

RAW

Österreichisches
Recht der Wirtschaft

12a/2009

Herausgeber:

Werner Doralt

Gert Iro

Gunter Mayr

Christian Nowotny

Ulrich Runggaldier

Sonderheft zum 60. Geburtstag von o.Univ.-Prof. Dr. Ulrich Runggaldier

mit Beiträgen von:

Helwig Aubauer

Karin Burger-Ehrnhofer

Monika Drs

Julia Eichinger

Andreas Freundorfer

Bernhard W. Gruber

Lisa Kulmer

Klaus Mayr

Andrea Potz

Remo Sacherer

Georg Schima

René Schindler

Bernhard Schwarz

Andreas Tinhofer

 LexisNexis®

12a/2009, S. 753 – 820

Art.-Nr. 767 – 780

■ RdW 2009/780, 816

Die organisatorischen Grenzen der sozialen Gestaltungspflicht im allgemeinen Kündigungsschutz (Betrieb, Unternehmen, Konzern)

Bei der gerichtlichen Anfechtung einer betriebsbedingten Kündigung wegen Sozialwidrigkeit stellt sich die Frage nach der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des gekündigten Arbeitnehmers. In einer aktuellen Entscheidung hat der OGH klargestellt, dass dabei die Verhältnisse in anderen Konzernunternehmen nur in Ausnahmefällen zu prüfen sind. Der gegenständliche Beitrag setzt sich kritisch mit der einschlägigen Lehre und Rechtsprechung zu diesem Thema auseinander.

Dr. Andreas Tinhofer
Rechtsanwalt in Wien

1. Einleitung

Nach dem Wortlaut des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG müssen „betriebliche Erfordernisse“ der Weiterbeschäftigung des betroffenen Arbeitnehmers „entgegenstehen“, um dessen Kündigung zu rechtfertigen. Es soll also der Arbeitgeber bei der Verfolgung unternehmerischer Ziele auf die Kündigung von sozial schutzwürdigen Arbeitnehmern möglichst verzichten und stattdessen auf alternative Maßnahmen ausweichen. Diese Obliegenheit des Arbeitgebers nennt man „soziale Gestaltungspflicht“. Sie ist seit 1988¹⁾ fester Bestandteil der einschlägigen Rsp.²⁾

Zur sozialen Gestaltungspflicht gehört auch die Frage, ob die Suche nach einem Ersatzarbeitsplatz auf den Betrieb beschränkt ist, dem der Arbeitnehmer nach § 36 ArbVG angehört. Oder sind auch andere Betriebe des Unternehmens oder gar andere Unternehmen des Konzerns einzubeziehen? Die hL schließt die Berücksichtigung von Beschäftigungsmöglichkeiten außerhalb des Betriebs des betroffenen Arbeitnehmers grundsätzlich aus, lässt jedoch einige Ausnahmen von diesem Grundsatz zu.

Auch der OGH geht grundsätzlich vom Betrieb aus,³⁾ hat jedoch schon mehrfach andere Betriebe des Unternehmens in die Betrachtung miteinbezogen.⁴⁾ In einem Fall wurde sogar ganz allgemein die Prüfung der Beschäftigungsmöglichkeiten „in einem anderen Bereich des Konzerns“ verlangt.⁵⁾ In einer kürzlich ergangenen Entscheidung des OGH korrigierte dieser allerdings das zuletzt zitierte Urteil.⁶⁾

Im Folgenden soll untersucht werden, ob und ggf unter welchen Voraussetzungen die Prüfung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten außerhalb des Betriebs im Rahmen des allg Kündigungsschutzes rechtlich geboten ist. Dieser Frage ist zunächst im Hinblick auf andere Betriebe desselben Unterneh-

1) OGH 1. 6. 1988 DRdA 1989, 387 (zust. Floretta).
2) ZB OGH 25. 6. 2007, JusGuide 2007/35/5035; OGH 12. 1. 2000 RdW 2000/461; OGH 24. 8. 1998 ecollex 1999, 117; OGH 10. 6. 1998 DRdA 1999/43 (Kallab); OGH 12. 6. 1997 RdW 1998, 155; OGH 23. 5. 1997 RdW 1998, 153 uva.

3) Siehe 28. 10. 1986, DRdA 1988, 232; 1. 6. 1988, RdW 1988, 395; 15. 3. 1989, DRdA 1989, 394; 17. 1. 1990, RdW 1990, 354; 8. 9. 1993, DRdA 1994, 252; 15. 2. 1995, RdW 1995, 438; 5. 11. 1997, RdW 1998, 357. Wenn der OGH in einigen dieser Urteile vom „Gesamtbetrieb“ spricht, so meint er damit offenbar den gesamten Betrieb (siehe Tomandl, Die sozialwidrige Kündigung [1994] 57 f). Dies ergibt sich va aus seinen anschließenden Ausführungen, wonach es nicht genüge, eine Weiterbeschäftigung bloß in der „Abteilung“ des Arbeitnehmers zu suchen.
4) 30. 8. 1989, DRdA 1990, 143; 19. 6. 1991, DRdA 1992, 358; 31. 8. 1994, ZAS 1996, 119 ff.
5) 10. 12. 1993, RdW 1994, 113 = ecollex 1994, 188.
6) 29. 6. 2009, 9 Ob A 34/08b, JusGuide 2009/38/6897.

mens (Pkt 2.) und danach im Zusammenhang mit dem Konzern nachzugehen (Pkt 3.).

2. Beschränkung der sozialen Gestaltungspflicht auf den Betrieb?

2.1. Allgemeiner Grundsatz

Für die Beschränkung der sozialen Gestaltungspflicht auf den Betrieb werden in der Lehre Argumente vorgebracht, die (1) auf dem Wortlaut der lit b aufbauen, (2) aus einer systematischen Betrachtung des Betriebsverfassungsrechts im Allgemeinen und des Kündigungsschutzes im Besonderen gewonnen werden oder (3) den Zweck des Vorverfahrens nach § 105 Abs 1 und 2 ArbVG ins Treffen führen.

Am stärksten scheint die hL vom Wortlaut der lit b beeindruckt, demzufolge der Arbeitgeber die Kündigung durch den Nachweis rechtfertigen kann, dass sie „durch betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, begründet ist“. Es wird betont, dass der Gesetzgeber hier von „betrieblichen“ Erfordernissen spricht und nicht von Erfordernissen des Unternehmens.⁷⁾

Kreil hat demgegenüber nachzuweisen versucht, dass dem Wortlaut nicht die ihm zugeschriebene Bedeutung zukommt.⁸⁾ Sie stützt ihre Auffassung auf zwei Argumente. Erstens wäre andernfalls nicht einmal die Betriebsstilllegung ein „betriebliches Erfordernis“, weil es nicht im Interesse des Betriebs sein könne, eingestellt zu werden. Außer Betracht bleibt dabei jedoch, dass das Eigenschaftswort „betrieblich“ auch eine Zuordnung der Erfordernisse zum Betrieb ausdrücken kann, also genau so gut mit „den Betrieb betreffend“ bzw „betriebsbezogen“ umschrieben werden könnte.

Weiterführend ist hingegen mE der zweite Begründungssatz, wonach weder das Interesse des Betriebs noch jenes des Unternehmens letztlich den Ausschlag gibt, sondern das Interesse des *Unternehmers* (also des Arbeitgebers). Dies zeige sich darin, dass die Einstellung oder Umstrukturierung des Betriebs eine Kündigung grundsätzlich auch dann rechtfertigen kann, wenn dieser unternehmerischen Entscheidung ausschließlich persönliche Beweggründe des Arbeitgebers zugrunde liegen.

Nach der Lehre und Rsp kommen als „betriebliche Erfordernisse“ iSd § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG mangelnde Aufträge, Absatzrückgang, geringe Ertragslage, Mängel in der Rohstoff- und Materialbelieferung, Kreditschwierigkeiten *etc* in Betracht, solange es sich dabei nicht um bloß kurzfristige Störungen handelt.⁹⁾ Bereits an diesen Beispielen ist ersichtlich, dass der Begriff der „betrieblichen Erfordernisse“ gemeinhin weiter verstanden wird, als es nach dem Wortlaut zunächst den Anschein hat.

Ein weiteres Argument für eine (bloß) betriebsbezogene Prüfung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit erkennt ein Teil der Lehre darin, dass in § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG hinsichtlich der Mindestbeschäftigungsdauer von sechs Monaten zwischen Betrieb und Unternehmen unterschieden wird. Außerdem sehe § 121 Abs 1 ArbVG für die Betriebsratsmitglieder ausdrücklich vor, dass es *bei ihnen* auf die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Betrieb *oder Unternehmen* ankommt.¹⁰⁾ Letzteres kann schon

deshalb nicht überzeugen, weil in § 105 ArbVG die soziale Gestaltungspflicht als solche gar nicht ausdrücklich geregelt ist. Mangels sachlichen Zusammenhangs erscheint mir auch der Versuch von *Windisch-Graetz* nicht zielführend, die Bestimmungen der §§ 31 Abs 5, 6 und 7 sowie §§ 62b, 62c ArbVG für die gegenständliche Thematik fruchtbar zu machen.¹¹⁾

Tomandl und *Windisch-Graetz* versuchen schließlich, die Beschränkung auf den Betrieb (auch) durch eine teleologische Interpretation zu untermauern. Sie gehen vom Zweck des betriebsverfassungsrechtlichen Vorverfahrens aus, in dessen Rahmen der Betriebsrat mit dem Arbeitgeber ua über Möglichkeiten zur Weiterbeschäftigung des für die Kündigung in Aussicht genommenen Arbeitnehmers zu beraten hat (§ 105 Abs 1 und 2 ArbVG). Zuständig ist der Betriebsrat jenes Betriebes, dem der zu kündigende Arbeitnehmer angehört. Nach *Tomandl* spricht bereits diese Rechtslage dafür, die Suche nach einem Ersatzarbeitsplatz auf den Betrieb des Arbeitnehmers zu beschränken.¹²⁾ *Windisch-Graetz* führt dazu noch aus, dass der Betriebsrat die Lage in einem anderen Betrieb nicht in derselben Intensität wie in seinem eigenen kenne und er bei „Öffnen der Grenzen des Betriebes“ überdies in die Kompetenzen des dort bestehenden Betriebsrats eingreifen würde.¹³⁾

Dem hält jedoch *Kreil* zutreffend entgegen, dass der Betriebsrat allenfalls durch Einholung von Erkundigungen (zB bei den Mitgliedern der anderen Betriebsräte) durchaus in der Lage sei, die Beschäftigungsmöglichkeiten in den anderen Betrieben des Unternehmens zu beurteilen. Auch ein Eingriff in die Zuständigkeit eines anderen Betriebsrats sei nicht zu erkennen. Schließlich belege die auch von *Tomandl* anerkannte Möglichkeit von Ausnahmen, dass allfällige Schwierigkeiten kein unüberwindliches Hindernis darstellten.¹⁴⁾

Aus dem Wortlaut des § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG und der Gesetzessystematik lassen sich somit keine überzeugenden Argumente für die Beschränkung der sozialen Gestaltungspflicht auf den Betrieb gewinnen. Die Obliegenheit, dem von der Kündigung bedrohten Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb des Unternehmens anzubieten, beeinträchtigt im Übrigen die Interessen des Arbeitgebers keineswegs mehr, als wenn es sich um einen Arbeitsplatz im selben Betrieb handelte. Außerdem verlangt die von hL und Rsp bejahte Interessenabwägung nach einer Gegenüberstellung von Auflösungsinteressen (des Arbeitgebers) und Bestandsschutzinteressen (des Arbeitnehmers).¹⁵⁾ Wenn sich also in einem anderen Betrieb ein geeigneter Arbeitsplatz findet, eine Kündigung andererseits die Interessen des Arbeitnehmers schwer beeinträchtigen würde, so muss wohl eine Interessenabwägung zugunsten des Arbeitnehmers ausgehen.¹⁶⁾

Ein weiteres Argument für die Überschreitung der Betriebsgrenzen ergibt sich aus dem Umstand, dass neben der Anpassung des Personalstandes an den verringerten Arbeitsbedarf auch die Steigerung der Arbeitsplatzrentabilität einen zulässigen Kündigungszweck abgibt.¹⁷⁾ Es sind somit durchaus auch wirtschaftliche, dh *unternehmensbezogene*, Umstände, die für die Zulässigkeit einer Kündigung eine Rolle spielen.

7) Grillberger, WBl 1990, 10; Tomandl, Kündigung 59; Schima, RdW 1994, 354 (FN 16); Windisch-Graetz, ZAS 1996, 110.

8) Arbeitsverhältnisse im Konzern (1996) 213.

9) S zB Wolliger in ZellKomm ArbVG § 105 Rz 214 mwN; OGH 28. 10. 1986, DRdA 1988, 232; 8. 9. 1993, DRdA 1994, 252.

10) Grillberger, WBl 1990, 10; Tomandl, Kündigung 59; Windisch-Graetz, ZAS 1996, 111.

11) ZAS 1996, 111.

12) Kündigung 59 f.

13) ZAS 1996, 110 f.

14) Arbeitsverhältnisse im Konzern 219. In der jüngsten E des OGH (29. 6. 2009, 9 Ob A 34/08b) zur sozialen Gestaltungspflicht im Konzern hat sich jedoch der Gerichtshof (zusätzlich) auch auf die von Tomandl und Windisch-Graetz vertretenen Argumente gestützt.

15) S auch Schima, RdW 1994, 354 (FN 19).

16) Das betont auch Kreil, Arbeitsverhältnisse im Konzern 215.

17) Tinhofer in Mazall/Risak, Das Arbeitsrecht Kap XVIII Rz 58.

Als *Zwischenergebnis* ist somit festzuhalten, dass im Rahmen des allg Kündigungsschutzrechts die Obliegenheit zur Suche nach anderen Beschäftigungsmöglichkeiten nicht auf den Betrieb des Arbeitnehmers beschränkt ist, sondern auch andere Betriebe desselben Unternehmens erfasst.¹⁸⁾ Die gegenteilige stRsp und hL können nicht überzeugen.

2.2. Die von Lehre und Rsp anerkannten Ausnahmen

Gehen wir nun jedoch von der hA aus, wonach die soziale Gestaltungspflicht grundsätzlich auf den Betrieb beschränkt ist, und untersuchen wir, wie stichhaltig die anerkannten Ausnahmen sind. Vorweg ist zu bemerken, dass sich der OGH bislang erst einmal ausführlicher mit dem Problem der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in anderen Betrieben des Unternehmens auseinandergesetzt hat.¹⁹⁾ Nach einer Darstellung der einschlägigen Lit wurde die konkrete Entscheidung auf zwei unterschiedliche Begründungsansätze gestützt: (1) die besondere betriebliche Organisation; (2) die besondere Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Der erste Ansatz wurde aus den Ausführungen *Grillbergers* zur betriebsüberschreitenden Verwendung des Arbeitnehmers gewonnen,²⁰⁾ der zweite unter Berufung auf *Kuderna*²¹⁾ und *Floretta*.²²⁾

Grillberger hatte in seinen Ausführungen den bereits von *Floretta* und *Kuderna* anerkannten Ausnahmefall zu begründen versucht, in dem ein Arbeitnehmer in verschiedenen Betrieben eingesetzt wird oder sich der Arbeitgeber diesen Einsatz vertraglich vorbehalten hat. Dies bedeutet nach *Grillberger*, dass der Arbeitgeber auf die organisatorische Selbstständigkeit der Betriebe keinen Wert legt. Da jedoch die Beschränkung der Weiterbeschäftigungspflicht auf den Betrieb (ausschließlich) im Interesse des Arbeitgebers liege, sollte in einem solchen Fall davon abgegangen werden.

Im erwähnten Urteil ging der OGH davon aus, dass der Arbeitgeber durch Umstrukturierungsmaßnahmen die organisatorische Selbstständigkeit des einen Betriebes wesentlich eingeschränkt hatte und dass dabei insb der Arbeitsplatz des hierauf gekündigten Arbeitnehmers in den anderen Betrieb „transferiert“ worden war.²³⁾ Durch diese „Organisationsentscheidung“ des Arbeitgebers sei eine „Verflechtung“ der beiden Betriebe entstanden, die eine Ausdehnung der Weiterbeschäftigungspflicht auf den anderen Betrieb rechtfertige.

Der OGH hat also in der soeben erwähnten Entscheidung den Ansatz *Grillbergers* aufgegriffen und erweitert. Nicht nur der Einsatz des Arbeitnehmers in verschiedenen Betrieben soll eine Ausdehnung der sozialen Gestaltungspflicht rechtfertigen, sondern auch der „Transfer des Arbeitsplatzes“ vom Betrieb des Arbeitnehmers in einen anderen Betrieb des Unternehmens.

In der Tat scheinen die beiden Fälle unter dem hier maßgeblichen Gesichtspunkt vergleichbar zu sein. Indem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer selbst *oder* dessen Arbeitsplatz von einem Betrieb in einen anderen verlegt, gibt er zu erkennen, dass es ihm bei der *Organisation der Arbeit* auf die betriebswirtschaftliche Flexibilität ankommt und nicht auf die betriebliche Struktur des Unternehmens.²⁴⁾ In diesem Sinne kann die Weiterentwicklung des von der Lehre begründeten Ansatzes durch den OGH überzeugen.

Im konkreten Fall ergibt sich jedoch aus dem Sachverhalt, dass der Arbeitsplatz des betroffenen Arbeitnehmers eingespart wurde, indem die von ihm bisher ausgeübten Tätigkeiten zum Teil von einer EDV-Anlage und zum Teil vom Buchhalter des anderen Betriebes übernommen wurden. Es handelte sich also gar nicht um den Transfer eines Arbeitsplatzes, sondern um dessen *Auflassung* („Wegrationalisierung“). Auf einen solchen Sachverhalt treffen aber die obigen Ausführungen nicht zu.²⁵⁾

Wie erwähnt stützte der OGH sein Urteil vom 31. 8. 1994 auch darauf, dass im konkreten Fall eine *besondere Fürsorgepflicht des Arbeitgebers* bestanden habe.²⁶⁾ Diese begründete er mit der langen Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers, seinen aufgrund des Alters von 49 Jahren schlechten Chancen auf einen neuen Arbeitsplatz und den Sorgepflichten.

Die Rolle der Fürsorgepflicht im Kündigungsschutzrecht hat *Windisch-Graetz* näher untersucht.²⁷⁾ Zutreffend versteht sie den sozialen Kündigungsschutz als „gesetzliche Konkretisierung des allgemeinen Fürsorgegedankens“ und kommt schließlich zum Ergebnis, dass die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers keine taugliche Grundlage für eine betriebsüberschreitende soziale Gestaltungspflicht bietet.

Es ist allerdings denkbar, dass der OGH die Ausdehnung der Weiterbeschäftigungspflicht nicht auf die Fürsorgepflicht als selbstständiger Rechtsgrundlage stützen wollte. Die Behauptung einer *besonderen* Fürsorgepflicht des Arbeitgebers aufgrund der langen Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers, seiner schlechten Arbeitsplatzchancen und Sorgepflichten deutet vielmehr darauf hin, dass das Höchstgericht bei besonders schwerer Interessenbeeinträchtigung vom Arbeitgeber besondere Anstrengungen bei der Suche nach einem Ersatzarbeitsplatz erwartet. Dieser Ansatz steht dem Grundsatz einer „differenzierten sozialen Gestaltungspflicht“ nahe.²⁸⁾

3. Die Ausdehnung der sozialen Gestaltungspflicht auf den Konzern

Es wurde schon erwähnt, dass der OGH in einem Urteil die Betriebsbedingtheit einer Kündigung verneinte, weil der Arbeitgeber nicht geprüft hatte, ob die Arbeitnehmerin „in einem

18) Anderes gilt freilich für den sog „Sozialvergleich“, weil hier der klare Wortlaut („des gleichen Betriebs“) eine Beschränkung auf den Betrieb erfordert (so auch *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern 239 f; *Schima* hält dagegen die Einbeziehung von Arbeitnehmern anderer Betriebe bzw Unternehmen offenbar für möglich [RdW 1994, 354 ff]).

19) 31. 8. 1994, ZAS 1996, 119. Eine Überschreitung der Betriebsgrenzen wurde vom OGH auch in den E 19. 6. 1991 (DRdA 1992, 353 [Runggaldier]) sowie 30. 8. 1989 (DRdA 1990, 143) bejaht.

20) WBI 1990, 10.

21) DRdA 1975, 14.

22) Handkommentar 640.

23) Der Arbeitnehmer war als Lohnverrechner im Betrieb A beschäftigt, der infolge von Auftragseinbrüchen des Unternehmens eingeschränkt wurde. Mit den bisherigen Hauptaufgaben des Betriebs A sollte auch die Lohnverrechnung in den Betrieb B verlegt und von der dortigen Lohnbuchhaltungsabteilung übernommen werden. Der Betrieb A blieb in eingeschränkter Form weiter bestehen.

24) Aus diesem Grund ist mE auch nicht zu fordern, dass der Arbeitnehmer regelmäßig einen bestimmten Teil seiner Arbeitszeit in jedem der beiden Betriebe verbringt, also in beide Betriebe „eingegliedert“ ist (so aber *Windisch-Graetz*, ZAS 1996, 114 f; wohl ebenso *Tomandl*, Kündigung 61).

25) Vgl auch *Windisch-Graetz*, ZAS 1996, 112 ff.

26) ZAS 1996, 121. *Kuderna* leitet eine die Ausdehnung der sozialen Gestaltungspflicht rechtfertigende besondere Fürsorgepflicht auch aus der Zusage einer „Dauerstellung“, aus einem vom Arbeitnehmer nicht verschuldeten Arbeitsunfall oder daraus ab, dass der Arbeitgeber die Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung zu vertreten hat (DRdA 1975, 9).

27) ZAS 1996, 116 ff.

28) S *Tinhofer* in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht Kap XVIII Rz 58. S auch *Pircher* (JBI 2001, 694 [706 ff]), die eine Ausdehnung der sozialen Gestaltungspflicht auf andere Betriebe desselben Unternehmens wegen der besonderen Fürsorgepflicht für ältere langjährige Mitarbeiter bejaht.

anderen Bereich des Konzerns“ weiterbeschäftigt werden hätte können.²⁹⁾ Von der Lehre wurde diese nicht weiter begründete Aussage teilweise als Versehen gewertet, teilweise kritisiert.³⁰⁾ Bereits vor dieser Entscheidung des Höchstgerichts hatte allerdings *Grillberger* vertreten, der Arbeitgeber sollte sich „nicht auf die (rechtliche) Selbständigkeit von Konzernunternehmen berufen dürfen, wenn er sie selbst nicht beachtet, sondern sein Personal zwischen den Unternehmen verschiebt oder sich das zumindest vorbehalten hat.“³¹⁾ Auch *Mazal* erkennt offenbar an, dass bei der Prüfung der Beschäftigungsmöglichkeiten andere Unternehmen des Konzerns einzubeziehen sind, wenn der betroffene Arbeitnehmer als „Springer“ in mehreren Konzernunternehmen eingesetzt war oder ein „Konzernarbeitsverhältnis“ besteht.³²⁾

Schima sieht als Hauptproblem eines „konzerndimensionalen Kündigungsschutzes“, dass dabei immer ein drittes Rechtssubjekt involviert sei.³³⁾ Zwar sei ein Konzern dadurch gekennzeichnet, dass die Willensentscheidungen der einzelnen (beherrschten bzw einheitlich geleiteten) Konzernunternehmen mehr oder weniger stark determiniert sind, doch reiche dies für die Ausdehnung der sozialen Gestaltungspflicht des Arbeitgebers keinesfalls aus.

Wenn allerdings der Arbeitnehmer für eine konzernweite Verwendung aufgenommen, tatsächlich in verschiedenen Konzernunternehmen beschäftigt oder gar als „Konzernspringer“ eingesetzt wurde, könne sich eine konzernweite Beschäftigungspflicht aus dem Vertrauensschutz ergeben. Je größeren Einfluss das Arbeitgeberunternehmen im Konzern habe, desto eher sei dieses Vertrauen auf die Prüfung konzernweiter Verwendungsmöglichkeiten gerechtfertigt. Dies sei insb der Fall, wenn der Arbeitgeber das konzernbeherrschende Unternehmen führt.³⁴⁾ Vom Vertrauensschutz abgesehen seien auch Fälle denkbar, wo ein anderes Konzernunternehmen sich durch Erklärung der Übernahmereitschaft bindet oder in seiner Willensentscheidung „konzernbedingt“ gebunden ist. Auch wenn „die gesamte Unternehmensgruppe nach außen wie ein Betrieb (und das einzelne Unternehmen wie eine unselbstständige Betriebsabteilung) geführt wird, ohne iSd § 34 ArbVG tatsächlich einen Betrieb zu bilden“, könne uU „nur eine konzernbezogene Betrachtungsweise dem Wesen des Kündigungsschutzes gerecht werden.“³⁵⁾

Am ausführlichsten hat sich bislang *Kreil* mit der Weiterbeschäftigungspflicht im Konzern befasst.³⁶⁾ In Auseinandersetzung mit dem einschlägigen deutschen Schrifttum gelangte sie zu Ergebnissen, die weit über die Frage hinausreichen, ob ein für den Arbeitnehmer geeigneter und freier Arbeitsplatz in einem anderen Unternehmen des Konzerns die Betriebsbedingtheit seiner Kündigung ausschließt. Aus den vom überwiegenden Teil der Lehre³⁷⁾ im Zusammenhang mit der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in anderen Betrieben des Unternehmens anerkannten Ausnahmen leitet sie die Ausdehnung der sozialen Gestaltungs-

pflcht auf den Konzern im Wege eines Analogieschlusses ab.³⁸⁾ Wenn also der Arbeitnehmer über die Unternehmensgrenzen hinweg eingesetzt wird oder dies vertraglich vereinbart ist, dürfe sich der Arbeitgeber nicht auf die rechtliche Selbstständigkeit der anderen Konzernunternehmen berufen. Aus dem von *Grillberger* entwickelten Grundsatz von der Missachtung der eigenen Organisationsentscheidung durch den Unternehmer schließt *Kreil* auf einen weiteren Fall der unternehmensübergreifenden Beschäftigungspflicht: die „organisatorische Vermischung“ zweier (oder mehrerer) Unternehmen durch eine gemeinsame Buchhaltung oder ähnliche organisatorische Maßnahmen bzw durch Vermögensvermischung.³⁹⁾

Die folgenden Ausführungen *Kreils* gehen von dem auch hier vertretenen Grundsatz der unternehmensweiten Gestaltungspflicht aus. Ihrer Ansicht nach ist der Arbeitnehmer in einem konzernverbundenen Unternehmen spezifischen Gefahren ausgesetzt, die seinen Arbeitsplatz betreffen. Im Konzern sei es wahrscheinlicher, dass Maßnahmen ergriffen werden, die aus der Sicht des einzelnen Unternehmens nicht zu rechtfertigen sind (wohl aber aus der Sicht des Konzerns). So könne es im Konzern als typisch angesehen werden, dass Verluste oder sonstige Nachteile bei einer Tochter zugunsten des Ganzen aktiv herbeigeführt bzw ganz bewusst in Kauf genommen werden. Auch die Stilllegung eines florierenden Betriebs könne aus Synergiegründen interessant sein.⁴⁰⁾ Aus der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit ergebe sich, dass solche Maßnahmen trotz der für die Arbeitnehmer uU nachteiligen Auswirkungen erlaubt sind. Das Kündigungsschutzrecht respektiere diese Konzerninteressen, fordere jedoch als Ausgleich dafür eine konzernweite Beschäftigungspflicht.⁴¹⁾

Nach *meiner Auffassung* kann die Frage einer konzernweiten Gestaltungspflicht nur anhand einer systematischen Interpretation des positivierten Kündigungsschutzrechts beantwortet werden. Auszugehen ist davon, dass der soziale Kündigungsschutz nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG die Kündigung eines Arbeitnehmers unter bestimmten Umständen für anfechtbar erklärt, dh, dass die Kündigung durch Gerichtsurteil aufgehoben werden kann (§ 105 Abs 7 ArbVG). Das Arbeitsverhältnis lebt damit wieder auf und ist so zu behandeln, als ob es nie beendet worden wäre. Wenn also im Anfechtungsverfahren erfolgreich geltend gemacht wird, dass der Arbeitgeber seiner sozialen Gestaltungspflicht nicht nachgekommen ist, so führt dies nur zur Aufhebung der Kündigung.⁴²⁾ Ohne überzeugende dogmatische Begründung kann hingegen mE aus § 105 ArbVG nicht abgeleitet werden, dass ein *anderer* Unternehmer mit dem Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag schließen muss (Kontrahierungszwang) oder dass der Vertrag *ex lege* auf den anderen Unternehmer übergeht.⁴³⁾

Wenn man den Arbeitsplatzschutz im Konzern ausschließlich aus der Perspektive des Kündigungsschutzrechts betrachtet,

29) 10. 12. 1993, RdW 1994, 113 = *ecolex* 1994, 188.

30) *S Runggaldier*, RdW 1994, 111; *Mazal*, *ecolex* 1994, 188; *Tomandl*, Kündigung 61; *Schima*, RdW 1994, 352 ff; *Mair*, wbl 2005, 445; *Wolliger*, wbl 2008, 311 (314).

31) WBl 1990, 10. Wie bei der unternehmensweiten Beschäftigungspflicht (siehe oben im Text) argumentiert er also auch beim Konzern mit der Missachtung der eigenen Organisationsentscheidung.

32) *ecolex* 1994, 188.

33) RdW 1994, 355.

34) *Schima* verweist bei diesen Ausführungen auf das BAG-Urteil vom 27. 11. 1991, DB 1992, 1248.

35) RdW 1994, 355.

36) Arbeitsverhältnisse im Konzern 214 ff.

37) AA jedoch *Windisch-Graetz*, ZAS 1996, 114 f.

38) Arbeitsverhältnisse im Konzern 221 f.

39) Arbeitsverhältnisse im Konzern 223, 253.

40) Arbeitsverhältnisse im Konzern 230 f (s auch die Zusammenfassung auf S 253 f).

41) Arbeitsverhältnisse im Konzern 229, 254. Zust *Jabornegg*, DRdA 2002, 118.

42) So offenbar auch *Jabornegg*, DRdA 2002, 118.

43) *Kreil* erkennt an, dass es einen Weiterbeschäftigungsanspruch nur gegen den bisherigen Arbeitgeber geben kann, nicht aber gegen einen anderen Unternehmer. Daraus folgert sie, dass Weiterbeschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber „offenbar nur durch Abschluss eines neuen Vertrages bewirkt werden“ könne (Arbeitsverhältnisse im Konzern 237). *Schima* deutet ebenfalls an, dass „ein Anspruch auf Verschaffung eines Arbeitsvertrags mit einem anderen Konzernunternehmen“ bestehen könnte (RdW 1994, 355).

so stellt sich die Frage nach der Weiterbeschäftigungspflicht in anderen Konzernunternehmen folgendermaßen: Muss der Arbeitgeber von der Kündigung eines sozial schutzwürdigen Arbeitnehmers absehen, wenn er ihn stattdessen an ein anderes Konzernunternehmen überlassen kann?

Runggaldier hat diese Frage im Zusammenhang mit der Unternehmensteilung behandelt.⁴⁴⁾ Wenn dem Arbeitgeber als Mutterunternehmen aufgrund der konzernrechtlichen Verflechtung ein „Weisungs- oder Quasiweisungsrecht“ gegenüber den Tochtergesellschaften zusteht, könne man uU von einer Obliegenheit der Muttergesellschaft ausgehen, die Töchter zur Beschäftigung der Arbeitnehmer im Wege der Arbeitnehmerüberlassung zu verhalten. Gegen einen „konzerndimensionalen Kündigungsschutz“ spreche jedoch nicht zuletzt die Norm über den Sozialvergleich (§ 105 Abs 3 S 4 ArbVG).⁴⁵⁾ *Kreil* erwähnt die „Überlassungslösung“ in Zusammenhang mit der Kritik, die in Deutschland am Kontrahierungszwang geübt wurde. Sie verweist darauf, dass eine „Beschäftigungspflicht“ eines anderen Konzernunternehmens, ebenso wie der Kontrahierungszwang, einer besonderen Rechtsgrundlage bedürfe.⁴⁶⁾

Wie oben dargelegt wurde, geht es jedoch bei der sozialen Gestaltungspflicht nur um die Pflichten (genauer gesagt: die Obliegenheiten) *des Arbeitgebers* und nicht um jene dritter Personen. Da vom Arbeitgeber nur ein rechtlich mögliches Handeln erwartet werden darf, ist es von Bedeutung, ob er die Überlassung des von der Kündigung bedrohten Arbeitnehmers an ein anderes Konzernunternehmen durchsetzen kann. Ist also der Arbeitgeber aufgrund seiner Stellung im Konzern in der Lage, die Überlassung an ein anderes Unternehmen zu bewerkstelligen, so scheidet diese Kündigungsalternative nicht schon wegen rechtlicher Unmöglichkeit aus. Das allein genügt

allerdings nicht für die Ausdehnung der sozialen Gestaltungspflicht über die Grenzen des Unternehmens; sie bedarf einer besonderen Rechtfertigung. Eine solche liefert die Missachtung der eigenen Organisationsentscheidung durch den Arbeitgeber, worauf oben bereits näher eingegangen wurde. Anwendungsfälle sind der tatsächliche oder vereinbarte konzernweite Einsatz des Arbeitnehmers sowie die enge *organisatorische* (nicht bloß wirtschaftliche) Verflechtung zweier oder mehrerer Konzernunternehmen.

In der aktuellen E des OGH⁴⁷⁾ stellte dieser nun klar, dass die Beschäftigungsmöglichkeiten in anderen Konzernunternehmen vom Arbeitgeber grundsätzlich nicht zu prüfen sind. Dabei verwies er auf die oben dargestellten krit. Stellungnahmen der Lehre zur Vorgängerentscheidung vom 10. 12. 1993.⁴⁸⁾ Angedeutet wurde jedoch, dass es in Ausnahmefällen sehr wohl zu einer Ausdehnung der sozialen Gestaltungspflicht über die Grenzen des Unternehmens im Konzern kommen kann. Im konkreten Fall lag jedoch nach Ansicht des OGH keiner der von der Lehre erwogenen Sachverhalte vor.

Als *Ergebnis* ist daher festzuhalten: Im Rahmen seiner sozialen Gestaltungspflicht hat der Arbeitgeber Beschäftigungsmöglichkeiten in anderen Konzernunternehmen zu berücksichtigen, wenn er (1) rechtlich in der Lage ist, die Beschäftigung des betroffenen Arbeitnehmers im Wege einer Überlassungsvereinbarung durchzusetzen, und (2) die betreffenden Unternehmen organisatorisch eng miteinander verflochten sind oder der Arbeitnehmer bereits in einem anderen Konzernunternehmen eingesetzt wurde bzw der Arbeitgeber sich dies vertraglich ausbedungen hat („konzernbezogenes Arbeitsverhältnis“). Bei Verletzung dieser Obliegenheit ist der Kündigungsanfechtung stattzugeben.

44) DRdA 1988, 356 f.

45) DRdA 1988, 357.

46) Arbeitsverhältnisse im Konzern 237 f.

47) 29. 6. 2009, 9 Ob A 34/08b, JusGuide 2009/38/6897.

48) RdW 1994, 113 = ecolex 1994, 188.



Der Autor:

Dr. Andreas Tinhofer, LL.M., ist Rechtsanwalt in Wien mit Spezialisierung auf Arbeitsrecht. Seit 1996 Lektor am Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht der Wirtschaftsuniversität Wien; regelmäßige Vortrags- und Publikationstätigkeit. National Correspondent der Fachzeitschrift „European Employment Law Cases“ (EELC).

Publikationen des Autors:

Der allgemeine Kündigungs- und Entlassungsschutz, in Mazal/Risak, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (laufend aktualisierte Loseblattsammlung); Cross-border Transfers and Redundancies (2004) (gemeinsam mit Mayne, Humphries und Watson); Mitherausgeber und Co-Autor der Studie für die EU-Kommission über die Anwendung der Betriebsübergangs-Richtlinie (2001/23/EG) auf den grenzüberschreitenden Betriebsübergang (September 2006) sowie zahlreiche einschlägige Veröffentlichungen in Fachzeitschriften und Tageszeitungen.

Jetzt rdw.lexisnexis.at besuchen und für das Online-Archiv registrieren!

