

Zeitschrift für

ARBEITS-**ZAS** UND SOZIALRECHT

Schriftleitung **Stefan Köck**

Redaktion **Helwig Aubauer, Susanne Auer-Mayer, Elisabeth Brameshuber,
Wolfgang Brodil, Rolf Gleißner, Harald Kaszanits,
Christoph Kietaihl, Thomas Neumann**

Wissenschaftliches Lektorat **Theodor Tomandl**

September 2021

05

209 – 256

Schwerpunktbeiträge

Arbeitsrecht in der Unternehmenskrise

Grundfragen zu Abschluss und Volumen von Sozialplänen

Christoph Kietaihl ➔ 212

Die EuGH-Rechtsprechung zur Insolvenzausnahme beim Betriebsübergang *Helena Palle* ➔ 219

Beitrag

Zur Intransparenz der Ausgleichszulagenrichtsätze

Florian Mosing ➔ 227

Rechtsprechung kommentiert

Keine Sozialwidrigkeitsprüfung bei befristeten Arbeitsverhältnissen?

Ingrid Korenjak ➔ 237

Einvernehmliche Auflösungen im Frühwarnsystem

Theodor Tomandl ➔ 240

EuGH: Abgrenzung Rufbereitschaft von Arbeitszeit –

qualitative Kriterien *Daniela Krömer und Christoph Wolf* ➔ 246

Aktuelles

Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz

Ingomar Stupar ➔ 255

Die EuGH-Rechtsprechung zur Insolvenzausnahme beim Betriebsübergang

Richtlinienkonformität des § 3 Abs 2 AVRAG?

Das Spannungsverhältnis zwischen Arbeits- und Insolvenzrecht zeigt sich besonders anschaulich beim Betriebsübergang im Insolvenzfall. Die unionsrechtliche Insolvenzausnahme beim Betriebsübergang beruht auf der EuGH-Entscheidung *Abels* aus 1985, in der Betriebsübergänge während Konkursverfahren generell angenommen wurden. Seitdem schränkt die Judikatur den Anwendungsbereich dieser Ausnahme jedoch wieder ein. Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit der Rechtsprechung des EuGH zur unionsrechtlichen Insolvenzausnahme im Zeitverlauf und stellt einmal mehr die Frage, ob die österreichische Umsetzung in § 3 Abs 2 AVRAG richtlinienkonform ausgestaltet ist.

Von **Helena Palle**

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Unionsrechtliche Insolvenzausnahme beim Betriebsübergang
 1. Ausgangspunkt: Rs *Abels*
 2. Weitere Entwicklung
 - a) Entscheidend: Ziel des Verfahrens
 - b) Subsidiär: Ausgestaltung des Verfahrens und Zielsetzung der RL 77/187
- C. Zäsur in der EuGH-Rsp mit Kodifizierung der Insolvenzausnahme
 1. Konkursverfahren oder entsprechendes Verfahren
 2. Aufsicht einer öffentlichen Stelle
 3. Ziel der Auflösung des Vermögens
 - a) Fortführung der Geschäftstätigkeit
 - b) (Keine) Unterscheidung zwischen Unternehmen und Unternehmensträger
 4. Zwischenergebnis
- D. Richtlinienkonformität des § 3 Abs 2 AVRAG?
 1. Konkursverfahren oder entsprechendes Verfahren
 2. Aufsicht einer öffentlichen Stelle
 3. Ziel der Auflösung des Vermögens?
- E. Fazit

A. Einleitung

Für den Fall eines Betriebs- oder Betriebsteilübergangs¹⁾ normiert § 3 Abs 1 AVRAG den automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber, wobei **§ 3 Abs 2 AVRAG** eine Ausnahme von dieser Eintrittsautomatik für den „Fall eines Sanierungsverfahrens ohne Eigenverwaltung oder eines Konkursverfahrens des Veräußerers“ vorsieht (**Insolvenzausnahme**). Vorab ist zu klären, wann Betriebsübergänge in Zusammenhang mit Insolvenzen überhaupt vorliegen,

um dann zu erörtern, wann diese Insolvenzausnahme einschlägig ist.

Das österreichische Insolvenzrecht unterscheidet bei den Ausgestaltungen eines einheitlichen Insolvenzverfahrens zwischen Sanierungsverfahren (mit und ohne Eigenverwaltung) und Konkursverfahren (ieS).²⁾ Beim **Sanierungsverfahren** iSd §§ 166 ff IO bedeutet „Sanierung“ die Erhaltung des Unternehmensträgers (UTräger). Wird über eine juristische Person ein Sanierungsverfahren eröffnet, so hat der Gesetzgeber das Ziel vor Augen,³⁾ diese juristische Person zu „sanieren“, indem mit den Gläubigern ein Sanierungsplan vereinbart wird und nach Begleichung der vereinbarten Quote die Entschuldung eintritt. Das Unternehmen verbleibt beim schuldnerischen UTräger, es kommt zu keinem Betriebsinhaber- bzw AG-Wechsel. Daher kommt es nach der gesetzlichen Konzeption idR zu keinem Betriebsübergang.⁴⁾

Beim **Konkursverfahren** iSd § 180 Abs 1 IO – wenn also die Voraussetzungen des Sanierungsverfahrens nicht vorliegen – kommt es idR zur Verwertung des Vermögens und anschließend zur Auflösung des vermögenslosen UTrägers. Auch in diesem Verfahren ist

1) In diesem Beitrag wird idR der Begriff des Betriebsübergangs als Überbegriff für den Betriebs- und den Betriebsteilübergang verwendet.

2) In diesem Beitrag bezieht sich der Begriff „Konkursverfahren“ auf das Konkursverfahren ieS gem §§ 180 ff IO, „Sanierungsverfahren“ auf die Bestimmungen der §§ 166 ff IO. Als Überbegriff wird „Insolvenzverfahren“ verwendet.

3) So bspw *Lovrek* in *Buchegger IV*⁴ (2006) § 114 a KO Rz 12; *Lentsch*, Unternehmensfortführung in der Insolvenz, in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer* (Hrsg), Unternehmensfortführung in der Krise (2018) 67 (71); *Lentsch*, Unternehmensveräußerung, in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavara* (Hrsg), Insolvenz- und Sanierungsrecht 313 (320); *Lentsch*, Unternehmensveräußerung 13; *Reckenzaun* in *Nunner-Krautgasser/Reissner* (Hrsg), PraxisHB Insolvenz und Arbeitsrecht² 145 (165); *Mohr*, Sanierungsplan (2010) Rz 10.

4) Vgl *Weber-Wilfert*, ZIK 2018, 5 (7).

ZAS 2021/40

Art 5 Abs 1 RL
2001/23/EG;
§ 3 Abs 2 AVRAG

Betriebsübergang
im Insolvenzfall;
übertragende
Sanierung;
Sanierungs-
verfahren

jedoch der Abschluss eines Sanierungsplans und die damit einhergehende Erhaltung des UTrägers möglich. Werden im Zuge der Verwertung das Unternehmen zerschlagen und die einzelnen Vermögenswerte veräußert, kommt es zu keinem Betriebsübergang.⁵⁾ Dadurch verwirklicht sich die Auslesefunktion des Insolvenzrechts: Nicht lebensfähige Unternehmen werden vom Markt genommen, verbleibendes Vermögen wird verwertet und nach dem Primat der Gläubigergleichbehandlung verteilt. Wird das Unternehmen hingegen als Ganzes oder in Teilen veräußert, liegt eine übertragende Sanierung und damit ein Betriebsübergang iS des AVRAG vor.

Als „übertragende Sanierung“ bezeichnet man die Übertragung eines Unternehmens, Betriebs oder Betriebsteils vom sanierungsbedürftigen auf einen anderen UTräger.⁶⁾ Das Unternehmen wird bei einem neuen UTräger weitergeführt, während die Verbindlichkeiten und Risiken beim alten UTräger verbleiben sollen. Findet die übertragende Sanierung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens über den Veräußerer statt, veräußert der Insolvenzverwalter den Betrieb oder Betriebsteil im Wege eines „Asset Deals“ – über die Anteile des schuldnerischen Rechtsträgers ist er schließlich nicht verfügungsbefugt.⁷⁾ Es liegt daher idR ein Betriebsübergang iSd § 3 Abs 1 AVRAG vor. Der Veräußerungserlös fließt in die Masse und erhöht die Insolvenzquote. Je nachdem, was mit dem schuldnerischen UTräger geschehen soll, kann eine „übertragende Sanierung“ sowohl in einem Konkursverfahren als auch in einem Sanierungsverfahren durchgeführt werden. Wird in einem Sanierungsverfahren ein (Teil-)Betrieb veräußert, liegt ein Betriebsübergang vor.

In Insolvenzverfahren kommt es daher zum Betriebsübergang, sofern eine übertragende Sanierung stattfindet, und zwar unabhängig davon, ob dies im Rahmen eines Sanierungs- oder Konkursverfahrens geschieht. Kein Betriebsübergang liegt hingegen vor, wenn lediglich der UTräger durch Abschluss eines Sanierungsplans „saniert“ wird (kein Betriebsinhaberwechsel) oder das Unternehmen zerschlagen wird und die Vermögenswerte einzeln veräußert werden (keine wirtschaftliche Einheit).⁸⁾

Ist der Tatbestand des Betriebsübergangs verwirklicht, kommt es dennoch zu keiner Eintrittsautomatik, sofern die Insolvenzausnahme des § 3 Abs 2 AVRAG anzuwenden ist. Auf die Richtlinienkonformität dieser Insolvenzausnahme soll in Folge vor dem Hintergrund der jüngeren EuGH-Judikatur eingegangen werden.

B. Unionsrechtliche Insolvenzausnahme beim Betriebsübergang

1. Ausgangspunkt: Rs *Abels*

Im Jahr 1985 befasste sich der EuGH in der *Rs Abels*⁹⁾ erstmals damit, ob Betriebsübergänge im Rahmen von Konkursverfahren vom Anwendungsbereich der Betriebsübergangs-RL umfasst sind. Die damals geltende RL 77/187¹⁰⁾ enthielt keine Bestimmung zum **Verhältnis zwischen Konkurs und Betriebsübergang**. Der EuGH kam in der *Rs Abels* unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Konkursverfahrens sowie der

Zielsetzung der RL zum Schluss, dass die RL 77/187 auf Betriebsübergänge im Rahmen eines Konkursverfahrens, das auf die Verwertung des Vermögens gerichtet ist und unter gerichtlicher Aufsicht steht, nicht anwendbar sei. Dagegen sei das niederländische Zahlungsaufschubverfahren von der RL erfasst, weil in diesem Fall das Ziel die Sicherung der Vermögensmasse und gegebenenfalls die Weiterführung des Unternehmens sei, und die gerichtliche Kontrolle weniger weit reiche. Bis heute wird die *Rs Abels* als Leitentscheidung zum Verhältnis zwischen Konkurs und Betriebsübergang bezeichnet.¹¹⁾ Sie war Anstoß für die Erstfassung der Insolvenzausnahme des § 3 Abs 2 AVRAG, die noch vor der Kodifizierung der unionsrechtlichen Insolvenzausnahme in Kraft getreten ist.¹²⁾

2. Weitere Entwicklung

a) Entscheidend: Ziel des Verfahrens

In weiterer Entwicklung hat sich die Rsp jedoch geändert. In der *Rs d'Urso* hielt der EuGH fest, es komme entscheidend auf das **mit dem Verfahren angestrebte Ziel** an, um zu beurteilen, ob Betriebsübergänge vom Anwendungsbereich der RL 77/187 ausgenommen sind. Diese Entscheidung war gemeinsam mit der *Rs Spano* der Beginn einer Rechtsprechungslinie,¹³⁾ die – im Gegensatz zur *Rs Abels* – nach wie vor ausdrücklich bestätigt wird.

Nach der *Rs d'Urso* sind Betriebsübergänge im Rahmen von Verfahren, die auf die **Fortsetzung der Geschäftstätigkeit des Unternehmens** abzielen, für die Dauer der Anordnung der Fortführung¹⁴⁾ keine Konkursverfahren, die von der RL 77/187 ausgenommen sind. Denn das Verfahren bezwecke vor allem, das Unternehmen so zu stabilisieren, dass künftige Tätigkeiten gewährleistet seien.¹⁵⁾ Ohne Anordnung unterlägen Übergänge im selben Verfahren dagegen nicht dem Anwendungsbereich der RL. Diese Ausführungen erwecken den Eindruck, ein Verfahren könne nicht ausgenommen werden, solange das Unternehmen fortgeführt wird.

5) Außer „Mikroeinheiten“ stellen eine wirtschaftliche Einheit (insb relevante Betriebsteile) iS des Betriebsübergangsrechts dar. Vgl *Medem*, ZESAR 2018, 127 (135).

6) *Reisch*, Übertragende Sanierung, in *Lichtkoppler/Reisch* (Hrsg), HB Unternehmenssanierung (2018) Rz 3.2.

7) *Reisch* in *Lichtkoppler/Reisch*, HB Unternehmenssanierung Rz 3.3.

8) *Gahlleitner/Leitsmüller*, Umstrukturierung und AVRAG (1996) Rz 293.

9) EuGH 135/83, *Abels*, ECLI:EU:C:1985:55. Bestätigend vom selben Tag: EuGH 186/83, *Botzen*, ECLI:EU:C:1985:58; EuGH 179/83, *Industriebond FNW*, ECLI:EU:C:1985:57.

10) RL 77/187/EG ABI L 1977/61, 26.

11) Bspw *Holzner/Reissner*, AVRAG² (2006) § 3 Rz 140.

12) BGBl 1993/459, ErläutRV 1077 BgNR 18. GP 11.

13) EuGH C-362/89, *d'Urso*, ECLI:EU:C:1991:326, Rn 26; EuGH C-472/92, *Spano*, ECLI:EU:C:1995:421, Rn 24; bestätigt durch EuGH C-319/94, *Dethier Equipement*, ECLI:EU:C:1998:99, Rn 32; EuGH C-399/96, *Europièces SA*, ECLI:EU:C:1998:532, Rn 28f; EuGH C-561/07, *Kommission/Italien*, EU:C:2009:363, Rn 38; EuGH C-126/16, *FNW*, ECLI:EU:C:2017:489, Rn 47; EuGH C-509/17, *Plessers*, ECLI:EU:C:2019:242, Rn 44; EuGH verbRs C-674/18 und C-675/18, *TMD*, ECLI:EU:C:2020:682, Rn 61.

14) EuGH C-362/89, *d'Urso*, Rn 34.

15) EuGH C-362/89, *d'Urso*, Rn 32.

Hierbei muss jedoch das Vorabentscheidungsersuchen beachtet werden.¹⁶⁾ Nach dem vorliegenden Gericht beabsichtige das Verfahren bei Anordnung der Fortführung die Erhaltung der gesunden Teile des Unternehmens. Weiters ermögliche es, dem betroffenen Unternehmen Kredite zu gewähren, für die der Staat bürgt. Schließlich sei dabei der Schutz der Gläubigerinteressen weniger stark ausgeprägt als bei anderen Liquidationsverfahren. Diese Auflistung der Sachverhaltselemente vor dem Spruch¹⁷⁾ spricht – noch mehr als ohnehin bei der Interpretation von EuGH-Entscheidungen¹⁸⁾ – dafür, den Tenor der Rs *d'Urso* nicht zu verallgemeinern, wenngleich die Rs *d'Urso* von der Großen Kammer entschieden und in ihrer Allgemeinheit durch den EuGH selbst mehrfach bestätigt wurde.¹⁹⁾

In der Rs *Spano* verneinte der EuGH die Ausnahme von der RL für Verfahren, welche nicht die Liquidation des Unternehmens, sondern die **Förderung der Aufrechterhaltung der Tätigkeit im Hinblick auf eine spätere Übernahme** bezwecken. Die RL komme daher in solchen Fällen zur Anwendung. Diese Ausführungen legen nahe, dass übertragende Sanierungen im Zuge von Insolvenzverfahren nicht richtlinienkonform von den Regelungen der Betriebsübergangs-RL ausgenommen werden können. Schließlich wird bei übertragenden Sanierungen definitionsgemäß die Tätigkeit aufrechterhalten, um eine spätere Übernahme zu erreichen.

Auch die Rs *Spano* darf jedoch nicht aus ihrem Kontext gerissen werden. Die Ausnahme vom Betriebsübergang scheiterte im konkreten Fall nämlich nicht nur an dem Ziel des Verfahrens, sondern insb auch am Fehlen einer gerichtlichen Kontrolle sowie an fehlenden Maßnahmen zur Verwaltung des Vermögens des Schuldners.²⁰⁾ Darüber hinaus war die Vermögenssituation in dem zu beurteilenden Verfahren weit weniger ernst als bei einem Insolvenzverfahren.

Der EuGH unterscheidet somit grundsätzlich zwischen zwei Zielen. Zielt das Verfahren auf die **Auflösung des Vermögens des Veräußerers** ab, ist ein im Rahmen eines solchen Verfahrens erfolgter Betriebsübergang von der RL ausgenommen. Ist das fragliche Verfahren hingegen primär auf die **Fortführung des Unternehmens** gerichtet, ist die RL anwendbar.²¹⁾

b) Subsidiär: Ausgestaltung des Verfahrens und Zielsetzung der RL 77/187

Nach der Rs *Abels* ist es das **Ziel der RL 77/187**, Strukturveränderungen innerhalb des Binnenmarkts zu verhindern, die sich zum Nachteil der AN der betroffenen Unternehmen auswirken.²²⁾ Unklar sei, ob dieses Ziel am ehesten durch die Anwendung der RL verwirklicht wird, weil gerade im Konkursfall die AN am schutzbedürftigsten sind, oder durch die Nichtanwendung, um potenzielle Erwerber nicht abzuschrecken. Allerdings bestehe bei Anwendung der RL im Konkurs eine ernsthafte Gefahr der Verschlechterung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der AN.²³⁾

In der nachfolgenden Rsp verliert das Ziel der RL 77/187 jedoch an Bedeutung. Dieses Kriterium wird zwar häufig als Stehsatz angeführt, allerdings ohne konkrete Auseinandersetzung.²⁴⁾ Das Argument, po-

tenzielle Erwerber könnten durch die Anwendbarkeit der Eintrittsautomatik abgeschreckt werden, lehnte der EuGH später unter Hinweis auf Art 4 in stRsp ab, wonach Kündigungen aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen zulässig sind.²⁵⁾

Zur **Ausgestaltung des Verfahrens** hat sich der EuGH nur vereinzelt geäußert. Die Feststellung einer Krise, bei der die Vermögenssituation des betreffenden Unternehmens weit weniger ernst ist als bei jenen Unternehmen, über die ein Konkursverfahren eröffnet wird, und insb konkrete Sanierungsaussichten bestehen, sei jedenfalls nicht ausreichend, um unter die Insolvenzausnahme zu fallen.²⁶⁾ Ebenso verhalte es sich mit bloßen Zahlungseinstellungen.²⁷⁾ Daraus ergibt sich implizit, dass eine festgestellte **Zahlungsunfähigkeit** Voraussetzung für die Ausnahme ist.²⁸⁾ Darüber hinaus sei in einem ausgenommenen Verfahren die **Einzelzwangsvollstreckung** untersagt und bestehe ein besonderes Verfahren für die **Forderungsfeststellung** gegen die Gesellschaft.²⁹⁾ Unternehmensübergänge, die im Rahmen von Verfahren stattfinden, die auf die **Liquidation des Schuldnervermögens** zielen, um die Gläubiger kollektiv abzufinden, fallen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie.³⁰⁾ Die Vertretung der Gläubiger gegenüber der Gesellschaft erfolge durch einen Dritten als **Konkursverwalter**, der auch die Verwertung der Aktiva der Gesellschaft unter **gerichtlicher Kontrolle** vornimmt.³¹⁾

C. Zäsur in der EuGH-Rsp mit Kodifizierung der Insolvenzausnahme

Die soeben dargestellte **EuGH-Rsp** hat der Unionsgesetzgeber nach hA³²⁾ in Art 4a Abs 1 RL 98/50/EG und

16) Siehe allgemein *Faber*, JBl 2017, 697 (707).

17) EuGH C-362/89, *d'Urso*, Rn 33.

18) Vgl *Höpfner*, Methodenfragen bei der Auslegung des Unionsrechts, in *Schmidt* (Hrsg.), JbArbR 2019 (2020) 69 (78); *Lepsius*, JZ 2019, 793.

19) EuGH C-472/92, *Spano*, Rn 24; EuGH C-319/94, *Dethier Équipement*, Rn 32; EuGH C-399/96, *Europièces SA*, Rn 28f; EuGH C-126/16, *FNV*, Rn 47.

20) EuGH C-472/92, *Spano*, Rn 29.

21) Bestätigt durch EuGH C-319/94, *Dethier Équipement*, Rn 32; EuGH C-399/96, *Europièces SA*, Rn 28f, die jedoch seit Inkrafttreten der RL 2001/23 nicht mehr zitiert werden.

22) EuGH 135/83, *Abels*, Rn 18.

23) EuGH 135/83, *Abels*, Rn 23.

24) Keine Erwähnung der RL-Zielsetzung: EuGH C-472/92, *Spano*. Der Gerichtshof will die Zielsetzung der RL berücksichtigt wissen, geht in Folge aber nicht darauf ein: EuGH C-362/89, *d'Urso*, Rn 23; EuGH C-319/94, *Dethier Équipement*, Rn 25; EuGH C-399/96, *Europièces SA*, Rn 28.

25) EuGH C-362/89, *d'Urso*, Rn 32. Bestätigend: EuGH C-472/92, *Spano*, Rn 30; EuGH C-319/94, *Dethier Équipement*, Rn 23; ebenso nach Inkrafttreten der RL 2001/23: EuGH C-126/16, *FNV*, Rn 50.

26) EuGH C-472/92, *Spano*, Rn 12; 36.

27) EuGH C-105/84, *Mikkelsen*, ECLI:EU:C:1985:331, Rn 10; EuGH C-126/16, *FNV*, Rn 45.

28) Implizit: EuGH 135/83, *Abels*, Rn 22; SA *Van Gerven*, C-362/89, *d'Urso*, Rn 18 FN 20. Vgl auch *Rebhahn*, JBl 1999, 621 (628).

29) EuGH C-319/94, *Dethier Équipement*, Rn 29.

30) EuGH C-362/89, *d'Urso*, Rn 32.

31) EuGH C-319/94, *Dethier Équipement*, Rn 29. Im Umkehrschluss EuGH C-472/92, *Spano*, Rn 29.

32) *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ (2016) § 3 Rz 67; *Reissner/Haider* in *Nunner-Krautgassner/Reissner* (Hrsg.), PraxiSHB Insolvenz und Arbeitsrecht² (2019) 115 (122); *Holzner/Reissner*, AVRAG² § 3 Rz 139; *Rebhahn*, JBl 1999, 621 (627); *Marhold*, ASoK 2007, 406 (406f); SA *Tanchev*, verbRs C-674/18 und C-675/18,

später in Art 5 Abs 1 RL 2001/23 kodifiziert.³³⁾ Die Bestimmungen dieser Insolvenzausnahme entsprechen einander, weshalb nachfolgend nur auf Art 5 Abs 1 Bezug genommen wird.³⁴⁾

Art 5 Abs 1 lautet: „Sofern die Mitgliedstaaten nichts anderes vorsehen, gelten die Artikel 3 und 4 nicht für Übergänge von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw. Betriebsteilen, bei denen gegen den Veräußerer unter der Aufsicht einer zuständigen öffentlichen Stelle (worunter auch ein von einer zuständigen Behörde ermächtigter Insolvenzverwalter verstanden werden kann) ein Konkursverfahren oder ein entsprechendes Verfahren mit dem Ziel der Auflösung des Vermögens des Veräußerers eröffnet wurde.“

Die Eintrittsautomatik (Art 3) und der Kündigungsschutz (Art 4) sind demnach für Betriebsübergänge bei Konkursverfahren nicht anwendbar. Die Insolvenzausnahme stellt seither eine **Bereichsausnahme der Betriebsübergangsregeln der RL** dar³⁵⁾ und schließt die Anwendbarkeit von Art 6 (Kontinuität der Arbeitnehmervertretung) und Art 7 (Informationspflichten) nicht aus. Zuvor hatte der EuGH – mangels entsprechender Regelung – nur geprüft, ob Betriebsübergänge im Konkurs in den Anwendungsbeereich der RL 77/187 fallen. War dies nicht der Fall, hielt er die *gesamte* RL 77/187 für nicht anwendbar. Der **Umfang** der Insolvenzausnahme hat sich also **verringert**.

Da es sich bei Art 5 Abs 1 um eine Ausnahme handelt, wendet der EuGH das **Postulat der engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen** an.³⁶⁾ Eine weite Auslegung würde dem Ziel der RL, die Rechte der AN bei Betriebsübergängen zu gewährleisten, widersprechen.³⁷⁾ Das Ziel der RL diene somit ursprünglich der Schaffung einer Ausnahme und gut 30 Jahre später der Einschränkung ebendieser.

Der EuGH hat sich bis heute nicht dazu geäußert, wie sich seine bisherige Rsp zu Art 5 Abs 1 verhält.³⁸⁾ Allerdings prüft der EuGH seit Inkrafttreten der RL 2001/23 nicht mehr primär das Ziel des Verfahrens und subsidiär die Ausgestaltung des Verfahrens sowie das Ziel der RL, sondern ob die Voraussetzungen der Insolvenzausnahme kumulativ vorliegen.³⁹⁾ Das Rangverhältnis zwischen den Kriterien wurde somit aufgegeben.

Ohne den Begriff Konkursverfahren zu definieren, müssen gem **Art 5 Abs 1** folgende **Voraussetzungen** erfüllt sein: 1.) die Eröffnung eines **Konkursverfahrens** oder ein entsprechendes Verfahren über den Veräußerer, 2.) **Aufsicht einer zuständigen öffentlichen Stelle** und 3.) **Ziel der Vermögensauflösung**. Diese Tatbestandsmerkmale sind unionsautonom auszulegen.⁴⁰⁾

Die dritte Voraussetzung lässt durchaus Parallelen zur bisherigen Rsp erkennen. Die Fortführung der Geschäftstätigkeit wurde hingegen nicht als negative Voraussetzung normiert, auch wenn der EuGH nach wie vor an diesem Kriterium festhält. Ebenso wenig wurde die Ausgestaltung des Verfahrens festgeschrieben. Dafür wurde die gerichtliche Kontrolle als Aufsicht einer öffentlichen Stelle normiert. Auf die EuGH-Rsp zu den einzelnen Voraussetzungen der Insolvenzausnahme in der RL 2001/23 soll nun eingegangen werden.⁴¹⁾

1. Konkursverfahren oder entsprechendes Verfahren

In den Vorabentscheidungsverfahren zur RL 2001/23 lag lediglich in der Rs *Plessers* kein „Konkursverfahren oder ein entsprechendes Verfahren“ vor.⁴²⁾ Dort ging es um ein gerichtliches Reorganisationsverfahren nach belgischem Recht, das lediglich in ein Konkursverfahren münden kann. Nach dem EuGH erstreckte sich die Insolvenzausnahme **nicht** auf Vorgänge, die einen **Konkurs vorbereiten**, zu dem es schlussendlich aber nicht kommt.⁴³⁾ Anders verhält es sich nach der Rs *FNV* jedoch, wenn der vor Eröffnung eines Konkursverfahrens vorbereitete Betriebsübergang erst nach der Eröffnung des Verfahrens vollzogen wird.⁴⁴⁾ Ein solcher Vorgang könne unter den Begriff des „Konkursverfahrens“ fallen.⁴⁵⁾ Es ist somit auf die **Konkureröffnung** abzustellen.

Nach den Schlussanträgen zur Rs *FNV* handle es sich außerdem um kein „klassisches“ Konkursverfahren, wenn die **Verfahrenseinleitung** nur durch das notleidende Unternehmen selbst zulässig ist, nicht jedoch wie üblich durch verschiedene Parteien, wie bspw **Gläubiger**.⁴⁶⁾ Auch wenn ein Unternehmensverkauf durch die Unternehmensleitung vorbereitet, kontrolliert und letztlich entschieden werde, spreche dies gegen das Vorliegen eines Konkursverfahrens.⁴⁷⁾ Dem Schuldner müsse somit die **Verfügungsmacht entzogen** werden.⁴⁸⁾

2. Aufsicht einer öffentlichen Stelle

In der Entscheidung *FNV* hatte der Gerichtshof das niederländische „Pre-pack“-Verfahren zu beurteilen, bei dem ein Betriebsübergang außergerichtlich vorbereitet und erst nach Insolvenzeröffnung vollzogen wird.⁴⁹⁾ Das Kriterium der Aufsicht einer öffentlichen Stelle verlange jedenfalls eine Rechtsgrundlage in den nationalen Rechtsvorschriften. Mangels gesetzlicher Verankerung des „Pre-pack“-Verfahrens und damit einhergehender formeller Befugnisse des Verwalters in spe sei die gerichtliche Aufsicht iSd Art 5 Abs 1

TMD, Rn 56 FN 34: „Die Urteile des Gerichtshofs, die durch Art 5 Abs 1 der RL 2001/23 tatsächlich kodifiziert wurden, waren die Urteile *Abels*, *d'Urso*, *Spano*, *Dethier*.“

33) RL 89/50/EG ABIL 1980/283, 23, und RL 2001/23/EG ABIL 2001/82, 16.

34) Siehe Übereinstimmungstabelle der RL 2001/23, Anhang II.

35) *Winter in Franzen/Gallner/Oetker*, EUArbR³ (2020) Art 5 RL 2001/23 Rz 2; *Bothe*, ZIP 2017, 2441 (2442).

36) EuGH C-688/13, *Gimnasio Deportivo*, ECLI:EU:C:2015:46, Rn 42; bestätigend EuGH C-126/16, *FNV*, Rn 41; EuGH C-509/17, *Plessers*, Rn 38; EuGH verbRs C-674/18 und C-675/18, *TMD*, Rn 64.

37) Siehe vorherige FN.

38) Nach GA *Mengozi* (SA C-126/16, *FNV*, Rn 52) bestehe kein Zweifel daran, dass Art 5 Abs 1 unter Berücksichtigung der Grundsätze ausgelegt werden muss, die der Gerichtshof in den Rs *Abels*, *d'Urso*, *Spano*, *Dethier* entwickelt hat.

39) Zu Art 4a RL 98/50 ist mangels Vorlagefrage keine Entscheidung des EuGH ergangen. Während EuGH C-399/96, *Europièces SA*, Rn 7 ist die RL 98/50 zwar in Kraft getreten, allerdings war noch die RL 77/187 anwendbar.

40) Vgl *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts (2013) 335f.

41) Siehe bereits FN 39.

42) EuGH C-509/17, *Plessers*, Rn 42f.

43) EuGH C-126/16, *FNV*, Rn 45.

44) EuGH C-126/16, *FNV*, Rn 45.

45) EuGH C-126/16, *FNV*, Rn 46.

46) SA *Mengozi* C-126/16, *FNV*, Rn 80.

47) SA *Mengozi* C-126/16, *FNV*, Rn 81.

48) *Rebhahn*, JBl 1999, 621 (628).

49) EuGH C-126/16, *FNV*, Rn 53ff.

nicht erfüllt. Zurecht kritisiert wurde an dieser Entscheidung, dass der Gerichtshof der staatlichen Aufsicht einen **neuen, strengeren Maßstab** unterstelle als in seiner vor Inkrafttreten der RL 2001/23 ergangenen Rsp.⁵⁰⁾ War die staatliche Aufsicht bisher nur ein Kriterium von mehreren zur Beurteilung der (subsidiär heranzuziehenden) Ausgestaltung des Verfahrens, so ist die Entscheidung *FNV* dahingehend zu verstehen, dass unter Berufung auf Art 5 eine **intensive Kontrolldichte** sichergesellt werden solle.

Den Anforderungen der Aufsicht einer öffentlichen Stelle ebenfalls nicht gerecht wird, nach der Rs *Plessers*, die Kontrolle eines Mandatsträgers im Rahmen der gerichtlichen Reorganisation durch Übertragung unter der Autorität des Gerichts.⁵¹⁾

3. Ziel der Auflösung des Vermögens

Aus österreichischer Perspektive ist das Kriterium des Ziels des Verfahrens wohl das wichtigste.⁵²⁾ Zielt das Verfahren auf die **Auflösung des Vermögens des Veräußerers** ab, ist ein Betriebsübergang im Rahmen eines solchen Verfahrens gem Art 5 Abs 1 von Art 3 und 4 der RL 2001/23 ausgenommen. Nach der EuGH-Rsp ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, wenn das fragliche Verfahren primär auf die **Fortführung der Geschäftstätigkeit** gerichtet ist.⁵³⁾

a) Fortführung der Geschäftstätigkeit

In der Rs *FNV* bestätigt der Gerichtshof die Entscheidungen *d'Urso* und *Spano*: Es sind die einzigen zum Verhältnis Konkurs und Betriebsübergang, die der EuGH nach Inkrafttreten der RL 2001/23 ausdrücklich bestätigt hat.⁵⁴⁾ Die bereits dargestellte Judikaturlinie hat somit seine **Gültigkeit bewahrt**.

In der Rs *FNV* hielt der EuGH fest, dass **gewisse Überschneidungen** zwischen dem **Ziel der Fortführung der Geschäftstätigkeit** und jenem der **Auflösung des Vermögens** mit einhergehender Erlösmaximierung für die Gläubiger möglich seien. Primäres Ziel eines auf die Fortführung der Geschäftstätigkeit abzielenden Verfahrens sei aber jedenfalls die **Erhaltung des betreffenden Unternehmens**.⁵⁵⁾ Diese Entscheidung legt nahe, dass selbst dann, wenn *auch* die Maximierung der Gläubigerbefriedigung verfolgt wird, die Fortführung des Unternehmens dem Zweck der Vermögensauflösung *stets* entgegensteht. Zu bedenken gilt es jedoch, dass sich der EuGH gerade nicht dazu geäußert hat, ob der Übergang eines „lebenden“ Unternehmens im Insolvenzverfahren als ein Mittel zur Erlösmaximierung für die Gläubiger gesehen werden kann.⁵⁶⁾ Darüber hinaus ist die Ausnahme vom Betriebsübergangsrecht bei der Rs *FNV* nicht nur am Zweck des Verfahrens gescheitert, sondern auch an der fehlenden Aufsicht einer öffentlichen Stelle im konkreten Verfahren.⁵⁷⁾

Die jüngste Entscheidung Rs *TMD*⁵⁸⁾ erging zum Insolvenzverfahren nach deutschem Recht, das die Eintrittsautomatik des Betriebsübergangs auch bei Insolvenz zur Anwendung bringt.⁵⁹⁾ Dennoch prüfte der EuGH als Vorfrage, ob die Voraussetzungen des Art 5 Abs 1 vorlagen, um sich dann der Vorlagefrage zu Art 5 Abs 2, wonach Haftungserleichterungen für Erwerber vorgesehen werden können, zu widmen. Der

EuGH führte aus, es läge kein Verfahren mit dem Ziel der Auflösung des Vermögens des Veräußerers vor, weil die Fortführung der Geschäftstätigkeit nach dem Übergang bezweckt werde. Woher diese Rechtsansicht kommt, ist mangels Begründung unklar. Aus den Sachverhaltsdarstellungen ergibt sich nur, dass das Unternehmen im konkreten Fall fortgeführt wurde.⁶⁰⁾ Fraglich ist, ob der EuGH **von der konkreten Unternehmensfortführung auf den abstrakten Zweck des Verfahrens** geschlossen hat. Mangels Entscheidungserheblichkeit des Verfahrenszwecks im Fall des Art 5 Abs 2 und der darauf bezogenen Vorlagefrage dürfen die Ausführungen des EuGH in der Rs *TMD* allerdings nicht überbewertet werden.

b) (Keine) Unterscheidung zwischen Unternehmen und Unternehmensträger

Sowohl von Generalanwälten⁶¹⁾ als auch von der Lit⁶²⁾ wird gefordert, bei der Beurteilung der Vermögensauflösung zwischen dem **schuldnerischen UTräger** und dem **konkreten Unternehmen** zu unterscheiden. Art 5 Abs 1 stelle ihrer Ansicht nach auf die Vermögensauflösung des schuldnerischen UTrägers ab, nicht jedoch darauf, dass die Geschäftstätigkeit des konkreten Unternehmens eingestellt wird.

Aus Gründen der Rechtssicherheit und Transparenz ist dieser Argumentation einiges abzugewinnen. Allerdings ist festzuhalten, dass sich der **EuGH** in seinen mittlerweile zahlreichen Entscheidungen **nicht ausdrücklich zur Unterscheidung zwischen Unternehmen und UTräger bekannt** hat.⁶³⁾ Das gilt umso mehr, als er sich in zwei Fällen nicht zu den dahingehenden Ausführungen der GA geäußert hat, obwohl er schließlich zum gegenteiligen Ergebnis kam.⁶⁴⁾ Es ist daher nicht gesichert, dass im Falle von übertragenden Sanierungen die Voraussetzung der Vermögensauflösung erfüllt werden kann.

Der der Rs *Abels* zugrunde liegende Sachverhalt läßt zwar darauf schließen, dass es sich damals um eine übertragende Sanierung gehandelt hat.⁶⁵⁾ Doch wird die **Rs Abels** seit dem Inkrafttreten der RL 2001/23

50) *Bothe*, ZIP 2017, 2441 (2446).

51) EuGH C-509/17, *Plessers*, Rn 47.

52) Siehe hierzu D.3.

53) Siehe bereits B.2.a.

54) EuGH C-126/16, *FNV*, Rn 47f.

55) EuGH C-126/16, *FNV*, Rn 48; bestätigend EuGH C-509/17, *Plessers*, Rn 44f.

56) Die dahingehende Vorlagefrage hat der EuGH umformuliert: EuGH C-126/16, *FNV*, Rn 28, 36f, ebenso EuGH C-509/17, *Plessers*, Rn 47.

57) EuGH C-126/16, *FNV*, Rn 53ff.

58) EuGH verbRs C-674/18 und C-675/18, *TMD*.

59) *Müller-Glöße* in MüKo zum BGB⁸ (2020) § 613a Rz 176.

60) EuGH verbRs C-674/18 und C-675/18, *TMD*, Rn 21, 29.

61) SA *Van Gerven*, C-362/89, *d'Urso*, Rn 26; SA *Lenz* C-319/94, *De-thier Equipement*, Rn 39.

62) Bspw *Reissner*, öRdA 2009, 334 (339); *Graf*, ZAS 2008, 278 (283); *Weber*, EuZW 1998, 583 (585); *Weber*, wbl 1998, 518 (522f).

63) So auch *Bothe*, ZIP 2017, 2441 (2444), der sogar davon ausgeht, dass der EuGH auf das konkrete Unternehmen abstellt.

64) Siehe FN 62. Ebenso hinsichtlich der Rs *d'Urso*: *Weber*, EuZW 1998, 583 (584f).

65) EuGH 135/83, *Abels*, Rn 3; ebenso vom selben Tag EuGH 186/83, *Botzen*, Rn 3f.

vom EuGH nicht mehr zitiert. Eventuell ist sich der EuGH dieses Widerspruchs⁶⁶⁾ also bewusst.

4. Zwischenergebnis

Seit der RL 2001/23 prüft der EuGH nunmehr, ob die in Art 5 Abs 1 normierten Voraussetzungen **kumulativ** vorliegen. Zur Klärung der ersten Voraussetzung, ob ein Konkursverfahren oder ein entsprechendes Verfahren vorliegt, kann die EuGH-Rsp zur RL 77/187 herangezogen werden.⁶⁷⁾ Folgende Merkmale sprechen dafür, dass ein Verfahren vorliegt, das von Art 3 und Art 4 ausgenommen ist: Zahlungsunfähigkeit, Gesamtvollstreckungsverfahren, besonderes Verfahren zur Forderungsfeststellung, Schutz der Gläubigerinteressen, Verfahrenseinleitung durch vom Schuldner verschiedene Personen, wie bspw die Gläubiger.

Die zweite Voraussetzung der **Aufsicht einer öffentlichen Stelle** wurde durch seine ausdrückliche Normierung aufgewertet. Bei der Beurteilung der **Vermögensauflösung** als dritte Voraussetzung unterscheidet der Gerichtshof nicht zwischen Unternehmen und UTräger. Der EuGH-Rsp ist weiters **kein ausdrückliches Bekenntnis zur übertragenden Sanierung** zu entnehmen.

Der EuGH hat sich zu dem Verhältnis seiner Rsp zur RL 77/187 und jener zu Art 5 Abs 1 RL 2001/23 bislang nicht geäußert. Im Fokus der heutigen Rsp steht die möglichst lückenlose Anwendung der Betriebsübergangs-RL, insb wenn die Fortführung des Unternehmens bezweckt wird, was im Widerspruch zur Rs *Abels* steht.

D. Richtlinienkonformität des § 3 Abs 2 AVRAG?

1. Konkursverfahren oder entsprechendes Verfahren

Die nationale Umsetzung der unionsrechtlichen Insolvenzausnahme findet sich in § 3 Abs 2 AVRAG. Sie sieht eine Ausnahme von den Regelungen des Betriebsübergangs vor, wenn über den Veräußerer ein **Konkursverfahren** oder ein **Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung** eröffnet wurde.

Sowohl das Sanierungs- als auch das Konkursverfahren setzen die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens durch Beschluss des Insolvenzgerichts voraus. Es handelt sich nicht um vorbereitende Maßnahmen vor Eröffnung des Verfahrens iS der Rs *FNV*.⁶⁸⁾ In beiden Fällen ist die Einzelzwangsvollstreckung mit Eröffnung des Verfahrens untersagt und es besteht ein besonderes Verfahren zur Feststellung der Insolvenzforderungen, was für ein „Konkursverfahren“ im unionsrechtlichen Sinn spricht. Damit im Einklang steht auch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und auf Antrag der Gläubiger oder des Schuldners. Weiters wird dem Schuldner die Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse entzogen.

Abgeschwächt sind diese Merkmale **beim Sanierungsverfahren**: Dieses kann nur auf Eigenantrag des Schuldners eröffnet werden und ist bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit möglich.⁶⁹⁾ Bei Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung behält der Schuldner

außerdem die Befugnis, Geschäfte des gewöhnlichen Unternehmensbetriebs abzuschließen. Allerdings wird dem Schuldner ein Sanierungsverwalter zur Seite gestellt, dem ein Einspruchsrecht zukommt. Bei Geschäften, die nicht zum gewöhnlichen Unternehmensbetrieb gehören, ist die Zustimmung des Sanierungsverwalters einzuholen. Beim Verkauf des Unternehmens ist die Genehmigung des Insolvenzgerichts und des Gläubigerausschusses einzuholen, und zwar sowohl beim Konkursverfahren als auch beim Sanierungsverfahren mit und ohne Eigenverwaltung.⁷⁰⁾ Die Sanierung des UTrägers ist zudem von der Zustimmung des Gläubigerausschusses beim Sanierungsplan abhängig,⁷¹⁾ wodurch die Gläubigerinteressen geschützt werden.⁷²⁾

Zusammengefasst ist die erste Voraussetzung des Art 5 Abs 1 daher jedenfalls **beim Konkursverfahren erfüllt**. Beim Sanierungsverfahren mit und ohne Eigenverwaltung ist in einer Gesamtbetrachtung auch davon auszugehen, dass es nicht an der ersten Voraussetzung scheitert, wenngleich die Merkmale weniger stark ausgeprägt sind.

2. Aufsicht einer öffentlichen Stelle

Nach Art 5 Abs 1 RL 2001/23 kann unter der Aufsicht einer öffentlichen Stelle auch ein „**Insolvenzverwalter**“ verstanden werden, was unionsrechtlich autonom auszulegen ist. Der Insolvenzverwalter nach österreichischem Recht ist ein unabhängiger Dritter, der vom Insolvenzgericht bestellt und auch kontrolliert wird.⁷³⁾ Im Konkursverfahren wird der Insolvenzverwalter als Masseverwalter bezeichnet.⁷⁴⁾ Hier ist die Voraussetzung der Aufsicht einer öffentlichen Stelle unproblematisch erfüllt. Ebenso verhält es sich im Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung.

Im **Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung** wird kein Masseverwalter, sondern ein **Sanierungsverwalter** bestellt, dessen Befugnisse eingeschränkt sind.⁷⁵⁾ Es mangelt jedoch nicht an der gesetzlichen Festlegung der formalen Befugnisse.⁷⁶⁾ Auch wenn der Sanierungsverwalter grundsätzlich nicht Verfügungsbefugigt ist, kommt ihm dennoch die Aufsicht über die Geschäftsführung des Schuldners zu. Bei Geschäften, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, ist sogar seine Zustimmung nötig.⁷⁷⁾ Der Sanierungsverwalter wird vom Insolvenzgericht kontrolliert und haftet gegenüber den Gläubigern.⁷⁸⁾ Sind aus der Eigenverwal-

66) Vgl *Medem*, ZESAR 2018, 127 (136).

67) Sofern man der hA folgt, wonach die EuGH-Rsp zur RL 77/187 in Art 5 Abs 1 RL 2001/23 kodifiziert wurde.

68) EuGH C-126/16, *FNV*, Rn 45.

69) § 167 Abs 2, § 169 IO.

70) § 117 Abs 1 Z 1, § 172 Abs 1 Z 4 IO.

71) § 147 Abs 1 IO.

72) Geringe Ausprägung der Gläubigerinteressen wurde bemängelt bei EuGH C-362/89, *d'Urso*, Rn 33.

73) *Kodek*, Insolvenzrecht² (2019) Rz 69, 73, 82.

74) *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 63.

75) *Lentsch in Lovrek/Koller/Spitzer*, IO (2019) § 169 Rz 7.

76) Anders als bei EuGH C-126/16, *FNV*, Rn 53ff.

77) *Jaufer*, Sanierungsverfahren, in *Grininger/Jaufer/Schumacher* (Hrsg), Deutsch-Österreichischer Rechts- und Praxisvergleich im Insolvenzrecht (2018) 63 (71); *Lentsch in Lovrek/Koller/Spitzer*, IO § 169 Rz 3.

78) § 177 Abs 2 iVm § 81 IO.

tung Nachteile für die Gläubiger zu befürchten, ist dem Schuldner die Eigenverwaltung vom Gericht zu entziehen. Somit unterliegen sowohl Schuldner als auch Sanierungsverwalter letztlich der Kontrolle des Gerichts, nicht aber jener einer Hauptversammlung.⁷⁹⁾ Die Veräußerung des Unternehmens bedarf der Zustimmung des Insolvenzgerichts und des Gläubigerausschusses.⁸⁰⁾

Bezüglich der zweiten Voraussetzung des Art 5 Abs 1 kann daher festgehalten werden, dass diese im Fall des österreichischen **Konkursverfahrens und des Sanierungsverfahrens ohne Eigenverwaltung** erfüllt ist. Im Falle des Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung ist die Aufsicht einer öffentlichen Stelle zwar schwächer ausgeprägt, wird aber nach der derzeitigen EuGH-Rsp dennoch zu bejahen sein.

3. Ziel der Auflösung des Vermögens?

Spannend ist die Frage, ob das österreichische Insolvenzverfahren auf die Auflösung des Vermögens abzielt. **Traditioneller Zweck** des Insolvenzverfahrens ist die geordnete Haftungsabwicklung und die Maximierung der Gläubigerbefriedigung,⁸¹⁾ was im Einklang mit der EuGH-Rsp steht.

Seit einigen Jahrzehnten entwickelt sich das Insolvenzrecht jedoch **zunehmend in Richtung Sanierungsrecht**.⁸²⁾ Das zeigt sich beispielsweise am Stellenwert, den die Unternehmensfortführung im Insolvenzverfahren einnimmt. Seit dem IRÄG 1982 besteht eine Unternehmensfortführungsverpflichtung des Insolvenzverwalters bis zur Berichtstagsatzung, es sei denn, dies würde offenkundig zur Erhöhung des Ausfalls der Gläubiger führen.⁸³⁾ In dieser sogenannten Prüfphase des Insolvenzverfahrens sind Unternehmensveräußerungen darüber hinaus ausschließlich als Ganzes zulässig und das auch nur dann, wenn der Verkauf offenkundig dem gemeinsamen Interesse der Gläubiger entspricht.⁸⁴⁾ Die Fortführung des Unternehmens wird auch materiellrechtlich begünstigt: Das Austrittsrecht der AN in der Insolvenz nach § 25 IO besteht während der Fortführung des Unternehmens nicht.⁸⁵⁾ Darüber hinaus besteht in den ersten sechs Monaten nach Insolvenzeröffnung eine Vertragsauflösungssperre der Vertragspartner des Schuldners, wenn durch die Vertragsauflösung die Fortführung des Unternehmens gefährdet würde.⁸⁶⁾ Damit einher gehen auch die Bemühungen des Gesetzgebers, das Insolvenzrecht zu entstigmatisieren, um die rechtzeitige Insolvenzantragstellung durch den Schuldner zu fördern.⁸⁷⁾

Ein **Rangverhältnis** zwischen dem Ziel der Sanierung des Unternehmens und dem Ziel der Gläubigerbefriedigung **kann der IO nicht ausdrücklich entnommen werden**.⁸⁸⁾ Es ist strittig, ob das Ziel der Sanierung das Ziel der Gesamtexekution mittlerweile abgelöst hat⁸⁹⁾ oder nicht.⁹⁰⁾ Konsens besteht wohl nur dahingehend, dass die Unternehmensfortführung kein Selbstzweck sein darf und dem Insolvenzrecht nach wie vor eine Auslesefunktion von nicht lebensfähigen Unternehmen zukommt.⁹¹⁾

Das soeben Gesagte gilt für Konkursverfahren iSd §§ 180 ff IO und Sanierungsverfahren grundsätzlich gleichermaßen. Seit dem IRÄG 2010 besteht in Österreich ein einheitliches Verfahrensgebäude, nämlich das Insolvenzverfahren, bei dem es nur unterschiedliche

Ausgestaltungen gibt.⁹²⁾ Sowohl im Konkursverfahren als auch im Sanierungsverfahren kann ein Sanierungsplan abgeschlossen werden, der bei seiner Erfüllung zur Entschuldung des Insolvenzschuldners führt. Ein aussichtsreicher Sanierungsplan wird durch entsprechende Vorschriften des Verwertungsschutzes unterstützt – die Vermögensverwertung ist hier nicht geboten.⁹³⁾ Es zeigt sich also, dass das österreichische Verfahrensgebäude flexibel ausgestaltet ist: Auch im Konkursverfahren kommt es nicht zwingend zur Verwertung des Vermögens.⁹⁴⁾ Das **Konkursverfahren iSd §§ 180 IO erfüllt daher nicht zwingend die Voraussetzung der Vermögensauflösung** im Sinne der EuGH-Rsp.

Während das Konkursverfahren ergebnisoffen konzipiert ist, gibt es in einem Sanierungsverfahren stets einen Sanierungsplan(vorschlag), den der Schuldner mit dem Antrag auf Eröffnung eines Sanierungsverfahrens vorzulegen hat.⁹⁵⁾ Wird dieser nicht angenommen, ist die Bezeichnung des Verfahrens in Konkursverfahren zu ändern.⁹⁶⁾ Darüber hinaus gilt im Sanierungsverfahren in den ersten 90 Tagen nach Insolvenzeröffnung ein absolutes Verwertungsverbot des Unternehmens.⁹⁷⁾ Das **Sanierungsverfahren ist daher nicht auf Liquidation gerichtet**.⁹⁸⁾

Vom Abschluss des Sanierungsplans zur Entschuldung des UTrägers ist die Fortführung des Unternehmens zum Zweck der Veräußerung (**übertragende Sa-**

79) Anders als bei EuGH C-319/94, *Dethier Équipement*, Rn 29.

80) § 171 Abs 2 IO.

81) Für viele *Kodek* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 1 Rz 3; *Lentsch*, Unternehmensfortführung (1998) 23.

82) *Kodek* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 1 Rz 4; *Lentsch*, Unternehmensveräußerung, in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora*, Insolvenz- und Sanierungsrecht, JB 13 (2013) 313 (319); *Mohr*, Sanierungsplan Rz 9; *Nunner-Krautgasser*, Allgemeines zum Insolvenzrecht in *Nunner-Krautgasser/Reissner*, PraxisHB Insolvenz und Arbeitsrecht² 1 (2f).

83) *Lovrek* in *Buchegger IV*⁴ § 114a KO Rz 5; *F. Riel*, Das Zwangsausgleichsverfahren (2005) 28f.

84) § 114a Abs 1 IO.

85) § 25 Abs 1 Z 2 lit b IO.

86) § 25a IO.

87) *Kodek* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 1 Rz 7; *Wabl*, Stärkung des Binnenmarkts durch Harmonisierung des Insolvenzrechts, in *M. Kopetzki et al* (Hrsg), *Autoritäres vs Liberales Europa II* (2019) 107 (109).

88) *Kodek* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 1 Rz 4.

89) Nach *Boesch*, Betriebsübergang und Insolvenz (1998) 114, ist dies zumindest bis zur Berichtstagsatzung und während einer beschlossenen Unternehmensweiterführung der Fall. Von zwei alternativen Zielen, die seit dem IRÄG 1982 verfolgt werden, sprechen *Chalupsky/Duursma-Kepplinger*, Fortführung, in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager* (Hrsg), *Krisenmanagement Sanierung Insolvenz* (2002) 373 (378 FN 13).

90) *Reissner/Haider* in *Nunner-Krautgasser/Reissner*, PraxisHB Insolvenz und Arbeitsrecht² 115 (127); *Lovrek* in *Buchegger IV*⁴ § 114a KO Rz 40.

91) *Lovrek* in *Buchegger IV*⁴ § 114a KO Rz 13; *Riel*, ZIK 2020, 1 (3f); *Lentsch*, Unternehmensfortführung in der Insolvenz, in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmensfortführung 67 (72, 78); *Lentsch*, Unternehmensfortführung 24.

92) *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 11.

93) *Reckenzaun* in *Nunner-Krautgasser/Reissner*, PraxisHB Insolvenz und Arbeitsrecht² 145 (164). Vgl auch § 180 Abs 2 IO.

94) *Mohr*, Sanierungsplan Rz 9. Siehe bereits zur Rechtslage vor dem IRÄG 2010: *Weber*, EuZW 1998, 583 (584f).

95) Siehe Voraussetzungen des § 167 IO.

96) § 167 Abs 3 IO.

97) *Lentsch* in *Lovrek/Koller/Spitzer*, IO § 168 Rz 2.

98) So auch *Reisch* in *Lichtkoppler/Reisch*, HB Unternehmenssanierung Rz 2.95.

nerung) zu unterscheiden. Eine übertragende Sanierung kann wiederum sowohl im Konkursverfahren als auch im Sanierungsverfahren durchgeführt werden. Wie dargelegt, ist die EuGH-Rsp von dem Grundgedanken geprägt, dass das Ziel der Auflösung des Vermögens im Fall der Fortführung des Unternehmens zum Zweck der späteren Übernahme nicht erfüllt ist. Diese Judikaturlinie ist jedoch stets in Zusammenhang mit dem konkreten Sachverhalt zu sehen und kann nicht 1:1 auf das österreichische Insolvenzverfahren übertragen werden. Vielmehr hat sich gezeigt, dass sich der EuGH bisher weder für noch gegen die übertragende Sanierung ausgesprochen hat. Wie er das österreichische Insolvenzverfahren inkl Fortführungsverpflichtung des Insolvenzverwalters beurteilen würde, bleibt daher ungewiss. Der OGH hat dem EuGH die Fassung des § 3 Abs 2 AVRAG vor dem IRÄG 2010 nicht vorgelegt und festgehalten, dass die Ausnahme von der Übertragung ganzer Unternehmen zumindest im Rahmen von Konkursverfahren zulässig sei.⁹⁹⁾

Die dritte Voraussetzung des Art 5 Abs 1 RL 2001/23 liegt daher im Fall des Sanierungsverfahrens nicht vor. Im Sinne der EuGH-Rsp ist aber wohl auch im Konkursverfahren das Erfordernis der Vermögensauflösung nicht erfüllt, sofern ein Sanierungsplan abgeschlossen wird und damit ebenfalls auf die Sanierung des UTrägers abgezielt wird. Offen bleibt, wie übertragende Sanierungen aus Sicht der EuGH-Rsp zu beurteilen sind.

E. Fazit

Das **österreichische Konkursverfahren ieS** ist als ein „Konkursverfahren oder entsprechendes Verfahren“ iS der der EuGH-Rsp zu Art 5 Abs 1 RL 2001/23 anzusehen, das unter der Aufsicht einer öffentlichen Stelle steht. Das (eine) Ziel des österreichischen Insolvenzverfahrens zu beurteilen, wie es die EuGH-Rsp vor Augen hat, ist aus den aufgezeigten Gründen nur schwer möglich. Das gilt selbst für das Konkursverfahren, weil auch in dessen Rahmen der Abschluss eines Sanierungsplans und damit die Sanierung des UTrägers möglich ist.¹⁰⁰⁾ Insoweit ist die Voraussetzung der Auflösung des Vermögens des Veräußerers iS der EuGH-Rsp selbst im Konkursverfahren ieS nicht erfüllt.

Das **Sanierungsverfahren** (ob mit oder ohne Eigenverwaltung) zielt auf die Sanierung des UTrägers ab: Ohne Sanierungsplan(vorschlag) gibt es kein Sanierungsverfahren. Das Verfahren kann auch ausschließlich auf Antrag des Schuldners eröffnet werden und setzt nicht zwingend die Zahlungsunfähigkeit voraus. Überdies wird dem Schuldner bei Eigenverwaltung die Verfügungsbefugnis nur beschränkt entzogen. In Zu-

sammenschau der EuGH-Rsp zu den drei Voraussetzungen des Art 5 Abs 1 ergibt sich daher, dass das Sanierungsverfahren kein Konkursverfahren iS der unionsrechtlichen Insolvenzausnahme ist.¹⁰¹⁾ Das gilt umso mehr, wenn dem Schuldner die Eigenverwaltung zukommt. Folgt man der EuGH-Rsp, ist daher die Bestimmung des § 3 Abs 2 AVRAG, soweit sie das Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung vom Betriebsübergang ausnimmt, **unionsrechtswidrig**.¹⁰²⁾

Vom EuGH nach wie vor nicht abschließend geklärt ist die Frage, wie sich die **übertragende Sanierung** im Konkursverfahren zur Insolvenzausnahme verhält. In diesem Punkt zeigt sich auch das **Spannungsverhältnis zwischen Insolvenz- und Arbeitsrecht beim Betriebsübergang**.¹⁰³⁾ Die Entwicklungen im Insolvenzrecht gehen sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene immer mehr in Richtung Sanierungsrecht.¹⁰⁴⁾ Vielfach wird vorgebracht, die zunehmend restriktive Handhabung der Insolvenzausnahme stehe diesem Sanierungsgedanken entgegen.¹⁰⁵⁾ Nicht vernachlässigt werden darf jedoch die Frage, zulasten welcher Gläubiger die Sanierung des Unternehmens vorgenommen werden soll und welchen Stellenwert der Schutz der AN in der Insolvenz einnimmt. Diese Wertung kann nur der Gesetzgeber vornehmen.¹⁰⁶⁾

Bezeichnenderweise hält die RL 2019/1023 über den präventiven Restrukturierungsrahmen als neuestes Sanierungsinstrument ausdrücklich fest, dass die Arbeitnehmerrechte der RL 2001/23 nicht beeinträchtigt werden.¹⁰⁷⁾ Daraus lassen sich zwar keine Rückschlüsse für die Insolvenzausnahme ziehen, zumal das neue Verfahren gerade keine Zahlungsunfähigkeit voraussetzt. Es zeigt jedoch, dass auf europäischer Ebene **nicht von „Sanierung um jeden Preis“** gesprochen werden kann. Vielmehr braucht es eine Abwägung sämtlicher Interessen.¹⁰⁸⁾

99) OGH 7. 2. 2008, 9 ObA 161/07 b.

100) So auch *Weber*, ASoK 1999, 5 noch zum Zwangsausgleich vor dem IRÄG 2010.

101) Ebenso *Weber-Wilfert*, ZIK 2018, 5 (8).

102) Ebenso *Weber-Wilfert* in *Konecny*, IRÄG 2010 – ZIK Spezial, 59 (76); aA *Reissner/Haider* in *Nunner-Krautgassner/Reissner*, PraxisHB Insolvenz und Arbeitsrecht² 115 (127, 133); Richtlinienkonformität hinsichtlich Sanierungsverfahren anzweifeln: *Gahleitner* in *ZellKomm*⁹ § 3 AVRAG Rz 28.

103) Vgl *Löw*, Betriebsveräußerung im europäischen Arbeitsrecht (1992) 141 ff.

104) *Heese*, JZ 2018, 179; *Thole*, JZ 2011, 765; *Paulus* in *M. Konecny* (Hrsg), InsForum 2008 (2009) 105; *Wabl* in *Kopetzki et al*, Autoritäres vs Liberales Europa 107.

105) *Casper*, EuZA 2020, 236 (240f); *Paulus*, EWir 2017, 467 (468); grundlegend *Rechberger* in *Tomanl* (Hrsg), der Betriebs(teil)übergang im Arbeitsrecht (1995) 55 (68); *Konecny*, *ecolex*, 1993, 836.

106) Vgl *Konecny* in *Konecny*, InsForum 2008, 51 (64).

107) Art 13 Abs 1 lit e sowie ErwGr 60 und 62 RL 2019/1023/EU ABl L 2019/172, 18.

108) Vgl hierzu bereits *Rebhahn*, JBl 1999, 621 (629ff).

→ In Kürze

- Mit Inkrafttreten des Art 5 Abs 1 RL 2001/23 hat sich der Umfang der Insolvenzausnahme verringert. Die aktuelle EuGH-Rsp ist davon geprägt, die Eintrittsautomatik des Betriebsübergangs möglichst lückenlos anzuwenden, was sich besonders bei der Voraussetzung der Auflösung des Vermögens zeigt.
- Die österreichische Umsetzung der Insolvenzausnahme in § 3 Abs 2 AVRAG steht hinsichtlich der

Ausnahme von Betriebsübergängen im Rahmen von Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung nicht im Einklang mit der EuGH-Rsp.

- Das österreichische Konkursverfahren ieS enthält zunehmend Sanierungselemente, wodurch die Ausnahme in einem Spannungsverhältnis zur restriktiven EuGH-Rsp steht. Das gilt insb dann, wenn ein Sanierungsplan abgeschlossen wird.
- Unklar bleibt, wie die übertragende Sanierung im Lichte der EuGH-Rsp zu beurteilen ist.



→ Zum Thema**Über die Autorin:**

Helena Palle, LL. M. (WU), BSc (WU), ist Universitätsassistentin am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien.
Kontaktadresse: Schenkenstraße 8–10, 1010 Wien.
Tel: +43 1 4277 35635, E-Mail: helena.palle@univie.ac.at

Von derselben Autorin erschienen:

Arbeiter und Angestellte im Sozialversicherungsrecht, ZAS 2020, 309.

