



THEMA – ARBEITSRECHT

Mag. Birgit Vogt-Majarek/DiplJur Klara Bothe, LL.M./Mag. Sascha Springer

Restrukturierungen aus Sicht der arbeitsrechtlichen Praxis (Teil 1)

Was Unternehmen unbedingt beachten sollten

» ARD 6583/4/2018

Unternehmen unterliegen verschiedensten marktwirtschaftlichen Entwicklungen und ökonomischen Schwankungen. Zur Bewältigung technologischer oder wirtschaftlicher Veränderungen im Betrieb setzen Unternehmen häufig auf Restrukturierungsmaßnahmen zur Verbesserung ihrer betrieblichen Leistung und Effizienz. Diese haben oftmals auch Auswirkungen auf das beschäftigte Personal, weil Mitarbeiter abgebaut oder versetzt werden müssen. Das Arbeitsrecht überlässt den Unternehmen zwar die Entscheidung über das Ob und weitgehend auch über das Wie, sieht jedoch auch verschiedene Schutzvorschriften vor, auf die im Zuge einer Restrukturierung Bedacht genommen werden muss. Zudem sind diverse Informations- und Mitwirkungsrechte des Betriebsrats (BR) zu beachten.

Der folgende Artikel zeigt in zwei Teilen mögliche arbeitsrechtliche Fallen auf, die im Rahmen von Restrukturierungen lauern können, und gibt Tipps, was für eine rasche und unkomplizierte Abwicklung möglicher Maßnahmen zu beachten ist. Der erste Teil widmet sich der richtigen Planung von Restrukturierungsmaßnahmen, dem Mitwirkungsrecht des Betriebsrates sowie den Möglichkeiten zum Personalabbau. Der in der Folgeausgabe erscheinende zweite Teil zeigt mögliche Alternativen zum Personalabbau auf und informiert darüber, wie der Einsatz eines Sozialplans die geplante Restrukturierung erleichtern kann.

1. Was es für eine erfolgreiche Restrukturierung braucht

1.1. Strategische Planung als essenzielles Werkzeug

Bei Restrukturierungen, die auch personelle Veränderungen beinhalten, bedarf es einer ausgiebigen **strategischen Planung im Vorfeld**. Besonderes Augenmerk sollte dabei neben betriebswirtschaftlichen Anforderungen auch den Vorschriften des Arbeitsrechts zukommen, die für den Fall von Kündigungen, Versetzungen und anderen arbeitsrechtlichen Vorgängen Schutzbestimmungen für die Arbeitnehmer vorsehen. Andernfalls können hohe Kosten

für das Unternehmen bzw den Arbeitgeber die Folge sein. Das gilt etwa dann, wenn Kündigungen im Rahmen kostenintensiver Gerichtsverfahren erfolgreich angefochten werden und damit unwirksam sind bzw wenn die Unwirksamkeit von Versetzungen festgestellt wird. Die Folge ist dann etwa, dass Arbeitnehmer weiterhin an Positionen im Unternehmen vorhanden sind, an denen es laut Restrukturierungsplan eigentlich keine (mehr) geben sollte.

1.2. Das richtige arbeitsrechtliche Konzept

Wichtig ist es, dass die wirtschaftliche und die arbeitsrechtliche Planung einer Restrukturierung eng miteinander verzahnt sind und sich daraus ein **strategisches Konzept** ergibt, das auch die arbeitsrechtlichen Risiken der Restrukturierung benennt und abschätzt. In einem ersten Schritt sind dabei alle Mitarbeiter zu identifizieren, die von den Personalmaßnahmen – auch nur möglicherweise, aufgrund deren Zugehörigkeit zu einem von der Restrukturierung erfassten Bereich – betroffen sein werden. Im Anschluss daran ist die **Einschätzung des Risikos** hinsichtlich sämtlicher betroffener Mitarbeiter aufzustellen, in der etwa das Anfechtungsrisiko einer Kündigung wegen Sozialwidrigkeit oder das Unwirksamkeitsrisiko einer Versetzung beurteilt wird. Aufgrund dieser Analyse ist abzuwägen, bei welchen Mitarbeitern die geplanten Personalmaßnahmen höchstwahrscheinlich wirksam umgesetzt werden können und bei welchen Mitarbeitern alternative Lösungen gefunden werden sollten. Parallel dazu ist abzuklären, welche Informationspflichten dem BR gegenüber einzuhalten sind und welche Mitwirkungsrechte diesem zustehen.

Bei der Überlegung, welche Personalabbaumaßnahmen gesetzt werden sollen, ist grundlegend festzuhalten, dass die **einvernehmliche Auflösung** eines Arbeitsverhältnisses bei Restrukturierungen in aller Regel das **beste Instrument** des – betriebsbedingten – Personalabbaus darstellt. Gegenüber Kündigungen hat die einvernehmliche Auflösung den Vorteil, dass eine (erfolgreiche) Anfechtung einer solchen Vereinbarung nahezu ausgeschlossen ist und die Anfechtung der Auflösungsvereinbarung wegen Sozialwidrigkeit nicht infrage kommt. Denkbar wäre nur eine Anfechtung wegen Irrtum, List oder Drohung, die in der Praxis im Zusammenhang mit Auflösungsvereinbarungen nur ausnahmsweise belegbar und damit erfolgversprechend

ist. Weiterer Vorteil der einvernehmlichen Beendigung ist, dass auch Arbeitsverhältnisse mit kündigungsgeschützten Mitarbeitern – etwa Mitgliedern des BR, Mitarbeitern in Karenz oder Elternteilzeit oÄ – beendet werden können, ohne dass die gesetzlich normierten, speziellen Kündigungsvoraussetzungen vorliegen müssen (besonderer Kündigungsgrund und gerichtliche Zustimmung). Empfehlenswert ist es daher, im Vorfeld mit den betroffenen Arbeitnehmern Gespräche aufzunehmen, um **abzuklären**, ob die Option besteht, das **Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufzulösen** bzw zu welchen Bedingungen dies erfolgen kann (im Fall von Restrukturierungen meist auf Basis eines Sozialplans oder vergleichbarer genereller Konditionen, die seitens des Arbeitgebers angeboten werden, um Einzelverhandlungen mit den betroffenen Arbeitnehmern zu vermeiden und diesen ein nach sachlichen Gesichtspunkten differenziertes Anbot zu unterbreiten). In jenen Fällen, in denen eine einvernehmliche Auflösung aussichtslos oder zu kostspielig ist (zB aufgrund der Forderung einer zu hohen freiwilligen Abfertigung), werden idR Kündigungen ausgesprochen. Bei Arbeitnehmern, bei denen auf Grundlage der erwähnten Risikoanalyse ein hohes Anfechtungsrisiko besteht, sind mögliche alternative Personalmaßnahmen wie Versetzungen, Reduktion der Arbeitszeiten, Bildungskarenz oder ähnliche Schritte in Erwägung zu ziehen.

2. Spannungsfeld Betriebsinhaber und Betriebsrat iZm Restrukturierungen

2.1. Wirtschaftliche Informations- und Mitwirkungsrechte des Betriebsrats

Die besonderen Informations- und Mitwirkungsrechte des BR können Restrukturierungsprozesse verkomplizieren, wenn auch nach österreichischem Betriebsverfassungsrecht grundsätzlich nicht verhindern. Gleichwohl gehören sie zu den fundamentalen Rechten der Belegschaftsvertretung und dürfen keinesfalls ignoriert werden. Sie sind daher bei der Planung eines Restrukturierungskonzepts stets zu beachten.

Dem BR kommen gemäß §§ 108, 109 ArbVG diverse **wirtschaftliche Informations-, Beratungs- und Interventionsrechte** zu. Der Betriebsinhaber hat gemäß § 108 Abs 1 ArbVG die allgemeine Pflicht, den BR über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens sowie dessen voraussichtliche Entwicklung, Investitionsvorhaben etc zu informieren und auf Verlangen des BR mit diesem darüber zu beraten. Zudem müssen im Anlassfall Informationen über **betriebliche Veränderungen** iSv § 109 Abs 1 ArbVG an den BR weitergegeben werden.¹ Der Betriebsinhaber muss allerdings nicht jede Idee oder Diskussion über Betriebsänderungen an den BR herantragen, sondern dies erst dann tun, wenn die Informationen bereits ein „gewisses Maß an Konkretisierung der Überlegungen zu einem Vorhaben zusammen mit der Absicht zur Umsetzung“ beinhalten. Erst wenn sohin ein umsetzungsnahes Planungssta-

dium erreicht ist und sich die Überlegungen sohin bereits in konkreten Plänen manifestieren, ist der BR im Vorfeld von den geplanten Betriebsänderungen zu informieren. Verlangt der BR von sich aus nähere Informationen zu betrieblichen Vorgängen und Prozessen in Bezug auf geplante Restrukturierungsmaßnahmen, wird die Informationspflicht ebenfalls ausgelöst.² Wichtig ist, dass der BR nicht vor vollendete Tatsachen gestellt wird, sondern im Zuge von für das Unternehmen idR wesentlichen Veränderungen iSd § 109 Abs 1 ArbVG **zu einem Zeitpunkt informiert** wird, in dem er noch die Möglichkeit hat, auf die Ausgestaltung der geplanten Maßnahmen **Einfluss zu nehmen**.³ Andernfalls kann eine verspätete – ebenso wie eine mangelhafte – Information zur maßgeblichen Verteuerung von Sozialplanleistungen führen.⁴

Die Informationen sind gemäß § 71 ArbVG grundsätzlich nur dem Vorsitzenden des BR zu übermitteln bzw bei dessen Verhinderung seinem Stellvertreter. Anderen BR-Mitgliedern können die Informationen dagegen – mangels ausnahmsweise abweichender Vertretungsregelungen innerhalb des BR – nicht wirksam übermittelt werden. Die Informationen an den BR sollten zu Beweis Zwecken schriftlich erteilt und deren Empfang durch Unterschrift bestätigt werden.⁵

Nach Erhalt der Informationen kann der BR gemäß § 109 Abs 1 ArbVG eine **Stellungnahme** zu den geplanten Maßnahmen abgeben. Dem BR steht es zudem frei, **Vorschläge** zur Verhinderung, Beseitigung oder Milderung von Maßnahmen zu unterbreiten, die nachteilige Folgen für Arbeitnehmer haben (zu den besonderen Mitwirkungsrechten des BR im Rahmen von Sozialplänen siehe unten in Kapitel 7.). Auf Verlangen des BR ist über diese zu beraten.

2.2. Mandatsausübung und Geheimhaltungspflichten

Bei geplanten Restrukturierungen besteht auf Seiten des Unternehmens meist das Interesse, dass möglichst alle Arbeitnehmer gemeinsam zu einem bestimmten Zeitpunkt und in einem festgelegten Umfang seitens der Unternehmensleitung (bzw deren Vertretern) von den Veränderungen im Unternehmen erfahren sollen. Aufgrund der erwähnten Informationspflichten gegenüber dem BR erhält dieser bestimmte Informationen jedoch bereits vorab und besteht daher die **Gefahr**, dass er die **Belegschaft** in – uU überschießender (siehe dazu gleich) – Ausübung seines Mandats bereits **im Vorfeld** von den geplanten Maßnahmen **informiert**. In der Praxis ergibt sich daher häufig ein Spannungsfeld zwischen den erwähnten Informationspflichten des Betriebsinhabers einerseits und seinem Interesse, dass sensible Informationen nicht zu früh an die Öffentlichkeit kommen sollen, andererseits.

Grundsätzlich trifft die BR-Mitglieder sowie deren Ersatzmitglieder gemäß § 115 Abs 4 ArbVG die **Pflicht zur Verschwiegen-**

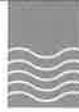
¹ Windisch-Graetz in ZellKomm² § 108 ArbVG Rz 12 mwN.

² Resch in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG¹ (Stand 1. 2. 2010, rdb.at) § 108 Rz 17 ff mwN.

³ OLG Wien 25. 6. 1993, 33 Ra 44/93, ARD 4499/25/93.

⁴ Siehe § 109 Abs 3 ArbVG.

⁵ Maier, Restrukturierungen im Arbeitsrecht (2015) Rz 274 ff mwN.



heit über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die ihnen im Rahmen ihrer Mandatsausübung bekannt werden. Dies inkludiert grundsätzlich auch Informationen über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens und die geplanten Betriebsveränderungen. Der Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen kann nicht nur zu einer Entlassung des BR-Mitglieds gemäß § 122 Abs 1 Z 4 ArbVG, sondern auch zu einer Verwaltungsstrafe in Höhe von € 2.180,- gemäß § 160 Abs 1 ArbVG führen. Da der BR somit einer weitreichenden Verschwiegenheitsverpflichtung samt strenger Sanktionen unterliegt, wäre eine umfassende Interessenvertretungstätigkeit (inkl Informationsweitergabe und Beratung) gegenüber den Arbeitnehmern iSd § 38 ArbVG nur schwer möglich. Aus diesem Grund wird von Lehre und Rsp als Lösungskonzept auf eine **Interessenabwägung im Einzelfall** zurückgegriffen, wobei die vorzunehmende Risikoeinschätzung de facto der BR bzw das betroffene BR-Mitglied treffen muss und eine Rechtfertigung bzw Bestätigung der Sichtweise idR erst in einem nachfolgenden Rechtsstreit erfolgt. Geprüft wird, ob eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht den Belegschaftsinteressen dient und ob der drohende Nachteil für die Belegschaft bei Einhaltung der Geheimhaltungspflicht größer ist als die Beeinträchtigung des Unternehmens bei Offenbarung der Informationen.⁶

In der Praxis kommt es für die Entscheidung über Zeitpunkt und Ausmaß der Information durch den Betriebsinhaber auch immer auf das **Vertrauensverhältnis** an, das die Unternehmensführung zum BR hat. Bezieht der Betriebsinhaber den BR bei der Planung der Restrukturierungsmaßnahmen frühzeitig und umfassend mit ein, kann möglicherweise gemeinsam ein passender Zeitpunkt für die Informationsweitergabe an alle Arbeitnehmer gefunden werden.

Zulässig ist es jedoch immer und unabhängig von der erwähnten Interessenabwägung, dass sich der BR zur Unterstützung und Beratung an **Gewerkschaften** oder die **Arbeiterkammer** wendet. Dieses Beiziehungs- und Beratungsrecht ergibt sich aus § 39 Abs 4 ArbVG und gestattet daher eine derartige Kooperation. Aufgrund dieser Regelung wird auch die Weitergabe von (noch nicht innerhalb der Belegschaft oder darüber hinaus bekannten) Informationen im Rahmen von Restrukturierungen an Gewerkschaften und die Arbeiterkammer als zulässig erachtet, weswegen darin **kein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht** nach § 115 Abs 4 ArbVG gesehen werden kann. Begründet wird dies von der Judikatur vor allem damit, dass die überbetrieblichen Interessenvertreter selbst einer Schweigepflicht unterliegen und damit keine Informationen nach außen tragen dürfen.⁷ Dass dies in der Praxis dennoch nicht lückenlos eingehalten wird, ist ein wesentlicher Grund für die auf Unternehmensseite dennoch zu beobachtende Zurückhaltung betreffend eine frühzeitige Informierung des BR, sofern diese nicht schon aufgrund auf Konzernebene (oder in einzelnen Ländern) verpflichtend vorgesehener Informationspflichten

gegenüber dem BR oder der Belegschaft (und des zu erwartenden Informationsflusses im Konzern) unvermeidlich ist.

3. Die einvernehmliche Auflösung

3.1. Voraussetzungen und Durchführung

Die einvernehmliche Auflösung ist aus Sicht des Arbeitgebers der Kündigung im Allgemeinen vorzuziehen, weil bei dieser Beendigungsart eine nachträgliche gerichtliche Anfechtung (außer in Ausnahmefällen aufgrund von Irrtum, List oder Drohung) durch den Arbeitnehmer ausscheidet und der Kündigungsschutz besonders kündigungsgeschützter Arbeitnehmer (zB jener von Betriebsräten) für den Arbeitgeber diesfalls keine Probleme aufwirft. Diese Beendigungsart ist vor diesem Hintergrund idR die **effektivste Form des Personalabbaus**. Daher sehen zB auch Sozialpläne häufig vor, dass Sozialplanleistungen nur dann gewährt werden, wenn es zur einvernehmlichen Auflösung der betroffenen Arbeitsverhältnisse kommt (siehe dazu unter Kapitel 7.).

Bei der einvernehmlichen Auflösung vereinbaren Arbeitgeber und Arbeitnehmer, das Arbeitsverhältnis einvernehmlich zu einem bestimmten Zeitpunkt zu beenden. Zu prüfen ist dabei stets auch der **für beide Seiten optimale Endzeitpunkt**, weil eine Einmalzahlung zur Abgeltung der laufenden Bezüge bei frühzeitiger einvernehmlicher Beendigung steuerliche Auswirkungen haben kann, oder bei einem erst weiter in der Zukunft liegenden Zeitpunkt für den Arbeitnehmer dennoch das (Rest-)Risiko einer Entlassung bestehen bleibt, wenn bis zum Endzeitpunkt im Rahmen von Untersuchungen Hinweise zum Vorschein kommen, die eine sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen.

Es handelt sich bei der einvernehmlichen Auflösung um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, für dessen wirksames Zustandekommen eine **Einigung über den wesentlichen Vertragsinhalt** notwendig ist. Dieser umfasst neben dem Umstand, dass das Arbeitsverhältnis im wechselseitigen Einvernehmen aufgelöst werden soll, vor allem auch den Zeitpunkt der Auflösung. Die in Auflösungsvereinbarungen häufig enthaltenen Abfertigungszahlungen, Wettbewerbsverbote oder Generalbereinigungsklauseln gehören hingegen nicht zum wesentlichen (bzw notwendigen) Vertragsinhalt. Auch wenn einvernehmliche Auflösungen grundsätzlich formfrei abgeschlossen werden können (von Ausnahmen für Präsenzdienler, Lehrlinge oder Mütter während des Kündigungsschutzes nach MSchG abgesehen), empfiehlt sich zu Beweis Zwecken stets eine **schriftliche Auflösungsvereinbarung**.⁸ Nur so ist rasch und unkompliziert nachweisbar, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Einvernehmen erfolgt ist und daher eine Kündigungsanfechtung oÄ nicht infrage kommt.

Besondere Vorsicht ist bei einvernehmlichen Auflösungen einer **größeren Zahl von Arbeitnehmern** in enger zeitlicher Abfolge geboten. Solche Beendigungen lösen ebenso wie Arbeitgeberkündigungen das **Kündigungsfrühwarnsystem** gemäß § 45a Abs 2 AMFG

⁶ Mosler in ZellKomm² § 115 ArbVG Rz 44 mwN.

⁷ Mosler in ZellKomm² § 115 ArbVG Rz 45 mwN; vgl auch OGH 16. 10. 2003, 8 ObA 62/03f, ARD 5514/5/2004.

⁸ Vgl Maier, Restrukturierungen im Arbeitsrecht (2015) Rz 477 ff mwN.

aus, weswegen der Abschluss der Auflösungsvereinbarungen zeitlich abgestimmt werden muss, um sonst erforderliche Meldungen an das AMS und eine 30-tägige Wartefrist für den Abschluss der Vereinbarungen zu vermeiden (siehe dazu unter Punkt 4.1.).

Falls eine einvernehmliche Auflösung im Vorfeld nicht zustande kommt, ist ein „zweiter Versuch“ einer Einigung auch noch im Kündigungsanfechtungsverfahren in Form eines **Vergleichs** möglich. Erfahrungsgemäß wird die Vergleichssumme zur Streitbeilegung jedoch meist höher ausfallen als bei einer einvernehmlichen Auflösung vor Ausspruch der Kündigung und deren Anfechtung. Die Einigungschancen können sich im Rahmen eines Anfechtungsverfahrens aber dennoch verbessern, weil Anmerkungen seitens des Richters oder ein Sachverständigen-gutachten über die Arbeitsmarktchancen nicht nur Hinweise darauf geben können, wie sich der Prozess entwickelt, sondern auch die zu erwartende Prozessdauer konkretisieren. Dies kann ebenfalls Anreize für einen Vergleich schaffen.

3.2. Mitwirkungsmöglichkeit des Betriebsrats

Bei einvernehmlichen Auflösungen besteht nur eine **eingeschränkte Mitwirkungsmöglichkeit des BR** gemäß § 104a ArbVG. Verlangt der Arbeitnehmer vor der Vereinbarung einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Betriebsinhaber nachweislich, sich mit dem BR zu beraten, so kann innerhalb von zwei Arbeitstagen nach diesem Verlangen eine einvernehmliche Lösung nicht rechtswirksam vereinbart werden. Eine Vereinbarung kann diesfalls erst nach Ablauf dieser **Sperrfrist** gültig erfolgen.

Die Regelung dient dem Schutz des Arbeitnehmers als schwächeren Vertragspartner vor einer übereilten oder unüberlegten Vertragsauflösung, die nur aus den oben erwähnten, sehr eingeschränkten Gründen im Nachhinein anfechtbar wäre.⁹ Der Arbeitgeber ist allerdings **nicht verpflichtet**, den Arbeitnehmer vor Abschluss einer einvernehmlichen Auflösung auf sein **Beratungsrecht** mit dem BR **hinzuweisen**,¹⁰ sodass in der Praxis zwar regelmäßige Überlegungsfristen eingeräumt werden, diese aber nicht der erwähnten Dauer entsprechen müssen. Unerheblich ist zudem, ob eine Beratung mit dem BR tatsächlich stattgefunden hat; eine Auflösungsvereinbarung kann nach Ablauf der Frist daher ohne diesbezügliche Überprüfung abgeschlossen werden.¹¹

4. Personalabbau durch Kündigungen

4.1. Das Frühwarnsystem für geplanten Personalabbau

In Restrukturierungsfällen, in denen ein größerer Personalabbau trotz der möglichen Alternativen (siehe dazu unter Pkt 5.)

unumgänglich ist, gilt es, das **Frühwarnsystem des § 45a AMFG** zu berücksichtigen. Dieses verpflichtet den Arbeitgeber vor Massenkündigungen zu einer entsprechenden **schriftlichen Anzeige** bei der regionalen Geschäftsstelle des AMS. Eine Anzeige ist notwendig, wenn der Arbeitgeber beabsichtigt, Arbeitsverhältnisse nach einem der Tatbestände des § 45a Abs 1 AMFG (dh in einem die dortigen Mitarbeiterzahlen erreichenden Ausmaß) binnen 30 Tagen aufzulösen. Hierbei ist auf den Betrieb abzustellen, in dem die betroffenen Arbeitnehmer beschäftigt sind, und daher nicht bloß auf einzelne Filialen oder Betriebsstätten, soweit diese nicht den Betriebsbegriff des ArbVG erfüllen. Hat ein Arbeitgeber mehrere Betriebe, in denen es zu einem Personalabbau kommen soll, sind die Kriterien des § 45a Abs 1 AMFG für jeden einzelnen Betrieb gesondert zu beachten. Für die Ermittlung der Anzahl der aufzulösenden Arbeitsverhältnisse kommt es auf den Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung (bzw bei einvernehmlichen Beendigungen auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Auflösungsvereinbarung) an und nicht auf den tatsächlichen Endzeitpunkt (unter Berücksichtigung der Kündigungsfristen). Die Inhaltserfordernisse der Anzeige ergeben sich aus dem elektronisch abrufbaren Standardformular des AMS,¹² in dem verschiedene Informationen zu Alter, Geschlecht, Ausbildung, Betriebszugehörigkeit der von den geplanten Kündigungen betroffenen Mitarbeiter gefordert werden, wobei diese stets bezogen auf die gesamte Mitarbeitergruppe und nicht individualisiert für den einzelnen Arbeitnehmer zu beantworten sind.

Da die AMS-Meldung häufig zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem noch Gespräche/Verhandlungen über die finale Zahl der abzubauenen Mitarbeiter geführt werden und hier in der Praxis auf der Basis einer Risikoeinschätzung möglicher Beendigungen oftmals noch kurzfristig Änderungen vorgenommen werden, empfiehlt es sich, **im Zweifelsfall alle Mitarbeiter** in der Meldung anzuführen, die auch nur **möglicherweise** für eine Beendigung **infrage kommen**, um hier möglichst flexibel zu sein und nicht den nächsten 30-Tage-Zeitraum abwarten zu müssen (was zB bei im Kollektivvertrag nach einer bestimmten Dienstdauer vorgesehenen Quartalskündigungen uU auch zu einer erheblichen Verlängerung des Dienstverhältnisses führen kann).

Die Meldevorschriften des § 45a AMFG müssen im Falle eines Personalabbaus unbedingt beachtet werden. Andernfalls resultiert daraus gemäß § 45a Abs 5 AMFG die **Rechtsunwirksamkeit** der Auflösungserklärungen. Kündigungen (bzw auch einvernehmliche Beendigungen) können daher erst nach einer „Wartezeit“ von 30 Tagen nach Einlangen der Anzeige beim AMS wirksam ausgesprochen (abgeschlossen) werden, es sei denn, die vorherige Zustimmung der Landesgeschäftsstelle ist bereits erfolgt.

Für Arbeitgeber empfiehlt es sich, erforderliche **Beendigungen** im Rahmen einer Restrukturierung **zeitlich so zu staffeln**, dass das Kündigungswarnsystem erst gar nicht ausgelöst wird.

⁹ Vgl. Lindmayr, Die Sperrfrist des § 104a ArbVG bei einvernehmlicher Auflösung des Dienstverhältnisses, ARD 6438/6/2015.

¹⁰ OGH 28. 11. 2007, 9 ObA 157/07i, ARD 5860/3/2008.

¹¹ Resch in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 104a Rz 16 (Stand 1. 4. 2009, rdb.at) mwN.

¹² Maier, Restrukturierungen im Arbeitsrecht (2015) Rz 432 ff, Rz 921 mwN; http://www.ams.at/_docs/45a.pdf.



Gemeint ist, dass die Beendigungen in mehrere „Kontingente“ zu jeweils 30 Tagen aufgeteilt werden, sodass für jede einzelne 30-Tages-Frist der Schwellenwert des § 45a AMFG nicht erreicht wird. Diese Vorgehensweise ist nach herrschender Judikatur zulässig,¹³ wobei jedoch zu berücksichtigen ist, dass sich die 30-Tages-Frist kontinuierlich verschiebt (und daher zu jedem beliebigen Stichtag zeitlich nach vorne und nach hinten eingehalten werden muss).¹⁴

4.2. Personalabbau und Kündigungsschutz

Ist das formale Thema der AMS-Meldung erledigt, bestehen – sofern keine einvernehmliche Auflösung gelingt – weitere Gefahren für den Arbeitgeber iZm dem Ausspruch von Kündigungen durch den sogenannten „**allgemeinen Kündigungsschutz**“. Dieser gilt jedoch nur in betriebsratspflichtigen Betrieben (dh 5 Arbeitnehmer oder mehr) und umfasst auch nur Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG (daher zB keine leitenden Angestellten oder die organschaftlichen Vertreter der juristischen Person). Der Arbeitgeber ist gemäß § 105 ArbVG dazu verpflichtet, den BR von jeder **geplanten Kündigung zu informieren** und auf Verlangen des BR mit ihm darüber zu beraten. Eine wirksame Kündigung kann erst **nach Ablauf der einwöchigen Frist** zur Stellungnahme seitens des BR bzw nach der früheren Abgabe einer Stellungnahme seitens des BR erfolgen. Stimmt der BR der Kündigung nicht zu, besteht die Möglichkeit für den Arbeitnehmer, diese wegen Sozialwidrigkeit anzufechten.

Wird bei einer Kündigungsanfechtung die Sozialwidrigkeit behauptet, so zielt der Vorwurf im Wesentlichen darauf ab, dass der Arbeitgeber soziale Gesichtspunkte und die konkrete Beeinträchtigung durch die Kündigung zu wenig berücksichtigt hat. Es geht bei der Prüfung der Sozialwidrigkeit um eine Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers. Das Gericht muss dabei als Vorfrage die gesamte soziale Situation des Arbeitnehmers (Chancen auf beruflichen Wiedereinstieg, Verdiensteinbußen, Familiensituation, finanzielle Belastungen, sonstiges Einkommen) prüfen und beurteilen. Dazu bedient es sich im Anfechtungsverfahren eines berufskundlichen Sachverständigen, der die Frage der erwarteten Dauer der Arbeitslosigkeit und Einkommenseinbußen anhand der konkreten Arbeitsmarkt-, Ausbildungs- und Arbeitserfahrungssituation klären soll.¹⁵

Stellt das Gericht auf der Grundlage der Ergebnisse des Sachverständigengutachtens eine wesentliche Interessenbeeinträchtigung fest, sind in einem zweiten Schritt mögliche Rechtfertigungsgründe zu prüfen. Die Kündigung kann trotz Interessenbeeinträchtigung auf Seiten des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber gerechtfertigt werden, wenn **subjektive** (in der Person des Arbeitnehmers gelegene) **oder objektive** (dh betriebsbedingte)

Rechtfertigungsgründe vorliegen. Gerade im Zusammenhang mit Restrukturierungsmaßnahmen sind in der Praxis häufig objektive Rechtfertigungsgründe gegeben. Der Umstand der Restrukturierung alleine reicht zur Rechtfertigung jedoch nicht aus. Der Arbeitgeber hat vielmehr zu beweisen, dass die **konkrete Kündigung** aufgrund betrieblicher Erfordernisse **notwendig** war. Das Gericht darf zwar nicht die betriebswirtschaftliche Richtigkeit bzw Zweckmäßigkeit der Restrukturierungsmaßnahme prüfen, es kann und wird jedoch idR prüfen, ob die Kündigung zur Verwirklichung der gewählten Maßnahme und des beabsichtigten Erfolgs (so zB zur Verbesserung der wirtschaftlichen Situation des Arbeitgebers) geeignet und angemessen war. Das gilt etwa bei vom Arbeitgeber betonten Einsparungsnotwendigkeiten, die sich nur gegenüber einzelnen Mitarbeitern manifestieren. Selbst wenn der Arbeitgeber die Notwendigkeit der Maßnahme nachweisen kann, trifft ihn überdies die Beweislast dafür, dass es für den betroffenen Arbeitnehmer **keine andere Beschäftigungsmöglichkeit mehr im Betrieb** gab (sog soziale Gestaltungspflicht des Arbeitgebers, wonach dem zu Kündigenden alternative Stellen im Betrieb angeboten werden müssen).¹⁶

Ein gewisses Prozessrisiko bleibt angesichts der erwähnten gerichtlichen Überprüfung auch bei gut begründeten (Rechtfertigungs-)Argumenten des Arbeitgebers bestehen. Vorteilhaft ist es daher, wenn das Gericht in einem allfälligen Anfechtungsverfahren bereits im ersten Prüfungsschritt zum Ergebnis kommt, dass keine wesentliche Interessenbeeinträchtigung vorliegt. Denn dann müssen die Rechtfertigungsgründe des Arbeitgebers für die Kündigung gar nicht näher geprüft werden. Ein wichtiges Instrument jeder Restrukturierung ist daher die unter Punkt 1.2. erwähnte **Risikoanalyse**, welche für jeden zu kündigenden Arbeitnehmer durchgeführt werden sollte, um das Risiko des Erfolgs einer Anfechtung bzw das Vorliegen einer Interessenbeeinträchtigung abschätzen zu können. Für Arbeitnehmer, bei denen ein hohes Risiko besteht, werden idR Alternativen gesucht oder die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses über eine „Sonderdotierung“ des Sozialplans für derartige Fälle forciert. Festgehalten werden muss an dieser Stelle noch, dass Anfechtungsverfahren wegen Sozialwidrigkeit in der Praxis allein in der ersten Gerichtsinstanz aufgrund der Einholung des Sachverständigengutachtens und der erforderlichen Beweisaufnahmen meist 12 Monate oder auch erheblich länger dauern können.

Eine weitere Hürde bei Restrukturierungen ist der **besondere Kündigungsschutz**, der bestimmten Gruppen von Arbeitnehmern zukommt. Dieser umfasst ua BR-Mitglieder, Arbeitnehmer im Mutter- oder Vaterschutz oder in Elternteilzeit, Präsenz- und Zivildienstler und begünstigte Behinderte. Die Kündigung geschützter Arbeitnehmer bedarf der **vorherigen gerichtlichen Zustimmung** (bzw bei begünstigten Behinderten der Zustimmung des Behindertenausschusses), die nur bei Vorliegen der im Gesetz **taxativ genannten Kündigungsgründe** erteilt werden

¹³ OGH 4. 8. 2009, 9 Oba 76/09f, ARD 6002/3/2009.

¹⁴ *Vogt-Majarek*, Praxisfragen: Massenkündigungen, Training 06/2015, 50 f; *Olt*, Das Frühwarnsystem bei „Massenkündigungen“ nach § 45a AMFG, ARD 6448/5/2015.

¹⁵ *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II (2015) 270 ff mwN.

¹⁶ *Maier*, Restrukturierungen im Arbeitsrecht (2015) Rz 561 ff mwN.

darf. Aus einer Restrukturierung können sich solche Kündigungsgründe ergeben. Ein Kündigungsgrund liegt zB gemäß § 121 ArbVG betreffend ein BR-Mitglied dann vor, wenn es zur dauernden Einstellung oder Einschränkung des Betriebes oder zur Stilllegung einzelner Betriebsabteilungen kommt und nachgewiesen werden kann, dass das betroffene BR-Mitglied trotz dessen Verlangens an einem anderen Arbeitsplatz im Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens ohne erheblichen Schaden nicht weiterbeschäftigt werden kann. Es wird von Fall zu Fall unterschiedlich sein, ob dieser Nachweis tatsächlich erbracht werden kann. Zudem ist für die Durchführung des Zustimmungsverfahrens ebenfalls mit einer erheblichen Zeitspanne zu rechnen (während der der Arbeitgeber den Arbeitnehmer weiterbezahlen muss), sodass auch insofern einer einvernehmlichen Beendigung und der Abbildung der Sondersituation der besonders kündigungsgeschützten Personengruppen im Rahmen von besonderen Sozialplankonditionen der Vorzug zu geben ist.

Zusammenfassend ist vor der Durchführung eines Personalabbaus genau zu prüfen, welche der zu kündigenden Arbeitnehmer besonderen Kündigungsschutz genießen und welche nur den allgemeinen Kündigungsvorschriften unterliegen, um auf der Grundlage dessen die oben erwähnten Maßnahmen umzusetzen.

4.3. Änderungskündigungen

Möchte der Arbeitgeber zwar in finanzieller Hinsicht nicht an den bestehenden Arbeitsverträgen festhalten, diese jedoch auch nicht beenden, weil beispielsweise bestimmte Mitarbeiter zur Unternehmensfortführung unbedingt benötigt werden, kann in einem ersten Schritt versucht werden, auf eine **einvernehmliche Gehaltsreduktion** mit den betroffenen Arbeitnehmern hinzuwirken (was vor allem bei erheblichen Überzahlungen gegenüber dem kollektivvertraglichen Mindestgehalt in der Praxis vorkommt). Dies ist rechtlich zulässig, soweit nicht auch auf unabdingbare Ansprüche, wie etwa Abfertigung oder Urlaubersatzleistung, verzichtet werden soll und sofern das Gehalt die im Kollektivvertrag vorgeschriebene Lohnmindestgrenze nicht unterschreitet.

Ist eine einvernehmliche Einigung nicht möglich, kommen uU auch **Änderungskündigungen** in Betracht. Hierbei handelt es sich um eine Kündigung, die in Verbindung mit einem Angebot auf Vertragsänderung ausgesprochen wird.¹⁷ Nimmt der Arbeitnehmer das Angebot zur Vertragsänderung an, kommt es zur entsprechenden Vertragsänderung. Lehnt der Arbeitnehmer die vorgeschlagene Änderung ab, führt die Änderungskündigung – wie jede Kündigung – zur Beendigung des Arbeitsvertrages. Auch Änderungskündigungen können **wegen Sozialwidrigkeit ange-**

fochten werden, wobei die vorgeschlagene Weiterbeschäftigung auf Basis der geänderten Konditionen bei der oben erwähnten Interessenabwägung (und insbesondere der wesentlichen Interessenbeeinträchtigung) zugunsten des Arbeitgebers mitberücksichtigt wird. Zu prüfen ist im Gegensatz zur Anfechtung einer „normalen“ Kündigung somit, ob die Annahme des Änderungsangebots dem Arbeitnehmer zumutbar war,¹⁸ was bei Gehaltsreduktionen, die die von der Judikatur aufgestellten Grenzen (von idR bis zu 20 %) nicht überschreiten, bei sonst unveränderten Arbeitsbedingungen regelmäßig bejaht wird (bei Änderungen der sonstigen Arbeitsbedingungen siehe unter Kapitel 6 – Versetzungen). Ist dies nicht der Fall und die Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit erfolgreich, so bleibt das ursprüngliche Arbeitsverhältnis ohne Änderungen bestehen.

➔ **Hinweis:** Der zweite Teil des Beitrags erscheint in der **ARD-Ausgabe 6584** und beschäftigt sich mit der Frage nach möglichen Alternativen zum Personalabbau sowie mit dem Thema Sozialplan.

¹⁸ Maier, Restrukturierungen im Arbeitsrecht (2015) Rz 910 ff mwN.



Die Autorin:

Mag. **Birgit Vogt-Majarek** ist seit 2004 Partnerin bei KSW und leitet mit Georg Schima die Arbeitsrechts- und Ius Laboris-Task Force. Sie berät in- und ausländische Unternehmen zu allen Themen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts sowie Executives in allen Fragen von der Vertragserstellung bis zu dessen Beendigung. Birgit Vogt-Majarek ist ferner Autorin und Vortragende zu verschiedensten arbeitsrechtlichen und HR-spezifischen Themen.

✉ birgit.vogt-majarek@ksw.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Vogt-Majarek/Birgit

Foto: KSW



Die Autorin:

Dipl.Jur **Klara Bothe, LL.M.** ist wissenschaftliche Mitarbeiterin der Kanzlei Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte GmbH (Tätigkeit derzeit durch einen Auslandsaufenthalt unterbrochen) und Doktorandin an der Universität Wien. Sie ist hauptsächlich im nationalen und internationalen Arbeits- und Wirtschaftsrecht tätig.

✉ botheklara@googlemail.com

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Bothe/Klara

Foto: Beautyshots Hamburg



Der Autor:

Mag. **Sascha Springer** ist Rechtsanwaltsanwärter der Kanzlei Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte GmbH in Wien. Er ist hauptsächlich im nationalen und internationalen Arbeits- und Sozialversicherungsrecht tätig.

✉ sascha.springer@ksw.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Springer/Sascha

Foto: Richard Schuster

¹⁷ Da es sich grundsätzlich um eine „normale“ Kündigung handelt, hat der Arbeitgeber die gesetzlichen bzw kollektiv- oder einzelvertraglichen Kündigungsfristen und -termine einzuhalten und vor der geplanten Änderungskündigung den Betriebsrat zu verständigen; auch ein besonderer Kündigungsschutz ist zu beachten. Vgl *Sabara*, Die Änderungskündigung aus arbeitsrechtlicher Sicht, ARD 6156/9/2011.