach er diese Vorgehensweise als Umgehungsversuch des § 3 Abs 1 AVRAG wertete, damit, dass der Gesetzeszweck weder durch zwei Unternehmen, die einen einheitlichen Betrieb führen, noch durch das Zusammenwirken mehrerer Unternehmen im Rahmen eines Konzerns umgangen werden dürfe.

In dem dort zu beurteilenden Fall qualifizierte der OGH die Vorgehensweise des Arbeitgebers als „geschicktes Konzernmanagement“, da unmittelbar vor Konkurseröffnung, die wirtschaftliche Substanz in die neugegründete Gesellschaft übertragen wurde, um diese vor den insolvenzrechtlichen Folgen zu „schützen“. Die

Arbeitnehmer wurden mit ihren Ansprüchen vom insolventen Arbeitgeber an den Insolvenzfonds verwiesen um im Anschluss darauf wieder „unbelastet“ von Altlasten ein neues Dienstverhältnis zur neuen Konzerngesellschaft zu begründen. Aus dem Umstand, dass die neue Gesellschaft nicht zufällig auf eine nunmehr durch die Insolvenz des ursprünglichen Arbeitgebers entstandene Marktlücke gestoßen sei, und unter Berücksichtigung, dass die wirtschaftliche Substanz in die neue Gesellschaft vor Insolvenzeröffnung übertragen worden sei, liefe die Anwendung des § 3 Abs 2 AVRAG auf eine Gesetzesumgehung hinaus.

Aus den Entscheidungsgründen zum Urteil vom 22.2.2011 zu 8 ObA 41/10b, mit dem der Oberste Gerichtshof das Bestehen eines allgemeinen Widerspruchsrechtes der Arbeitnehmer im Rahmen eines Betriebsüberganges abgelehnt hat, ist für den vorliegenden Fall nachstehendes zu entnehmen:

*„Zur sachlichen Rechtfertigung der Regelung des § 3 AVRAG ist unter verfassungsrechtlichen Aspekten bei einer Durchschnittsbetrachtung davon auszugehen, dass es für die Arbeitnehmer einen Vorteil darstellt, wenn sie Anspruch darauf haben, auch gegen den Willen des Arbeitgebers und eines „Erwerbers“ des Betriebes mit dem „Arbeitsplatz mitzugehen“. Kann doch der Arbeitgeber über die anderen Bereiche der*

organisatorischen Einheit (Maschinen, Aufträge, Schutzrechte etc., aber auch „Spitzenkräfte“) regelmäßig ohne Zustimmung der anderen Arbeitnehmer oder der Belegschaftsvertretung disponieren und damit dem Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz durch Verlagerung auf einen anderen Arbeitgeber („Erwerber“) entziehen [...].

Auch wenn Fälle wie der vorliegende den plakativen Vorwurf der Revision, dass es dem Arbeitgeber doch nicht freistehen könne, nach Belieben die Arbeitsverhältnisse zu verschieben, auf den ersten Blick nicht ganz unplausibel scheinen lasse, fügt sich bei einer umfassenden Betrachtung und Beachtung der dargestellten Überlegungen die Bestimmung doch in das Gesamtsystem ein. Zeigen doch schon die verschiedenen Formen der Gesamtrechtsnachfolge, bei denen schon im Ansatz ein „Widerspruchsrecht“ nicht in Betracht kommt, oder die Fälle des Eigentümerwechsels bei juristischen Personen, ebenso wie die bei einem Dauerschuldverhältnis immer mit einzukalkulierenden Veränderungen (Veränderungen der Betriebsstruktur, der Bonität etc.), dass allein dem formalen Aspekt der „Person“ des Vertragspartners auf Arbeitgeberseite meist keine besondere Bedeutung zukommt. [...]

Verstärkt wird dies durch den Ansatz der Richtlinie, das Arbeitsverhältnis stärker an den

*Betrieb als an die Person des Betriebsinhabers zu binden. [...] Jedenfalls seit dem Inkrafttreten der Bestimmungen des AVRAG müssen Arbeitnehmer schon bei Abschluss der Arbeitsverträge auch mit derartigen Übertragungen im Rahmen von Betriebsübergängen rechnen [...].*

*Darüber hinaus hat der Oberste Gerichtshof ja auch in anderen Konstellationen bereits ausgesprochen, dass in Einzelfällen Rechtsmissbrauch vorliegen kann".*

Zu 9 ObA 106/09p hat der OGH im Zusammenhang mit §3 Abs 2 AVRAG darauf verwiesen, dass dem Gesetzgeber nicht zugesonnen werden kann, mit der Bestimmung des §3 Abs 2 AVRAG die missbräuchliche Inanspruchnahme zu sanktionieren und damit Arbeitnehmeransprüche, die sonst bei einem Betriebsübergang bestanden hätten, abschneiden zu wollen.

Der Schutzzweck des § 4 Abs 2 Satz 1 AVRAG erfasst - wie der OGH zu 8 ObA 19/10t im Zusammenhang mit dem Kollektivvertragswechsel der BA-CA in analoger Anwendung der Gesetzesbestimmung ausgesprochen hat - lediglich das dem Arbeitnehmer vor Betriebsübergang für die regelmäßige Arbeitsleistung in der Normalarbeitszeit gebührende kollektivvertragliche Bruttoentgelt.

Indem der Gesetzgeber in dieser Gesetzesbestimmung ausdrücklich nur auf das „Entgelt“ abstellt, bringt er

klar zum Ausdruck, dass es ihm nicht um das Festhalten des nach dem alten Kollektivvertrag bestehenden Synallagmas zwischen Entgelt und Arbeitsleistung geht, sondern nur um das Festhalten eines Schutzes des Arbeitnehmers vor der Minderung des Entgelts für die in der „Normalarbeitszeit“ zu erbringende Arbeitsleistung.

Der bloße Wechsel der Mitgliedschaft zu einer konkurrierenden freien Berufsvereinigung ist nicht deshalb sittenwidrig, weil der neue Kollektivvertrag für den Arbeitgeber günstiger ist (vgl auch 9 ObA 128/04w).

Zusammengefasst zeigt die bisher ergangene österreichische Judikatur, soweit überblickbar, dass grundsätzlich Rechtsmissbrauch im Rahmen eines Betriebsüberganges dann anzunehmen ist, wenn durch Umgehungsgeschäfte die Eintrittsautomatik des AVRAG verhindert und die Ansprüche der Arbeitnehmer auf den Insolvenzfonds überwältzt werden sollen.

Ein allfälliger späterer Eigentümerwechsel ist vom Arbeitnehmer bereits bei Arbeitsvertragsunterzeichnung einzukalkulieren, wobei der Arbeitnehmer darauf vertrauen darf, dass die durch die Bestimmungen der §§ 3ff AVRAG gewährten Mindestrechte, aufrecht bleiben müssen.

### **2.3. europarechtlicher Aspekt:**

Der Begriff des Rechtsmissbrauchs findet sich auch in der Rechtsprechung des EuGH wieder:

Bereits in der Rechtssache Van Binsbergen, C-33/74, verwies der EuGH darauf, dass Rechtsmissbrauch dann vorliegen kann, wenn ein Prozessbevollmächtigter entgegen der nationalen Regelungen seinen Wohnsitz nicht (mehr) im Inland hat, nur um sich den innerstaatlichen Berufsregelungen zu entziehen.

Grundsätzlich - soweit aus Folgeentscheidungen des EuGH erkennbar (vgl zB. C-250/80, C-110/99) - erfolgt die Prüfung, ob die konkrete Ausübung eines Rechts missbräuchlich ist oder nicht, durch die teleologische Interpretation des Gesetzes.

In der Entscheidung C-367/96 sprach der EuGH aus, nationale Gerichte dürfen bei der Beurteilung der Ausübung eines sich aus einer Gemeinschaftsbestimmung ergebenden Rechts nicht die Tragweite dieser Bestimmung verändern oder die mit ihr verfolgten Ziele vereiteln.

Dies deckt sich auch im Wesentlichen mit der Rechtsansicht der Kommission zu C-110/99, Emsland-Stärke, wonach Rechtsmissbrauch dann vorliege, wenn die Geschäftstätigkeit nachgewiesenermaßen die Erlangung eines Vorteils zum Gegenstand hat, der den Zielsetzungen der einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften zuwiderläuft, dass künstlich die Voraussetzungen für die Erlangung dieses Vorteils

geschaffen werden.

Für das Vorliegen von Rechtsmissbrauch verlangt der EuGH zuletzt neben objektiven Umständen auch subjektive Elemente. Er sprach aus, dass die Feststellung eines Missbrauchs zum einen voraussetze, dass eine Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergebe, dass trotz formaler Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Bedingungen das Ziel der Regelung nicht erreicht worden sei.

Zum anderen setze sie ein subjektives Element voraus, nämlich die Absicht, sich einen gemeinschaftsrechtlichen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden würden (vgl. C-110/99, Emsland-Stärke; C-515/03, Eichsfelder Schlachtbetrieb).

In der von den Parteien mehrfach zitierten Entscheidung Ivana Scattolon gegen Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, C-108/10, setzte sich der EuGH u.a. mit den Lohn- und Gehaltsbedingungen in Folge eines Betriebsüberganges auseinander und betont hierbei, dass die Anwendung der Richtlinie lediglich verhindern soll, dass die übernommenen Arbeitnehmer allein wegen des Überganges schlechter gestellt sind als vor der Übernahme.

Die Richtlinie nimmt den Mitgliedsstaaten aber nicht die Möglichkeit, den Arbeitgebern zu gestatten

die Beschäftigungsverhältnisse im Sinne einer Verschlechterung zu ändern, insbesondere in Bezug auf den Kündigungsschutz und die Vergütung. Die Richtlinie verbietet lediglich, dass derartige Änderungen anlässlich und wegen eines Überganges vorgenommen werden.

Hervorzuheben ist aber die Besonderheit des zu beurteilenden Sachverhaltes, da nicht eine Prüfung bezugnehmend auf den Veräußererkollektivvertrag zum Erwerberkollektivverträge zu erfolgen hatte, sondern, die Gegenüberstellung eines nur für den Betriebsübergang geschaffenen „Übergangskollektivvertrages“ zum Veräußererkollektivvertrages.

In dieser Entscheidung betont der Gerichtshof allerdings, dass der Zweck der Richtlinie gerade darin liege, die Arbeitnehmer bei einer Übertragung ihres Unternehmens zu schützen (Rz 63 mwN, Rz 75 bis 77).

Die Kläger vertreten die Auffassung, dass sich bereits aus dieser Entscheidung ableiten lässt, dass ein Betriebsübergang nicht zum Ziel haben dürfe, den Arbeitnehmern in ungünstiger Kollektivvertragsarbeitsbedingungen zu zwingen und daher einen Rechtsmissbrauch darstelle.

### **2.3. Lehre:**

Die zur bereits zitierten Entscheidung des EuGH

(Scattolon) ergangenen Publikationen zeigen, dass dieses Urteil und die daraus geschlossenen Auswirkungen unterschiedlich in der Lehre interpretiert werden:

*Kietaibl* relativiert die Verallgemeinerungsfähigkeit der Ausführungen des EuGH über den Anlassfall hinaus, mit der Begründung, dass vorliegend ein nur eigens für den Betriebsübergang geschaffener Kollektivvertrag einem Günstigkeitsvergleich zum Erwerberkollektivvertrag standzuhalten habe.

Der EuGH habe die Trennung zwischen den kollektivvertraglichen Entgeltbestimmungen und der nur den einzelvertraglichen Bestimmungen unterliegenden Günstigkeitskontrolle nicht aufgehoben. Er habe lediglich ausgesprochen, dass für den Fall, dass das Entgelt der übergehenden Arbeitnehmer nicht einzelvertraglich festgelegt sei, sondern nur im Kollektivvertrag, dann dürfe ein spezieller (wegen des Ablöseprinzips nach dem Betriebsübergang anwendbarer) Überleitungskollektivvertrag für die übergehenden Arbeitnehmer keine schlechteren Entgeltbedingungen vorsehen und gelte daher ausnahmsweise das an sich nur für den Einzelvertrag maßgebliche Verschlechterungsverbot auch für den Überleitungskollektivvertrag.

Zudem geht *Kietaibl* weiters davon aus, dass sich

die im Urteil ersichtliche Wendung „*nicht zum Ziel ... haben*“ nur auf die Motive der Kollektivvertragsparteien zum Übergangskollektivvertrag, nicht aber auf die Motive des Arbeitgebers selbst beziehen könne.

Da sich daher auch im Anlassfall keine allgemeine Motivkontrolle des Arbeitgebers entnehmen habe lassen, sei aus den Entscheidungsgründen auch nicht ableitbar, dass der Betriebsübergang aus unionsrechtlicher Hinsicht rechtsmissbräuchlich wäre, wenn ihn der Arbeitgeber nur zum Zwecke der Herbeiführung der Kollektivvertragsablöse vornehmen würde (Prof. Dr. Christoph Kietaiabl, Verschlechterungsverbot bei Kollektivvertragswechsel im Zuge eines Betriebsüberganges?, wbl 2013, 191ff).

In der deutschen Lehre schließt sich *Willemsen* im Ergebnis den Ausführungen Kietaiabls an, indem er ebenfalls eine Einschränkung des Günstigkeitsprinzips ablehnt. Im Zusammenhang mit einer verschlechternden Ablöse sei aufgrund des Hinweises des EuGH, dass sich die Lage der übernommenen Arbeitnehmer allein aufgrund des Übergangs nicht verschlechtern dürfe, es auch zur vom Gerichtshof unerwünschten Konsequenz kommen würde, dass man daraus eine Verpflichtung zur dauerhaften Besitzstandswahrung herauslesen würde, die zudem gegen den Grundgedanken verstoßen würde, dass die zwingende Wirkung der bisher kollektivvertraglich geregelten

Arbeitsbedingungen im Falle einer Nicht-Ablöse lediglich für ein Jahr gelte (Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen zum Thema „Aktuelle Rechtsprechung des EuGH zum Arbeits- und Sozialrecht Befristung, Betriebsübergang, anlässlich des Europarechtlichen Symposiums 2012 am Bundesarbeitsgericht Erfurt, 26.-27.April 2012).

Zur bereits mehrfach zitierten Entscheidung Scattolon gegen Ministerio dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, C-108/10 erkennt *Felten* zwar keine Abänderung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH im Hinblick auf eine Nicht-Fortgeltung des Veräußererkollektivvertrages, konstatiert aber eine Tendenz zur weiten Auslegung des Betriebsübergangsrechtes, zunächst auch auf Umstrukturierung im öffentlichen Sektor.

Mit dem Zweck der Richtlinie zwar vereinbar, mit dem Wortlaut aber nur schwer argumentierbar, erblickt er die Berücksichtigung des Entgeltschutzes nicht nur im auch vom OGH verwendeten „engen Sinn“ (kollektivvertragliche Entlohnung im Verhältnis zur Normalarbeitszeit), sondern auch im Bezug auf die sonstigen Arbeitsbedingungen (vorliegend: Berücksichtigung des Dienstalters) eine neue Judikaturentwicklung. Er vermeint - wenngleich kritisch -, dass die Äußerungen des EuGH nunmehr weiter gehen,

da sie nicht nur auf das Arbeitsentgelt beschränkt sind, sondern sich auf die kollektivvertraglichen Arbeitsbedingungen im Allgemeinen beziehen (Felten in ZESAR 03/12, 135ff).

*Schima* vertritt die Auffassung, dass die Durchführung eines Betriebsüberganges nicht sittenwidrig sein kann:

Gerade aus der Entscheidung *Scattolon* ergebe sich nicht, dass betriebswirtschaftlich notwendige Umstrukturierungsmaßnahmen, durch die Kosteneinsparungen erzielt werden sollen, zur Nichtigkeit eines Betriebsüberganges führen könnten; dies selbst dann, wenn die Kosteneinsparungen den alleinigen oder zumindest klar im Vordergrund stehenden Zweck des Betriebsüberganges bilde. Denn dass ein Marktteilnehmer (Arbeitgeber), den ihn von der Rechtsordnung belassenen (im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang ohnehin engen) Spielraum ausnütze, um sich durch vertragliche Gestaltung wirtschaftliche Vorteile zu verschaffen, sei weder rechtsmissbräuchlich noch sittenwidrig (*Georg Schima, Diana Niksova, Betriebsübergangsrecht: Ablösungs- oder Günstigkeitsprinzip bei Kollektivvertragswechsel*, ELR 9/2012/II).

*Krejci* hingegen unterstützt den Rechtsstandpunkt der Kläger, indem er einen Rechtsmissbrauch - gerade

auch bei Ausnützen der vom Gesetzgebers grundsätzlich gewährten Freiheit im Rahmen eines Betriebsüberganges - als möglich ansieht. Ungeachtet einer notwendigen Sanierung gehe es nämlich nicht an, dass ein Konzernunternehmen nur deshalb eine Tochtergesellschaft, die dem Kollektivvertrag der Muttergesellschaft nicht zugehörig sei, halte, um die Belegschaft für den Fall, dass die bestehenden kollektivvertraglichen Arbeitsbedingungen den Arbeitgeber als ungebührlich belastend erscheinen, insoweit unter Druck setzen könne, als damit gedroht werden könne, die kollektivvertraglichen Arbeitsbedingungen dadurch einseitig außer Kraft zu setzen, dass der Arbeitgeber die Belegschaft im Wege eines Betriebsüberganges auf die Tochtergesellschaft übertragen könne, die einem schlechteren Kollektivvertrag unterliege.

Es mache in dieser Konstellation ausdrücklich einen Unterschied, ob ein Unternehmer seinen Betrieb einen außenstehenden Dritten veräußere oder ob es sich um einen konzerninterne Strategie handle.

Es widerspreche jedenfalls dem Schutzzweck des AVRAG. Dies auch dann, selbst wenn dem Arbeitgeber die Insolvenz drohe, sei das Institut des Betriebsübergang nicht dazu da, Verhandlungen mit den Arbeitnehmern über eine Verschlechterung ihrer Arbeitsbedingungen dadurch

einseitig zu beenden, dass er die Belegschaft nur deshalb auf einen Konzernbetrieb transferiere, um den Arbeitnehmern schlechtere Arbeitsbedingungen zu oktroyieren.

Die darin beinhaltete Nichtigkeit betreffe jedoch nicht den gesamten Betriebsübergang, sondern nur die gesetzliche Arbeitsvertragsübernahme, die mit dem Betriebsübergang verbunden ist. Die Arbeitsverhältnisse beständen daher mit dem Veräußerer weiter (DRdA 3/2013, Seite 208ff).

*Rebhahn* wiederum bezweifelt das Vorliegen von Rechtsmissbrauch im vorliegenden Fall: Er verweist darauf, dass es jedenfalls ein legitimes Ziel darstelle, wenn der Arbeitgeber durch den Betriebsübergang in die Verpflichtung eines anderen Firmenkollektivvertrages (konkret: KV der Tyrolean Airways) kommen würde. Es handle sich letztlich auch um jene Mindestbedingungen, die die Gewerkschaft für diese Branche auch als angemessen akzeptiert habe, sodass sich schon aus dieser Überlegung rechtsmissbräuchliches Verhalten verneinen lassen würde.

Komme es zu einem Übergang in einen kollektivvertragsfreien Raum, würde der österreichische Gesetzgeber ohnehin in § 8 Z 2 ArbVG Rahmenbedingungen vorgeben.

Der Umstand, dass gerade die Arbeitnehmerseite den

Kollektivvertrag der Tyrolean Airways aufgekündigt habe, dürfe letztlich auch nicht dazu führen, dass der Arbeitgeber genötigt werde, deshalb vom geplanten Vorhaben des Betriebsüberganges zurücktreten zu müssen.

Weder aus der österreichischen Rechtslage noch auf der Ebene des Unionsrechtes sei abzuleiten, dass ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliegen würde, da die Maßnahme aufgrund der schlechten finanziellen Situation des Unternehmens zwingend geboten gewesen wäre.

Es läge damit kein krasses Missverhältnis darin begründet, den Erhalt der Arbeitsplätze vor der Beibehaltung der Ansprüche der Belegschaft zu stellen.

Aufgrund der wirtschaftlichen Notwendigkeit und der klaren gesetzlichen Regelungen liege vorliegend kein Rechtsmissbrauch vor (Rebhahn, Betriebsübergang als Rechtsmissbrauch, Gutachten Beilage ./52).

*Schneller* vermeint, dass insbesondere bei Konzernsachverhalten und in anderen Fällen wirtschaftlicher Verflechtung bzw. Interessenahme (Druckausübung durch Auftraggeber, Abnehmer von Kunden oder Ähnliches) eine Motivprüfung relevant sein kann. Er schließt sich der Rechtsansicht der Kläger dahingehend an, dass bei einem Betriebs(teil-)übergang, dessen „tragender Grund“ ein Kollektivvertragswechsel war, eine Gesetzesumgehung vorliege. Unter Annahme,

dass der Betriebsübergang nicht wegen wirtschaftlicher, technischer oder organisatorischer Gründe, sondern wegen des Kollektivvertragwechsels erfolgt sei, liege eine rechtsmissbräuchliche Vorgehensweise vor. Der Arbeitgeber solle sich nicht, zB. als Konzerngesellschaft, dadurch, dass er die Teile seiner Unternehmen und Betriebe auf andere Konzerngesellschaften, die einem „billigeren“ Kollektivvertrag unterliegen, überträgt, unter Verstoß gegen Treu und Glauben oder gar rechtsmissbräuchlich einer Verpflichtung entledigen können (Hannes Schneller, Kollektivvertragswechsel und Vertrauensschutz, RdA 2011, 3, Seite 8ff).

Neben den zum Anlassfall ergangenen Publikationen der Lehre wurde auch bereits in der Vergangenheit allgemein zur Sittenwidrigkeit im Arbeitsverhältnis Stellung genommen:

So räumt *Enzelsberger* unter Bezugnahme auf die höchstgerichtliche Judikatur ein, dass der wirtschaftliche Druck eines Vertragspartners - in der hiezu zitierten Entscheidung 6 Ob 187/99i unter Bezugnahme auf den Arbeitnehmer - allenfalls schon einen relevanten Umstand bilden könne (Julia Enzelsberger, Verschlechterungsvereinbarungen im aufrechten Arbeitsverhältnis, *ecolex* 2009, 838ff).

*Krause* setzt sich in seiner

Entscheidungsbesprechung zum Urteil des BAG vom 30.9.2004, 8 AZR 462/03 auch mit der Frage des Rechtsmissbrauchs im Zusammenhang mit den Bestimmungen des Betriebsübergangsrechts auseinander:

In dieser Entscheidung hatte das Bundesarbeitsgericht bei vergleichbarer Rechtslage die Frage einer rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme des Widerspruchsrechtes der Arbeitnehmer zu klären. In dieser Entscheidung - so der Autor - habe der Gerichtshof auf den Zweck des Widerspruchsrechtes abgestellt. Verpönt sei seiner Ansicht nach eine Vorgehensweise, mit der das Widerspruchsrecht als Instrument zur Erreichung von Zielen eingesetzt werde, für die dieses Rechtsinstrument nicht geschaffen worden sei. Die (deutsche) Rechtsordnung kenne durchaus Fälle, in denen ein an sich wertneutrales Gestaltungsrecht durch ein unzulässiges Motiv rechtswidrig sei.

Er kritisiert Teile der Lehre, die die Abwehr von rechtsmissbräuchlichen Verhaltens als Deformation der Privatautonomie verurteile. Der notwendige Freiraum für privatautonomes Handeln der widersprechenden Arbeitnehmer sei dadurch gewährleistet, dass nicht die Zulässigkeit des Widerspruchs, sondern die ausnahmsweise bestehende Unzulässigkeit begründet werden müsse. Der zweckwidrige Einsatz einer bestimmten rechtlichen Befugnis sei demnach folgerichtig vom BAG

als Rechtsmissbrauch gewertet worden ((d)RdA 2006, 228ff).

#### **2.4. Schlussfolgerung**

Zusammenfassend geht es beim Rechtsmissbrauch darum, dass jemand dem Anschein nach ein ihm zustehendes Recht ausübt, das Recht aber enger ist, als es offenbar den Anschein hat, weil das weite Verständnis, das die missbilligte Ausübung decken würde, den guten Sitten widersprechen würde.

Rechtsmissbrauch in diesem Sinn liegt dann vor, wenn ein Recht primär zur Schädigung eines anderen ausgeübt wird (Rebhahn/Kietaibl in ZellKomm, § 879 ABGB, Rz 51).

Missbräuchliche Rechtsausübung kann ua. vorliegen, weil das mit der Rechtsausübung verbundene Interesse bzw. der damit verbundene Zweck verwerflich ist (RdA 3/2013, 208 mwN).

Der Rechtsmissbrauch liegt aber auch bereits nach herrschender Rechtsprechung nicht nur dann vor, wenn der Handelnde von seinem Recht ausschließlich in der Absicht Gebrauch macht, einen anderen zu schädigen, sondern schon dann, wenn das unlautere Motiv der Rechtsausübung so augenscheinlich im Vordergrund steht, dass andere Ziele der Rechtsausübung völlig in den Hintergrund treten (9 ObA 197/99g).

Im vorliegenden Fall hat sich die beklagte Partei bei der Umsetzung des Betriebsüberganges genau an die Bestimmungen des AVRAG gehalten. Eine vordergründig zu erblickende Gesetzesübertretung liegt demnach nicht vor.

So hat die beklagte Partei neben der Informationspflicht gemäß § 3a AVRAG auch die Eintrittsautomatik gemäß § 3 Abs 1 AVRAG beachtet. Sie hat sogar das Vorliegen eines außerordentlichen Kündigungsrechtes für die Arbeitnehmer, die unter den KV alt fallen anerkannt und den diesbezüglichen Arbeitnehmern eine außerordentliche Kündigungsmöglichkeit ausdrücklich zugestanden.

Für die vorliegend zu beurteilende Sachverhaltskonstellation, die Arbeitnehmer wünschen - aufgrund der Rahmenbedingungen - gerade nicht „Nutzniesser“ der Eintrittsautomatik im Rahmen des Betriebsüberganges zu werden, liegt - soweit überblickbar - aber keine höchstgerichtliche Judikatur vor.

Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt entnehmen lässt, war für die beklagte Partei kein nennenswerter unternehmerischer Synergieeffekt bezweckt, außer der, dass die Anwendung der teuren Bord-Kollektivverträge gegenüber ihrer Belegschaft wegfällt.

Nach ständiger Rechtsprechung müssen Arbeitnehmer bereits bei der Unterzeichnung ihres Arbeitsvertrages mit der Möglichkeit eines späteren Arbeitgeberwechsels rechnen; die vom Gesetzgeber begünstigte Bindung des Arbeitnehmers gilt grundsätzlich nur gegenüber dem Betrieb, in dem er tätig ist.

Demzufolge ist die gesetzlich geregelte Eintrittsautomatik in § 3 Abs 1 AVRAG auch nicht vom Willen des Arbeitnehmers abhängig; unstrittig auch nicht vom Willen des Veräußerers und Erwerbers.

Dem in der Judikatur des Obersten Gerichtshofes und des EuGH immer wieder erwähnten Schutzgedanke des AVRAG zufolge, darf der Arbeitnehmer darauf vertrauen, dass sein Arbeitsplatz im Rahmen eines Betriebsüberganges (wenn auch mit einem anderen Arbeitgeber) erhalten bleibt und er mit den bisherigen Konditionen wie Entgelt für die Normalarbeitszeit und dergleichen (vorläufig) auch rechnen kann.

Im vorliegenden Fall war es das Bestreben - sohin das Motiv - der beklagten Partei durch Reduzierungen der Personalkosten das Unternehmen nachhaltig zu sanieren.

Mit der Senkung der Personalkosten waren im konkreten Anlassfall nicht einzelvertragliche sondern kollektivvertraglichen Ansprüche der Belegschaft verbunden.

Nicht zuletzt aufgrund der kollektivvertraglichen Einschränkungen des Arbeitgebers, was die Auswahl der zu kündigenden Mitarbeiter aufgrund betrieblicher Gründe betrifft, war es ihm nicht möglich - selbst bei Vermeidung einer altersdiskriminierenden Vorgehensweise - ältere und teurere Teile der Belegschaft durch ordnungsgemäße Kündigungen durch Neuaufnahmen von kostengünstigeren Arbeitnehmern auszutauschen.

Grundsätzlich sollten die Kollektivvertragsparteien bestrebt sein, einen sozialen Ausgleich zwischen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einer Branche und der Kaufkrafterhaltung der Arbeitnehmer ausgewogen in einen Kollektivvertrag einfließen zu lassen. Selbst die Rechtsprechung unterstellt den Kollektivvertragsparteien - zB. bei der Auslegung von Kollektivvertragstexten - daher auch regelmäßig, dass sie sich lediglich von sachlichen Gesichtspunkten leiten lassen würden.

Der Gesetzgeber hat offenkundig deshalb nur eine reduzierte Regelungsbefugnis den Betriebsvereinbarungsparteien zuerkannt und umsichtig, allerdings beschränkt auf die Regelungskompetenzen der §§ 96 und 96a ArbVG, bei Scheitern von sachlichen Verhandlungen - oftmals aufgrund der Nähe „zum eigenen Vorteil“ - die Möglichkeit der Anrufung einer Schlichtungsstelle vorgesehen.

Für die Arbeitsverhältnisse des Bordpersonals der beklagten Partei findet ein sogenannter unechter Firmenkollektivvertrag Anwendung, der im konkreten Anlassfall - durch das Delegieren des Verhandlungsmandates von der Gewerkschaft an den Betriebsrat - der oben geschilderten Problematik bei Verhandlungen im Rahmen einer Betriebsvereinbarung im Ergebnis gleichgekommen war. Eine Lösung durch Inanspruchnahme einer Schlichtungsstelle in derartigen Fällen, um einen sozialen Ausgleich dennoch erzielen zu können, hat der Gesetzgeber jedoch nicht vorgesehen.

Strittig ist im vorliegenden Fall aber, ob es gegen die guten Sitten verstößt, wenn der Arbeitgeber bei Scheitern der Kollektivvertragsverhandlungen, Maßnahmen setzt, die den notwendigen Zweck - nämlich das Erfordernis von Erreichen einer Verhandlungslösung - umgeht.

Folgt man dem Rechtsstandpunkt der beklagten Partei im Zusammenhang mit der (Nicht-)Nachwirkung eines bereits gekündigten Kollektivvertrages im Rahmen des Betriebsüberganges, kann auf die bereits ergangene Rechtsprechung des OGH zu 9 ObA 128/04w zurückgegriffen werden, wonach er den Wechsel der Mitgliedschaft zu einer konkurrierenden freien Berufsvereinigung deshalb nicht als sittenwidrig erachtet hatte, weil der Schutz des für die in der „Normalarbeitszeit“ zu erbringenden

Arbeitsleistung erhalten geblieben war. Würde demnach die Nachwirkung auch betreffend die Entgeltbestimmungen „im engeren Sinn“ wegfallen, wäre bereits aus dieser Entscheidung die sittenwidrige Vorgehensweise der beklagten Partei festzustellen.

Für den Fall des Zutreffens der von den Klägern vertretenen Rechtsauffassung der Nachwirkung des gekündigten und im Zeitpunkt des Betriebsüberganges nur mehr „nachwirkenden“ Kollektivvertrages, zeigt sich aber auch im Ergebnis kein anderes Bild:

Zutreffend führt Krejci dazu aus, dass sich die Benachteiligungen bei einem Wechsel von einem Kollektivvertrag in den Geltungsbereich eines anderen - selbst wenn dieser schlechter sein kann - in Grenzen halten, da grundsätzlich davon auszugehen ist, dass die Interessensvertretungen der Arbeitnehmer keine Kollektivverträge zu Bedingungen abschließen, die den Arbeitnehmern unzumutbar wären. Aus diesen Erwägungen alleine lässt sich für den Standpunkt der Kläger nichts gewinnen, da im vorliegenden Fall die Belegschaft in einen kollektivvertragsfreien Raum wechselt. Der Geltungszeitraum des KV Tyrolean endete schließlich auch mit 30.6.2012.

Der Senat verkennt nicht, dass die „Motivprüfung“ im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang per se aus dem Gesetz nicht ableitbar ist. Der vorliegende

Sachverhalt unterscheidet sich aber von den üblicherweise zu prüfenden Betriebsübergängen in der Form, als ein Inhaberwechsel zwar gesellschaftsrechtlich von der beklagten Partei auf die Tyrolean erfolgt war, dieser aber innerhalb eines Konzernverbandes durchgeführt wurde.

Als Konzern bezeichnet man letztlich den Zusammenschluss eines herrschenden und eines oder mehrerer abhängiger Unternehmen, wobei letztere bloß die rechtliche - in seltenen Fällen auch - eine wirtschaftliche Eigenständigkeit verbleibt.

Die Tyrolean steht in 100%-igem Eigentum der beklagten Partei, die wiederum in Abhängigkeit zur Konzernleitung, der Lufthansa steht.

Durch die Verschachtelungen innerhalb eines Konzerns, die letztlich in den wesentlichen Entscheidungen betreffend von den gleichen Machthabern getroffen oder zumindest abgesegnet werden, ist aber besonderes Augenmerk auf den Arbeitnehmerschutz zu legen.

Diese Notwendigkeit findet sich in den Entwicklungen der letzten Jahren wieder, in denen Konzerne Tochtergesellschaften für ihre bisherige Stammbelagschaft gegründet haben, um diese in weiterer Folge wiederum an ihre (Schwestern-)Konzerngesellschaften im Rahmen einer

Arbeitskräfteüberlassung zu entsenden um Schutzmechanismen der Arbeitsverfassung, die nur auf den Betrieb, in seltenen Fällen auf das Unternehmen, nicht aber auf den Konzern abstellen, wie zB. der sozialen Gestaltungspflicht, einfach zu umgehen.

Der im Raum stehende Begriff des „konzernweiten Arbeitnehmers“ hat bisher nur im engen Rahmen Eingang in die Rechtsprechung gefunden, sodass der telos der jeweiligen rechtlichen Bestimmungen nunmehr auch besondere Bedeutung zuzukommen hat, widrigenfalls die oben genannten arbeitsrechtlichen Gesetze Gefahr laufen, dass durch Umgehungshandlungen die ihnen vom Gesetzgeber vorgesehene Regelungsgrundlage entzogen wird.

Die von Krejci relevierte Überlegung, dass es einen Unterschied macht, ob ein Unternehmer seinen Betrieb an einem außenstehenden Dritten veräußert oder ob es sich um eine konzerninterne Strategie handelt, ist nachvollziehbar.

Im Falle eines Betriebsüberganges an außenstehende Dritte werden in der Regel andere Motive und Zwecke eine Rolle spielen als ausschließlich die, die kollektivvertraglichen Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer zu verschlechtern.

Der Senat schließt sich der Sichtweise Krejcis weiters an, dass der Wechsel der

Kollektivvertragszugehörigkeit den betroffenen Arbeitnehmern systemimmanent einen Nachteil bringen kann. Es verstößt diametral gegen den Schutzzweck des Betriebsübergangsrechtes und der Arbeitsverfassung, wenn ein Arbeitgeber gemeinsam mit einem Betriebsnachfolger [zumindest innerhalb einer Konzernverflechtung] den Betriebsübergang nur deshalb ins Auge fasst, um eben diese Schutzinsuffizienz des Kollektivvertragssystems zum (ausschließlich) eigenen Interesse auszunutzen.

Da der Betriebsübergang keine positiven Synergieeffekte für die Tyrolean bzw. für die beklagten Partei bringt, sondern sogar einen erheblichen Kostenaufwand verursacht, liegt der Zweck des Betriebsüberganges - wohl auch unstrittig - einzig und allein in der Reduzierung der Ansprüche der Arbeitnehmer.

Zusammengefasst kommt der Senat daher zum Ergebnis, dass insbesondere im Zusammenhang mit den Verschachtelungen innerhalb eines Konzerns, selbst dann, wenn dem Arbeitgeber die Insolvenz droht, das Institut des Betriebsüberganges nicht dazu dient, Verhandlungen mit den Arbeitnehmern über eine Verschlechterung ihrer Arbeitsbedingungen dadurch einseitig zu beenden, dass der Arbeitgeber die Belegschaft nur deshalb auf einen Konzernbetrieb

transferiert, um den Arbeitnehmern schlechtere kollektivvertragliche Arbeitsbedingungen zu oktroyieren.

Da auch arbeitsmarktpolitische Erwägungen im vorliegenden Ausgangsfall für die Klärung der Rechtsfrage keinen Einfluss haben, ist der Betriebsübergang im Umfang der Übernahme der Arbeitsverträge durch die Tyrolean nichtig.

Da die Mitarbeiter des Flugbetriebes Bord weiterhin Arbeitnehmer der beklagten Partei sind, waren Ausführungen zur Aktiv- bzw. Passivlegitimation der Streitteile entbehrlich, wobei die zur allfälligen Beurteilung erforderlichen Feststellungen getroffen wurden.

Die neuerliche Wiedereröffnung des Verfahrens war aufgrund der Ergebnisse des abgeschlossenen Beweisverfahrens nicht erforderlich.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf § 41 ZPO.

---

**Arbeits- und Sozialgericht Wien, Abteilung 35**  
**Wien, am 18.3.2013**  
**Mag. Wolfgang Schuster, Richter**

---

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG