

# Konzerndimensionaler Kündigungsschutz?

RA Dr. Georg Schima, Wien

## 1. Vorbemerkung

Eine sozial ungerechtfertigte, weil „wesentliche Interessen“ des Arbeitnehmers beeinträchtigende Kündigung kann binnen einer Woche ab Zugang der Kündigung durch Klage beim zuständigen Arbeits- und Sozialgericht angefochten werden, wobei der Arbeitgeber bei Feststehen der Sozialwidrigkeit den Nachweis zu erbringen hat, daß die Kündigung entweder durch Umstände, die in der Person des Arbeitnehmers gelegen sind und die betrieblichen Interessen nachteilig berühren (§ 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG) oder durch betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen (§ 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG), begründet ist. In beiden Fällen hat nach der Judikatur des OGH<sup>1)</sup> eine Interessenabwägung stattzufinden, was zumindest bei der betriebsbedingten Kündigung teilweise auf — mE berechnete — Kritik des Schrifttums gestoßen ist<sup>2)</sup>.

Keinerlei Äußerung fand sich in Österreich noch bis vor wenigen Monaten zu der — in der BRD bereits seit längerem diskutierten — Frage, ob der Arbeitgeber, um eine Kündigungsanfechtung abzuwehren, gegebenenfalls das Fehlen von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nicht nur im Betrieb oder allenfalls Unternehmen, sondern im Konzern, dem das Unternehmen angehört, nachzuweisen hat, bzw ob der Arbeitnehmer allenfalls das Bestehen solcher Beschäftigungsmöglichkeiten im Konzern dartun und damit seiner Anfechtung zum Erfolg verhelfen kann.

## 2. Anlaßfall

In einer E vom 10. 12. 1993<sup>3)</sup> ließ der OGH jedoch aufhorchen, als er in einem Rechtsstreit über die Anfechtung einer Kündigung seitens einer Arbeitnehmerin, die von der bekl P als betriebsbedingt eingestuft wurde, wörtlich folgenden Satz verwendet: „Demgemäß besagt der Wegfall des Arbeitsplatzes der Klägerin durch Rationalisierungsmaßnahmen in Folge der wirtschaftlichen Schwierigkeiten der bekl P allein nichts, weil zu prüfen ist, ob nicht allenfalls vom betriebswirtschaftlichen

*Standpunkt eine Verwendung der Klägerin in einem anderen Bereich des Konzerns möglich gewesen wäre.“*

Der Umstand, daß sich — abgesehen von diesem Satz — in der gesamten E des OGH keinerlei Hinweis auf eine konzernbezogene Betrachtungsweise findet und eine solche den Charakter einer bahnbrechenden Neuerung hätte, die sich auf keinerlei Vorjudikatur stützen könnte, hat dazu geführt, daß im Schrifttum die Vermutung geäußert wurde, der OGH habe sich in der Ausdrucksweise vergriffen und statt des Begriffes „Konzern“ eigentlich „Betrieb“ oder allenfalls „Unternehmen“ gemeint<sup>4)</sup>. Wenn *Grießer*<sup>5)</sup> dem entgegenhält, aus der Entscheidungsveröffentlichung ließe sich der Rechtsgedanke eines konzernbezogenen Kündigungsschutzes zwar nicht ableiten, „wohl aber aus der übrigen Begründung“, weil es sich im Sachverhalt um ein Konzernunternehmen gehandelt habe, „das wie ein Betrieb geführt wurde und innerhalb dessen laufend Versetzungen der Arbeitnehmer erfolgten“, so ist dies in keiner Weise zutreffend. Wie eine Durchsicht des Volltextes nicht nur der E des OGH, sondern auch beider Unterinstanzen erweist, finden sich — mit einer von *Grießer* jedoch gerade nicht angesprochenen Ausnahme — keinerlei Ansätze einer konzernbezogenen Betrachtungsweise bei der betriebsbedingten Kündigung<sup>6)</sup>.

Um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, einer unbewiesenen Behauptung eine ebensolche entgegenzusetzen, sei im folgenden auf den der zitierten E des OGH zugrundeliegenden Sachverhalt näher eingegangen.

Bei der Kl handelte es sich um die zunächst als Damenkleidermacherin, danach als Abteilungsleiterin für Wäsche, Strickwaren und Babyartikel und letztlich als Textilinspektörin der Region Ost tätige Arbeitnehmerin eines im Bereich Einzelhandel, insbesondere Lebensmitteleinzelhandel, tätigen Großunternehmens, das gleichzeitig Obergesellschaft zahlreicher Konzern- und Beteiligungsunternehmen ist<sup>7)</sup>. Die Kl war 21 Jahre bei der bekl P tätig, bezog zuletzt ein Gehalt (inklusive Überstundenpauschale) von knapp 45.000,— öS und hatte ein Dienst-

<sup>1)</sup> Erstmals OGH 15. 3. 1989, DRdA 1989, 389 ff mit Anm v *Floretta* = RdW 1989, 199 f.

<sup>2)</sup> Vgl jüngst eindringlich *Runggaldier*, Interessenabwägung, soziale Gestaltungspflicht und Sozialvergleich bei der betriebsbedingten Kündigung, RdW 1994, 110 ff mwN: Diese Kritik soll hier nicht wiederholt werden; verwiesen sei aber darauf, daß das deutsche BAG, dem man schwerlich soziale Rückschrittlichkeit vorwerfen kann, seine früher vertretene These von der umfassenden Interessenabwägung auch bei betriebsbedingten Kündigungen schon vor fünfzehn Jahren revidiert hat und bei objektiv betriebsbedingten Kündigungen idR nicht mehr prüft, ob die dem Arbeitnehmer durch die Kündigung zugefügten Nachteile die für den Arbeitgeber mit der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses verbundenen Nachteile überwiegen (vgl BAG 24. 10. 1979, AP Nr 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NJW 1981, 301; BAG 30. 4. 1987, EzA § 1, 47 KSchG — betriebsbedingte Kündigung; prägnant *Berkowsky*, in MünchHB Arbeitsrecht<sup>2</sup>, 305).

<sup>3)</sup> RdW 1994, 113 = *ecolx* 1994, 188.

<sup>4)</sup> So *Mazal*, *ecolx* 1994, 188 und *Runggaldier*, RdW 1994, 111.

<sup>5)</sup> RdW 1994, 181 FN 32.

<sup>6)</sup> *Grießer* mußte dies schon deshalb bekannt sein, weil er im genannten Verfahren die Arbeitnehmerin rechtsfreundlich vertrat (!). Seine Behauptung, aus dem nicht veröffentlichten Teil der E ginge klar hervor, daß der OGH tatsächlich den Konzern gemeint habe, unterstellt im Grunde *Mazal* und *Runggaldier*, zwei für den arbeitsrechtlichen Teil zweier Fachzeitschriften zuständigen Universitätsprofessoren, sie hätten nicht den ganzen Text der (als verkürzte Urteilsausfertigung gem § 48 ASGG gehaltenen und nur vier Seiten langen) E gelesen. Derartige Äußerungen mögen ihrem Verfasser nützen und sind in einem Anwaltsschriftsatz verzeihlich, tragen aber nicht gerade zu einer seriösen Diskussion der Problematik bei.

<sup>7)</sup> Schon dieser dem Verf bekannte Umstand wurde jedoch von den Unterinstanzen gar nicht näher festgestellt.

fahrzeug zur Verfügung. Die Kl war geschieden, hatte gegenüber ihrem Mann keine Unterhaltsansprüche und mußte monatliche Fixkosten von etwa 17.000 S für die Erhaltung ihres Hauses, für Versicherung, Bausparen, Auto, Rundfunk, Telefongebühr, Strom, Gas und Heizung tragen. Sie besaß ein Haus in Gaaden und eines in Siebenhirten, das sie ihrem Bruder um eine monatliche Miete von 2.000 S vermietet hatte. Sie selbst wohnte im Hause ihres geschiedenen Mannes in Vösendorf. Die Kl hatte unstrittigerweise immer zur vollen Zufriedenheit der bekl P gearbeitet.

Begründet wurde die Kündigung seitens der bekl P damit, daß „*verlustbringende Bereiche der bekl P reorganisiert werden mußten*“, die Kl aus diesem Grunde ein halbes Jahr vor ihrer Kündigung vom Vertrieb in den Gebrauchsgüterverkauf versetzt worden sei, dieser aber ebenfalls „*in Form eines Personalabbaues reorganisiert*“ habe werden müssen. Festgestellt wurde weiters, daß die Kl aufgrund ihres Alters keine Chance besaß, auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt eine adäquate Stelle als Abteilungsleiterin, Ressortleiterin oder eine ähnliche Position in einem Verkaufsbetrieb der Bekleidungs- bzw Textilbranche zu finden. Nach Beendigung ihrer Arbeitslosigkeit hätte die Kl den Feststellungen zufolge nur mit einem Jahreseinkommen in Höhe von etwa 40% ihres bei der bekl P bezogenen Gehalts rechnen können.

Die Zahl der Mitarbeiter der bekl P im Gebrauchsgüterverkauf war von 129 im Februar 1991 auf 88 im Februar 1992 zurückgegangen, wobei „*die Zielsetzung der Geschäftsführung der bekl P*“ bei 53 Mitarbeitern in diesem Bereich lag. Der Personalabbau wurde durch die Trennung der Einkaufsabteilungen und die Veränderung der Wareneinsatzzusammensetzung, die Verkleinerung des Bearbeitungsvolumens und durch dessen Rationalisierung betriebswirtschaftlich ermöglicht. Der Schlüssel zur Verminderung des Arbeitsvolumens in den Einkaufsabteilungen lag darin, daß die Artikelzahl beträchtlich reduziert wurde, sodaß sich immer gleichbleibende Arbeiten auf viel größere Volumina verteilten. „*Aufgrund der Trennung der Einkaufsbereiche wurde die Einarbeitung der Klägerin nicht mehr fortgesetzt, weil ihre Arbeitskraft nicht mehr benötigt wurde und auch die Möglichkeit einer Tätigkeit im Revisionsbereich nach der Trennung der Einkaufsbereiche verschlossen war. Im Herbst 1991 stellte sich daher die Notwendigkeit, die Klägerin zu kündigen.*“<sup>9)</sup>

<sup>9)</sup> Insbesondere die Berufungsentscheidung des OLG Wien vom 21. 7. 1993, 31 Ra 29/93, aus dessen Seite 4/5 die zuletzt zitierten Passagen stammen, wäre eine nähere Kommentierung und Analyse wert (vgl auch unten Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der bekl P). Vor allem ist interessant, daß das OLG Wien im Rahmen der — im Prinzip vom Erstgericht übernommenen — Feststellungen ausdrücklich ausführte, daß die Arbeitskraft der Kl „*nicht mehr benötigt wurde*“ und nicht etwa nur feststellte, daß die bekl P eben dieser Meinung war. Auch mit der Feststellung, es habe sich „*die Notwendigkeit, die Kl zu kündigen*“ ergeben, paßt das vom OLG Wien (wie auch von der ersten und dritten Instanz) erzielte Ergebnis einer Klagsstattgebung nicht ohne weiteres zusammen, weil derartiges vom Gericht eigentlich nur als Ausfluß der rechtlichen Beurteilung und unter der Voraussetzung, daß die Kündigung der Kl betrieblich gerechtfertigt war, hätte gesagt werden dürfen.

Bedeutsam ist außerdem, daß der bekl P vom Erstgericht und vom OLG Wien vorgehalten wurde, es trotz Anleitung unterlassen zu haben, „*Behauptungen über den betrieblichen Status des Unternehmens bzw Betriebes aufzustellen*“<sup>9)</sup>.

Der einzige Konzernbezug, den freilich nicht die E des OGH, die sich damit überhaupt nicht mehr beschäftigte, sondern vielmehr die beiden unterinstanzl E<sup>10)</sup> aufweisen, betrifft die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der bekl P. Diesbezüglich vertrat das Erstgericht den — vom OLG Wien geteilten — Standpunkt, daß mangels Vorliegens eines „*betrieblichen Status*“<sup>11)</sup> die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden könne, „*daß Verluste in bestimmte Konzernbereiche verlagert werden, wo sie der betriebswirtschaftlichen Situation nach gar nicht hingehören, andere Bereiche aber, die an sich nicht überleben könnten, aus konzerninternen Überlegungen gehalten werden könnten* . . .“<sup>12)</sup>.

Weiters waren Erstgericht und Berufungsgericht der Meinung, „*ohne Kenntnis der Herkunft und Qualität der Verluste*“ sowie „*allfälliger Gewinnmöglichkeiten*“ und der Reserven aus wertvollen Beteiligungen sei eine Abwägung der Interessen gem § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG nicht möglich<sup>13)</sup>.

Es kann nach dem Gesagten daher — entgegen *Grieger*<sup>14)</sup> — von einer diesbezüglichen „*neueren Judikatur*“

<sup>9)</sup> Seite 5 der E des OLG Wien vom 21. 7. 1993, 31 Ra 29/93. Hier ist vom Konzern keine Rede.

<sup>10)</sup> OLG Wien 6. 10. 1992, 17 Cga 1050/91-13 und OLG Wien 21. 7. 1993, 31 Ra 29/93.

<sup>11)</sup> Was die beiden Unterinstanzen darunter verstanden, bleibt im dunkeln.

<sup>12)</sup> OLG-E Seite 9.

<sup>13)</sup> Geradezu ein „*juristisches Juwel*“ ist die folgende Passage im Rahmen der rechtlichen Beurteilung des OLG Wien: „*Die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes ist vor allem deswegen zu billigen, weil die Klägerin stellvertretend für alle jene Arbeitnehmer der bekl P steht, die durch ihren Fleiß und Einsatz wesentlich dazu beigetragen haben, daß sich die bekl P aus bescheidenen Anfängen zu einem Großunternehmen entwickeln konnte, und die den wenigsten Anteil daran haben, daß der Konzern der bekl P gerichtsbekanntermaßen in beträchtlichen wirtschaftlichen Schwierigkeiten steckt*“.

Der erste Teil dieses Satzes ist in seiner Beliebigkeit rechtlich unverwertbar und vernachlässigt darüber hinaus die Tatsache, daß die Entwicklung von den „*bescheidenen Anfängen*“ zu einem „*Großunternehmen*“ nicht zuletzt durch eine Ende der 70er Jahre erfolgte Verschmelzung zahlreicher Unternehmen zur bekl P und nicht bloß durch den Fleiß der Kl bedingt war. Rechtlich sehr wohl relevant und verwunderlich ist es jedoch, daß das Berufungsgericht die „*beträchtlichen wirtschaftlichen Schwierigkeiten*“ des „*Konzerns der bekl P*“ sogar als notorisch (also nicht weiter beweisbedürftig) beurteilt und dennoch der Auffassung des Erstgerichtes beipflichtet, diese Schwierigkeiten hätten durch Vorlage eines „*betrieblichen Status*“ belegt werden müssen.

In Wahrheit werden hier zwei von einander zu trennende Dinge völlig miteinander vermischt: einerseits der Wegfall des Arbeitsplatzes, dessen Inhaber gekündigt wurde, durch eine — vom bekl Arbeitgeber rational nachvollziehbar darzustellende — unternehmerische Maßnahme und andererseits die wirtschaftliche und finanzielle Situation des Arbeitgebers (allenfalls auch des Konzerns), die zu dieser Maßnahme nötig ist.

<sup>14)</sup> RdW 1994, 181.

des OGH“ zum allgemeinen Kündigungsschutz sowie davon keinerlei Rede sein, daß im Falle der Führung eines Konzerns nach Art eines Betriebes, wobei die Arbeitnehmer zwischen den Konzernunternehmen wie innerhalb eines Betriebes versetzt würden, nunmehr der Konzern „der gemäß § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG zu beachtende Rahmen, auf welchen die betrieblichen Verhältnisse abzustellen sind“, ist. Insbesondere ist von konzernweiten Versetzungen (der Kl oder anderer AN der bekl P) in keiner der drei Instanzen-E die Rede.

### 3. Konzernaspekte bei der betriebsbedingten Kündigung

Wahrscheinlich wird das Thema konzerndimensionaler Kündigungsschutz und Weiterbeschäftigungspflicht im Konzern auch vor Österreich nicht halt machen, wobei sich ähnliche Probleme wie in der BRD stellen werden, wo die Judikatur einen konzernbezogenen Kündigungsschutz teilweise, freilich nur unter ganz bestimmten und strengen Voraussetzungen, anerkennt<sup>15)</sup>.

Schon deshalb, weil das völlige Fehlen eines kodifizierten Konzernrechts und demgemäß das Fehlen einer rechtlichen Absicherung der Erteilung von belastenden Weisungen an Konzerngesellschaften — insbesondere solchen in der Rechtsform einer AG — zu noch weit mehr Vorsicht nötigt als in der BRD, wird es einer überaus behutsamen und deutlichen Herausarbeitung von Kriterien durch die Judikatur bedürfen, nach denen allenfalls eine Beachtung der Beschäftigungsmöglichkeit in anderen Konzernunternehmen stattzufinden hat. Im folgenden soll ein kurzer Überblick über die deutsche Diskussion gegeben und Fragen der Umsetzung in Österreich angedeutet werden. Eine nähere Behandlung der sich aus der Sicht des § 105 ArbVG bei konzernbezogener Betrachtung stellenden Probleme bleibt einer in Kürze folgenden Darstellung vorbehalten.

Daß grundsätzlich der Maßstab für die Betrachtung der wirtschaftlichen Verhältnisse im Kündigungsschutzprozeß der Betrieb (und nicht einmal das Unternehmen, geschweige denn der Konzern) ist, ergibt sich auch für Österreich ganz eindeutig aus dem Wortlaut der anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen, nämlich aus § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG<sup>16)</sup>. Dies wird gerade auch in der oben ausführlich zitierten Anlaß-E offensichtlich anerkannt, wenn der OGH unter Bezugnahme auf seine Vorjudikatur davon spricht, eine Kündigung sei nur dann in den Betriebsverhältnissen begründet, wenn sie „im Interesse des Betriebes wirklich notwendig ist“ und weiters ausführt, daß Zweckmäßigkeit und Richtigkeit der betrieblichen Rationalisierungsmaßnahmen nicht zu überprüfen seien und „dem wirtschaftlichen Ermessen des Betriebsinhabers vorbehalten bleiben“. Gerade deshalb drängt sich eben die — von Mazal und Runggaldier erho-

bene — Vermutung auf, der OGH habe den Ausdruck „Konzern“ irrtümlich verwendet.

Ist damit die Angelegenheit ad acta zu legen und zu hoffen, daß sich der Irrtum nicht wiederholt, oder sind Fallkonstellationen denkbar, in denen eine konzernbezogene Betrachtung vertretbar oder gar geboten ist?

Wie so oft bei Fehlen einschlägiger Stellungnahmen in Lehre und Judikatur empfiehlt sich ein Blick über die Grenzen in die BRD, wo bei ähnlicher, wenngleich nicht identischer und insbesondere durch ein teilweise kodifiziertes (Aktien-)Konzernrecht gekennzeichnete Rechtslage des Themas sowohl im Schrifttum als auch in der Rsp des BAG bereits gedacht wurde<sup>17)</sup>.

Vorweg ist zu bemerken, daß das deutsche Kündigungsschutzrecht insoweit für eine konzernbezogene Betrachtung offener zu sein scheint, als § 1 Abs 2 KSchG im Falle eines Widerspruches des Betriebsrates zu einer Kündigung ausdrücklich eine zumindest unternehmensbezogene Weiterbeschäftigungspflicht vorsieht und die Rsp<sup>18)</sup> eine solche auch auf jene Fälle erstreckt, wo der Betriebsrat der Kündigung nicht widersprochen hat. In Österreich bereitet dagegen schon die Überschreitung der Schwelle des Betriebes in Richtung unternehmensbezogener Betrachtung Schwierigkeiten, weil eine positiv-rechtliche Grundlage fehlt<sup>19)</sup>.

Weiters zeigt eine Betrachtung der deutschen Diskussion — und dies ist auch für Österreich in Anbetracht der Rsp des OGH mit Nachdruck festzuhalten —, daß eine konzernbezogene Betrachtung, wenn sie überhaupt in Frage kommt, nur die Frage der sozialen Gestaltungspflicht (insbesondere Weiterbeschäftigungspflicht) des Arbeitgebers und die Frage der Sozialauswahl betreffen kann. Diskutabel ist höchstens, ob der Arbeitgeber, bevor er einen Arbeitnehmer eines konzernangehörigen Unternehmens kündigt, eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Konzern bzw die Frage zu prüfen hat, ob Arbeitnehmer in anderen Konzernunternehmen von der Kündigung weniger hart betroffen wären.

Unbedingt widerstehen sollte die Judikatur, sofern sie sich dem Thema einmal nähert, einer Einbeziehung von

<sup>17)</sup> Vgl Helle, Konzernbedingte Kündigungsschranken bei Abhängigkeit und Beherrschung durch Kapitalgesellschaften (1988); Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis<sup>5</sup> Rz 628; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch 1062f; Wiedemann, AP Nr 1 zu § 1 KSchG Konzern; Instruktiiver Überblick bei Fiebig, DB 1993, 582ff; BAG 14. 10. 1982, DB 1983, 2635 ff = AP Nr 1 zu § 1 KSchG 1969 Konzern; BAG 22. 5. 1986, DB 1986, 2547 f = AP Nr 4 zu § 1 KSchG 1969 Konzern; BAG 27. 11. 1991, DB 1992, 1247 ff = Eza. § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr 72.

<sup>18)</sup> BAG 22. 5. 1986, DB 1986, 2547 f.

<sup>19)</sup> Durch die vom OGH in den letzten Jahren vertretene — kritikwürdige — Interessenabwägung auch bei der betriebsbedingten Kündigung wurde — gleichsam stillschweigend — allerdings eine unternehmensbezogene Betrachtung ins Spiel gebracht, weil die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Situation auf Arbeitgeberseite bei einer rein betriebsbezogenen Betrachtung angesichts des Umstandes, daß der Betrieb eine arbeits-technisch-organisatorische Einheit und nicht unbedingt eine kaufmännisch-wirtschaftliche Einheit darstellt, nur schwer halt machen kann.

<sup>15)</sup> Vgl dazu jüngst zusammenfassend Fiebig, Konzernbezogener Kündigungsschutz nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, DB 1993, 582 ff.

<sup>16)</sup> So spricht § 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG von den „betrieblichen Erfordernissen“, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen. Der Sozialvergleich in § 105 Abs 3 Z 2, 3. Satz ArbVG stellt explizit nur auf Arbeitnehmer „des gleichen Betriebes und derselben Tätigkeitssparte“ ab.

Konzernaspekten in jene Interessenabwägung, der *Runggaldier*<sup>20)</sup> zu Recht vorwirft, von der sozialen Gestaltungspflicht und vom Sozialvergleich seitens des OGH nicht ausreichend abgezogen zu werden.

Wird ein Arbeitnehmer in einem Konzernunternehmen aus Rationalisierungsgründen gekündigt, so kann die Fragestellung allenfalls lauten, ob der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung prüfen muß, ob eine Beschäftigung in einem anderen Konzernunternehmen oder auch die Kündigung eines sozial weniger hart betroffenen Arbeitnehmers in einem anderen Konzernunternehmen mit gleichzeitiger Versetzung des Arbeitnehmers vom eigenen Konzernunternehmen in das andere Unternehmen möglich ist; auf keinen Fall kann es aber darum gehen, die betriebliche Erforderlichkeit der Kündigung davon abhängig zu machen, daß es nicht nur dem Unternehmen des kündigenden Arbeitgebers, sondern dem ganzen Konzern wirtschaftlich schlecht geht. Andernfalls geriete man in nicht handhabbare Schwierigkeiten und würde den Kündigungsschutz in die Hände von Wirtschaftsprüfern und Buchsachverständigen legen, hätte man bei jeder Kündigung zB das Thema Gewinnverlagerung im Konzern näher zu prüfen.

Damit ist zugleich das Hauptproblem eines konzerndimensionalen Kündigungsschutzes angesprochen: bei Erfüllung einer konzernweit verstandenen, sozialen Gestaltungspflicht des Arbeitgebers kommt es regelmäßig entweder zu einem Vertragspartnerwechsel auf Arbeitgeberseite oder zumindest zu einer Versetzung mit Beschäftigerwechsel in Form einer Arbeitskräfteüberlassung. Es ist daher immer ein drittes Rechtssubjekt mit eigenem — mehr oder weniger gebundenen — Willen involviert. Zwischen nicht miteinander wirtschaftlich bzw durch Beteiligungen verbundenen Unternehmen ist dieser „Drittbezug“ ein unübersteigliches Hindernis für eine Ausdehnung des Kündigungsschutzes über das konkrete Unternehmen hinaus. Der Konzern ist aber dadurch gekennzeichnet, daß die Willensentscheidungen der einzelnen (beherrschten bzw einheitlich geleiteten) Konzernunternehmen mehr oder weniger stark determiniert sind. Dies ist die nötige, keinesfalls aber ausreichende Voraussetzung für die Einbeziehung von Konzernaspekten bei der sozialen Gestaltungspflicht des Arbeitgebers. Keineswegs ausreichend ist diese Voraussetzung deshalb, weil im „Normalfall“, wo der Arbeitnehmer stets nur in einem Konzernunternehmen tätig gewesen ist und ihm gegenüber auch keinerlei Bezüge zu anderen Konzernunternehmen deutlich gemacht werden, sich der Arbeitnehmer richtigerweise nicht auf die Prüfung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Konzern berufen kann<sup>21)</sup>.

Anders können die Dinge liegen, wenn der Arbeitnehmer entweder für eine konzernweite Verwendung aufgenommen wurde oder tatsächlich in verschiedenen Konzernunternehmen beschäftigt oder gar als „Konzernspringer“ eingesetzt wurde<sup>22)</sup>. Bei dieser Fallkonstellation, die freilich am häufigsten bei leitenden Mitarbeitern vorkommen wird, stellt sich die Frage der konzerndimensionalen Weiterbeschäftigungspflicht, wie vom BAG<sup>23)</sup> hervorgehoben wird, als eine Frage des Vertrau-

ensschutzes dar. Daran sind freilich strenge Anforderungen zu stellen. Wichtig ist der Gedanke, daß ein Vertrauensstatbestand umso eher zu erwägen sein wird, je größeren Einfluß das Arbeitgeberunternehmen im Konzern hat. Am ehesten wird der Arbeitnehmer auf die Prüfung konzernweiter Beschäftigungsmöglichkeiten vertrauen dürfen, wenn sein Arbeitgeber das beherrschende Unternehmen im Konzern führt<sup>24)</sup>.

In derartigen Fällen kann, wie es in der BRD gelegentlich ausgedrückt wird, von einer „Selbstbindung“ des (kündigenden) Arbeitgebers gesprochen werden.

Daneben sind Fälle denkbar, wo ein anderes, dh nicht als Arbeitgeber auftretendes Konzernunternehmen sich selbst — zB durch Erklärung der Übernahmebereitschaft — bindet oder in seiner Willensentscheidung konzernbedingend ist<sup>25)</sup>.

Schließlich sind Fälle — um in der deutschen Terminologie zu bleiben — qualifizierter Konzernierung vorstellbar, wo die gesamte Unternehmensgruppe nach außen wie ein Betrieb (und das einzelne Unternehmen wie eine unselbständige Betriebsabteilung) geführt wird, ohne iSd § 34 ArbVG tatsächlich einen Betrieb zu bilden<sup>26)</sup>. Vor allem dann, wenn sehr kleine Einheiten geschaffen werden, die jeweils ein selbständiger Rechtsträger führt, die ohne diese rechtliche Selbständigkeit aber vielleicht nicht einmal Betriebsqualität aufwiesen, kann uU nur eine konzernbezogene Betrachtungsweise dem Wesen des Kündigungsschutzes gerecht werden. Derartiges wird aber den — sehr seltenen — Ausnahmefall bilden.

Auch in der BRD noch keineswegs geklärt ist die Frage des Anspruchsinstrumentariums im Falle konzernbezogener Weiterbeschäftigungspflicht. Besitzt der Arbeitnehmer nur einen Anspruch auf Verschaffung eines Arbeitsvertrages mit einem anderen Konzernunternehmen, aber keinen Weiterbeschäftigungsanspruch gegenüber dem eigenen Arbeitgeber, so bleiben uU Schadenersatzansprüche übrig, wenn dieser Anspruch in der Folge — zB durch verspätete Absprache oder gar durch Erteilung einer entsprechenden Weisung — vereitelt wird<sup>27)</sup>.

Darauf wird im Rahmen des angekündigten Ergänzungsbeitrages eingegangen werden.

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, daß, bevor das Tabu konzerndimensionaler Kündigungsschutz von der österreichischen Judikatur gebrochen wird, größere Klarheit über die Abgrenzung zwischen Betrieb, Unternehmen und Konzern bestehen sollte, als dies derzeit gerade im Betriebsverfassungsrecht der Fall zu sein scheint<sup>28)</sup>.

<sup>24)</sup> BAG 27. 11. 1991, DB 1992, 1248 f.

<sup>25)</sup> Vgl dazu *Fiebig*, DB 1993, 583 mwN.

<sup>26)</sup> Anderenfalls würde — ausnahmsweise — die § 105 ArbVG innewohnende, betriebsbezogene Betrachtung gleichzeitig auch konzerndimensionale Wirkung aufweisen.

<sup>27)</sup> Vgl dazu *Fiebig*, DB 1993, 584; *Helle*, Konzernbedingte Kündigungsschranken 149 f mwN.

<sup>28)</sup> Vgl *Grießer*, Unternehmen und Konzern, *ecolex* 1994, 36 ff; *G. Schima*, Rechtsträgerübergreifende Unternehmen im österreichischen Betriebsverfassungsrecht? *RdW* 1994, 81 ff; *Grießer*, *RdW* 1994, 178 ff; *Tomandl*, Verwirrungen um den Betriebs- und Unternehmensbegriff, *ZAS* 1994, 149 ff, OGH 23. 3. 1994, *ZAS* 1994, 158 ff; OGH 17. 3. 1994, 8 Ob A 224/94.

<sup>20)</sup> *RdW* 1994, 113.

<sup>21)</sup> Vgl BAG 14. 10. 1982, DB 1983, 2635 ff.

<sup>22)</sup> Vgl *Fiebig*, DB 1993, 583; vgl BAG 27. 11. 1991, 1247 ff.

<sup>23)</sup> BAG 27. 11. 1991, DB 1992, 1248.